

성명보호와 성명권의 민사법적 지위:

독일민법 제12조와 몽골민법 제20, 21조, 우리 민법에 주는 시사점*

Name Protection and Civil Law Status on Naming Right:
German Civil Law Article 12 and Mongolian Civil Code Article
20 and 21, Legal Implications to South Korea Civil Law

남 윤 삼**
Nam, Yoon-Sam

목 차

- I. 문제의 제기
- II. 성명보호와 성명권 개관
- III. 독일 성명권의 입법 과정
- IV. 몽골의 성명체계와 성명보호
- V. 맺음말 : 성명보호의 입법을 위한 제언

국문초록

사람은 이름으로 자신의 정체성을 표시하며 권리를 행사한다. 사람의 이름에 대한 권리인 성명권은 오늘날 절대권으로서, 주관적인 민사법적 권리로서 그 지위를 확립하였다. 또한 성명권은 사람의 인격적 요소로서 가치의 측면에서 인격권인 동시에 경제주체로서 이익의 측면에서 재산권으로 간주되고 있다. 성명권

논문접수일 : 2019.01.30.

심사완료일 : 2019.02.19.

게재확정일 : 2019.02.19.

* 본 논문은 제주대학교 법과정책연구원에서 2018년 12월 27일 주최한 “사회변화에 따른 공법과 사법의 과제”라는 학술대회에서 발표한 원고를 수정·보완한 것이다. 발제를 맡은 제주대 김대경 교수의 조언은 본 논문의 완성에 큰 도움이 되었다.

** 법학박사·국민대학교 법과대학 교수

은 민사법의 권리주체인 사람과 분리되거나 타인에게 양도할 수 없는 권리인 것이다. 이와 같은 성명권을 보호하기 위하여 우리민법 체계와 동일한 대륙법계인 독일민법은 ‘성명권(Namensrecht)’이라는 표제로 제12조에 담아냈고, 독일법을 모범으로 최근에 제정된 몽골민법은 성명원칙 및 성명보호를 제20조와 제21조에서 나누어 규정하고 있다.

본 연구는 우리나라 성명권과 성명보호 규정의 정비를 위하여, 성명보호 입법의 필요성을 독일과 몽골의 민법에서 찾아보고자 하였다. 우리나라의 경우 강요된 이름부여로 ‘창씨개명’의 암울한 시대를 경험하였고, 몽골 역시 중국의 지배로 가계도(족보)가 모두 소실되고 부족이름과 성씨를 상실한 채 오랜 기간 단지 이름 ‘하나’로 사람의 정체성을 표시하여 왔다. 독일도 특별법을 제정하여 유대인의 이름과 성씨를 통제한 어두운 역사를 안고 있다. 이처럼 세 국가의 성씨와 이름에 관한 역사적 경험이 유사하고, 동일한 대륙법 체계로 민사법이 구성되어 있어 독일과 몽골의 성명권 및 성명보호 규정의 분석은 우리의 성명보호 입법에 시사하는 바가 크다.

우리 민법전 제정과정에서 성명보호의 일반원칙 입법화는 처음부터 간과되었고, 최근에는 민법개정 작업이 진행되고 있다. 본 연구에서는 인격권의 큰 틀에 성명을 넣어 해결하려는 2004년 및 2014년 개정시안의 방식을 지양하고 독립된 조문으로 성명보호를 구성할 것을 제안하려고 한다. 민법의 총칙편에서 권리의 주체에 관한 내용으로 자연인의 이름과 성씨에 관한 가장 기본적인 원칙을 제시하여야 한다. 민법은 사법의 기본법이기 때문이다.

오늘의 관점에서 성명은 여전히 권리의 주체인 성명소유자의 정체성의 표시이다. 그러므로 사람은 성명이 외부에 표현될 때 비로소 권리의 주체가 되는 것이다. 따라서 대륙법의 민사법적 영역에서 오랜 논쟁의 결과인 성명권과 성명보호 규정은 독립하여 신설하여야 할 것으로 본다. 이는 사법의 기본법으로서의 민법의 지위를 한층 높이는 작업이며, 권리의 주체를 성명으로 구체화함으로써 이름과 성씨에 대한 독특한 우리의 의식과 감정을 투영하는 길이 될 것이다.

주제어 : 이름, 가족성, 성명권, 인격권, 성명보호, 몽골민법, 절대적 주관적 권리

1. 문제의 제기

세계적으로 한 사람이 다양한 이름을 소유하는 민족은 우리나라가 유일할 것이다.¹⁾ 태아로 있는 동안에도 태명이라는 이름을 짓고 사후에도 묘호라는 이름을 부여하는 우리나라의 성명체계는 어느 민족에서도 그 유례를 찾아볼 수 없는 독특한 제도이다. 세계에서 유일한 성명부여 방식이라고 할 수 있다. 더구나 우리의 이름과 성씨 관련 풍습은 단순한 표식이나 타인과의 구별 기능으로 한 사람의 정체성을 표현하는 수단에 머물지 않고, 한 사람의 ‘운명’이나 ‘생명’과도 같은 지위와 특성을 보여주고 있다.²⁾

이와 같은 독특한 관습과 전통을 지닌 성명체계를 유지하고 있음에도, 한국 민법전 제정 과정에서 성명보호의 일반원칙 입법화는 처음부터 간과되었다고 할 수 있다. 해방이후 민법제정 당시에 성명보호 규정을 사법의 기본법인 민법전 특히 민법총칙 권리의 주체와 관련된 영역에서 조문화하여 담아냈어야 했다고 본다.

이름과 성씨로 이루어지는 성명은 공법(형사법, 신분법, 경찰법, 개인정보보호법)과 사법의 규율대상이다. 근대 민법이 제정되기 전까지 공법과 상법의 대상으로 정착되었고, 근대민법전 특히 독일민법전의 제정으로 성명권이 민사법적 보호대상으로 법적 지위를 확립하게 되었다. 성명권은 오랜 법적 논쟁의 산물인 것이다.³⁾ 이처럼 성명은 공법과 사법의 영역에서 공존하는 권리의 객체이며, 관습법과 성문법의 영역을 넘나드는 권리의 대상이 되고 있다.

우리나라 민법이 제정된 지 60년이 지난 현재 사회변화에 맞춰 민법전의 개정 문제가 민법학계의 뜨거운 법적 이슈로 떠오르고 있다. 제정 당시의 사회 상황과는 다르게 그동안 급속한 사회변화가 거듭되었다. 특히 경제거래의 변모

1) 우리나라는 사람이 살아가는 동안 태명, 아명, 본명, 당호, 자, 호 등을 비롯하여 사후에도 묘호라는 이름을 부여하고, 특히 필명, 예명 등을 사용하는 전통적인 성명체계를 지녀왔다.

2) 성명을 권리와 의무의 관점에서 다루는 서양과 달리, 우리의 성명체계는 성씨와 이름의 의미와 본질이 정서적으로 근본적인 차이를 나타내고 있다.

3) 이에 관해서는 남운삼, “민사법적 성명권의 형성과 발전 - 독일에서의 100년(1800년 - 1900년) 논쟁을 중심으로”, 『동아법학』, 동아대학교 법학연구소, 2018, 203-204면 참조.

와 4차 산업 혁명기에 접어드는 시점에서 우리 민법전의 새로운 내용의 입법화 필요성 및 개정문제가 심도 있게 대두되고 있다.⁴⁾ 그동안 진행되어 온 민법전 개정 논의를 집약한 2014년 법무부 민법시안 해설이 2017년에 발간되었다. 그동안 민법 개정 논의의 결과물인 것이다. 문제는 민법개정 과정에서 성명에 관한 입법 논의는 주로 인격권 보호의 틀에서 집중되었다는 점이다. 성명보호나 성명권을 인격권 보호 유형의 하나로 설정하여,⁵⁾ 별도의 독립 규정으로 구성하는 입법 시안은 도출되지 못하였다.⁶⁾

본 연구는 성명보호와 성명권의 신설을 목적으로, 입법의 필요성이라는 차원에서 이루어졌다. 이를 위해 지금까지 필자가 발표한 선행연구를 바탕으로 외국 의 법제를 분석하였다.⁷⁾

성명보호와 성명권의 본질에 관해 오랜 기간 논쟁이 있었고, 대륙법체계의 국가들 사이에서도 민법전에서의 입법화 여부가 상이하게 나타나고 있다. 독일은 1900년 민법 제12조에서 성명보호를 규정한 이래로 이 규정은 120년 동안 단 한 차례의 변경도 없었다.⁸⁾ 몽골은 2002년 현대화된 성명보호 내용을 민법 제20조와 제21조로 담아냈다. 성명권은 민사법의 권리주체 즉, 사람과는 분리되

4) 민사법학회/국회입법조사처, “사회변화와 민법개정 - 그 방법과 방향, 민법 제정 60주년 기념 공동심포지움”, 2018. 10.19, 자료집 1-93면 참조.

5) 2004년 개정 시안은 제1조의2를 신설하여 ‘인간의 존엄과 자율’을 제시하고, 2014년 개정 시안에서는 제3조의2를 신설하여 ‘인격권’을 제시하면서 인격보호의 하나로서 성명보호를 예시로 나열하고 있다(법무부, 「2014 법무부 민법 개정시안 해설, 민법총칙·물권법」, 민속원, 2017, 29면 참조).

6) 법무부, 상거서, 29-36면 참조; 인격권 조항의 신설에 관한 연구로는, 金載亨, “인격권에 관한 입법제안”. 「민사법학」, 민사법학회, 2011, 41-107면; 姜台星, “民法 제1편(총칙) 중의 通則·人에 관한 개정방향”, 「法曹」, 법조협회, 2005, 19-51면 등 다수의 연구가 있다.

7) 남윤삼, “독일의 성명법에서 성씨(姓氏)의 취득”, 「법학논총」, 국민대학교 법학연구소, 2013, 110-148면; “몽골에서의 이름부여와 성명법 변천”, 「법학논총」, 국민대학교 법학연구소, 2018, 95-135면; “민사법적 성명권의 형성과 발전 - 독일에서의 100년(1800년 - 1900년) 논쟁을 중심으로”, 「동아법학」, 동아대학교 법학연구소, 2018, 177-212면 참조.

8) 1958년 독일정부는 ‘민사법적 인격과 명예보호를 위한 새로운 규정에 대한 법률안(Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes)’을 공개하였고, 1957년 제42차 독일법조인대회(DJT)에서도 무체재산에 대한 손해를 포함시키는 인격권 보호의 법적 규정을 요구하였으나, 이와 같은 시도는 성공을 거두지 못하였다(Klippel, *Der zivilrechtliche Schutz des Namens : Eine historische und dogmatische Untersuchung*, Ferdinand Schöningh, 1985, S. 256-257).

거나 타인에게 양도할 수 없는 권리로서 인정되고 있다. 독일은 성명보호 규정을 ‘성명권(Namensrecht)’이라는 표제로 민법전에 담아냈고, 2002년의 몽골민법에서는 성명의 기본원칙 및 성명보호를 규정하였다. 몽골 민법전은 독일 민법전을 모범으로 현대화한 것으로 대륙법체계의 민법이론과 실무를 녹여 낸 결정체라고 할 수 있다.⁹⁾

이와 같은 이유로 독일민법을 계수한 우리나라 민법체계에서 성명권에 관한 분석 대상으로 두 국가의 민법 규정을 선택하였다. 성명보호의 내용을 명문화한 독일민법과 이름의 원칙과 성명보호를 규정한 몽골민법은 우리나라 민법전에서 성명보호와 성명권 규정의 입법 논의를 위한 모범이 될 것으로 판단한다. 또한 독일민법이 직접적으로 영향을 미친 오스트리아와 스위스민법의 내용도 간략하게 검토하였다.

II. 성명보호와 성명권 개관

1. 성명보호의 필요성과 민법 규정

오늘날 성명권은 헌법상의 기본권인 인격권의 지위로 헌법상 보장된 권리인 동시에 민법, 상법, 부정경쟁방지법, 개인정보보호법 등 다양한 법 영역의 대상이 되고 있다.¹⁰⁾ 민사법적 영역에서 성명보호란 법적으로 등록된 성명(성씨와 이름)의 보호를 의미한다. 이는 성명부여와 개명의 자유를 제한하는 것으로 일정한 법적 절차로 등록되어 질서를 갖추고, 영구적으로 사용하는 성명을 보호하는 것을 말한다. 또한 성명보호는 민법전의 규정 여부를 떠나 민사법적 권리로서 정립된 성명권이라는 권리를 보호하는 것을 의미한다. 이는 성명이 갖는 개인권

9) 이에 관한 평가는 다양할 수 있으나, 독일의 민법전 수출에 관한 기사가 흥미롭다. 그동안 우리나라 역시 동북아시아를 대상으로 법 수출의 문제가 다양하게 제기되어 왔고, 구체적인 협력이 몽골, 캄보디아 등에서 진행되고 있다. 법 수출하는 독일, 독일 민법은 ‘수출 히트 상품’ (<http://weekly.donga.com/3/all/11/62786/1> 최종방문, 2018년 12월 17일).

10) Henrich, “Namensrecht und Namensschutz im Dickicht der Qualifikation”, *Festschrift für Bernhard GroBfeld zum 65. Geburtstag*, 1999, S. 355.

또는 가치권으로서의 인격권 뿐아니라 상호, 회사명 또는 영업상의 평판과 같이 금전적 가치나 경제주체로서의 재산권으로 그 보호의 필요성이 있는 것이다.¹¹⁾

이처럼 성명보호의 필요성은 한 사람의 인격이나 표시의 수단과 더불어 경제적 이익의 기능이 부각되고 있다. 더구나 필명, 예명 등의 가명에 본명과 동일한 법적 지위를 인정하는 오늘날의 경향에서도 경제적 기능을 찾아볼 수 있다. 최근에는 성명과 관련하여 사생활 보호, 개인정보 보호의 문제가 크게 대두되고 있다.¹²⁾ 이를 반영하여 우리나라 2014년 민법 개정 시안에서 규정한 ‘개인의 인격적 이익에 관한 권리 보호’는 곧 개인의 정보보호를 의미한다.¹³⁾

개인정보의 보호가 인격적 이익 보호라는 측면에서 세계적으로 크게 대두되고 있다. 최근 유럽에서는 개인정보법(EU-Datenschutzgrundverordnung, DSGVO)의 제정으로 오랫동안 관습화된 주거건물 앞에 붙어있는 거주자 성명표시(문패)를 개인정보 보호 차원에서 2018년 5월부터 모두 제거할 예정이다. 문패의 풍습이 숫자로 대체되고 있는 것이다. 독일의 경우 교체비용으로 200만 유로를 추산하고 있다.¹⁴⁾

오늘날 사람의 이름과 성씨의 민사법적 권리에 대해서 더 이상 의문의 여지는 없다고 할 것이다. 성명권은 절대권이며 인격권으로서, 이름소유자가 직접 행사하는 주관적 권리인 것이다.¹⁵⁾ 문제는 혈통주의에 입각한 자녀의 성씨 결정은 이미 무너졌다는 점이다. 20세기에 들어와서 특히, 70년대에 접어들면서 세계적으로 남녀평등권에 입각하여 가족성(Familiennamens)의 문화와 법적 지위가 변화하였다.¹⁶⁾ 독일은 어머니 성씨를 자녀에게 물려줄 수 있는 길을 열었다.

11) 민사법적 관점에서 성명권은 인격권인 동시에 재산권으로서의 양면성을 갖는다. 오늘날 성명권의 본질에 관한 법적 의문은 더 이상 제기되고 있지 않다.

12) 이에 따라 우리나라는 최근 제정되어 시행되고 있는 개인정보보호법이나, 인론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에서도 성명과 관련된 개인 정보를 인격적 이익 보호의 측면에서 강조하고 있다.

13) 법무부, 상계서, 35면 참조.

14) <https://www.wbs-law.de/datenschutz/datenschutz-keine-namen-mehr-auf-klingschildern-78518/> 최종방문, 2018년 12월 17일).

15) BGB-RGRK, § 12 Rn. 4.

16) 독일에서 1957년 평등법(Gleichberechtigungsgesetz)이 제정되면서 혼인성씨(Ehename)의 절차가 변경되었다. 남녀평등의 개념이 등장하고 여성해방운동의 일환으로 새로운 개념의 혼인성씨가 오늘날 독일의 성명법 체계에 정착되었다. 그 결과 아내의 성씨를 혼인성씨로 정할 수 있게 되어, 이

또한 세계적으로 다문화사회에 돌입하면서 지금까지 전통적인 민사법적 지위로서 채택되어 왔던 부계혈통주의가 적어도 성명법체계에서는 사라지고 있다. 우리나라 역시 예외는 아닌 것이다.

최근 부계혈통주의가 해체되면서 성명체계가 변화되고 있다. 우리나라 민법은 독일, 몽골의 민법 규정과 동일하게 가족법에서 부계혈통주의에 따라 자녀의 성씨는 아버지의 성씨를 부여하도록 규정하고 있다. 어머니의 성씨를 자녀에게 물려주기 위해서는 혼인신고시에 명시적으로 이를 기재하지 않는 한, 생부(生父)의 성씨를 자녀의 성씨로 부여하여야 한다. 어머니 성씨를 자녀에게 부여하기 위해서는 특별한 절차를 요구하고 있다. 여성의 경우 혼인 후에도 자신의 아버지 성씨를 유지한다.

역사적으로 사람의 이름은 풍습과 전통에 의해 부여되다가, 신분제도가 정립되면서 귀족의 성씨가 정착되었고, 절대봉건주의 시대에는 권력의 통제수단으로 사용되었다. 그 후 도시화와 산업화로 인한 인구 집중에 따른 구별기능으로 성씨가 일반인에게도 부여되면서 세계적으로 오늘날 성명구조는 성씨와 이름의 형태를 유지하게 되었다.¹⁷⁾ 한편 자녀의 탄생 이후 부모가 처음으로 할 수 있는 공식적인 일은 자녀의 이름을 부여하고 성씨를 결정해서 국가기관에 등록하는 것이다. 이로써 사람은 성명과 함께 권리와 의무의 주체가 된다. 이와 같은 이름부여에 ‘자녀의 복리’가 그 기준이 된다는 점은 이제 민사법적 차원에서 확고하게 정립되었다고 할 수 있다.¹⁸⁾

오늘날 성명보호는 민사법적 권리로서의 법적 지위를 획득하여 독일, 스위스,¹⁹⁾ 오스트리아의 민법전²⁰⁾이 유사한 성명보호 규정을 담고 있다. 특히 스위

경우 자녀의 성씨는 자동적으로 어머니의 성씨를 부여받게 되었다. 이는 성명법 체계에서 부계혈통주의가 무너졌음을 의미한다. 새로운 혼인성씨 제도는 가족성과 관련해서 여성의 지위를 확립한 최후의 결과물로 평가하기도 한다(Schwab, “Die rechtshistorische Entwicklung des Ehenamens”, *BRGÖ* 2012, S. 62). 독일의 양성평등과 혼인성씨 제도에 관해서는 남윤삼, “독일의 성명법에서 성씨(姓氏)의 취득”, 『법학논총』, 국민대학교 법학연구소, 2013, 121-122면 참조.

17) 이는 모든 법계에 성립되는 내용은 아닐 것이다. 부모의 이름을 자녀성씨로 부여하거나, 고정된 성씨를 유지하거나, 혼인으로 성씨를 창설하는 국가들도 있어 그 형태는 다양하다고 할 수 있다.

18) Arndt, *Die Geschichte und Entwicklung familienrechtlichen Namensrechts in Deutschland unter Berücksichtigung des Vornamensrechts*, Herbert Utz Verlag, 2003, S. 173.

19) 스위스민법(ZGB) Art. 29.

스민법은 인격보호를 명문화하고 성명보호 규정을 별도로 규정하고 있다. 현대화된 민법전으로 평가할 수 있는 몽골민법에서는 성명에 관한 기본원칙을 먼저 규정하고, 성명보호와 초상권보호 등의 규정을 별도로 입법화하였다. 성명과 성명보호 관련 내용을 담지 않은 민법전을 가진 국가들도 많다. 우리나라를 비롯한 프랑스, 일본의 민법전이 이에 속한다.

2. 한국민법의 성명보호 불비

한국인의 성명은 본관, 성씨, 이름으로 구성된다. 우리나라 성씨의 기원에 관해서는 학설과 견해가 일치되지 않은 상태에 머물러 있다. 분명한 점은 성씨와 이름을 공식적으로 사용하고, 가족관계등록부에 본관을 명시하여 본관, 성씨 그리고 이름으로 성명체계를 갖추고 있다. 이는 독일이나 몽골과는 다른 독특한 성명체계의 특징을 나타내고 있다.

1960년 발효된 우리나라 민법전의 제정과정에서 성명권 또는 성명보호의 입법론에 관한 논쟁이나 언급은 없었던 것이 아닌가 생각한다. 따라서 현재 성명보호의 입법화 문제를 다루기 위해서는 우리나라 민법전의 제정과정을 분석하는 작업이 선행되어야 할 것이다. 이를 위해 먼저 우리 민법전 제정에 참고한 1900년 독일민법, 1804년 프랑스민법, 1898년 일본민법, 1929년 중화민국민법, 1937년 만주국민법의 제정과정²¹⁾을 고찰하여야 한다.²²⁾ 특히 우리나라의 민법전 제정에 1898년 일본민법전의 영향은 간과할 수 없다. 1898년 발효된 현행 일본민법은 프랑스법학자의 주도로 프랑스민법전과 1887년 12월에 작성된 독

20) 오스트리아민법(ABGB) § 43.

21) 일본에서는 독일법계를 전제로 민법의 법계를 논의하였으나, 근래 일본법계의 독자성과 아울러 동아시아에서의 중주적인 지위를 토대로 하는 동아시아 법계론이 형성되고 있다고 한다. 이처럼 새로운 법계의 타당성을 주장하는 근거로 당시 일본의 민법이론과 실무의 총결정판이라는 만주국민법을 활용하고 있다고 한다(李哲松, “滿洲國民法의 우리 法制史的 意義-만주민법의 자리매김에 관한 의문”, 『민사법학』, 민사법학회, 2017, 15면 참조).

22) 우리나라 민법전 제정과정에서 참고한 외국의 선행 민법전에 관해서는 다양한 의견이 제기되고 있으나, 제정 작업에 참여한 김병로 선생의 주장에 따른다. 이에 관해서는 李哲松, 상계논문, 3-41면; 정종휴, “日本民法典의 編纂”, 『法史學研究』 한국법사회학회, 2007, 101-152면; 양창수, “한국민법학 60년의 성과와 앞으로의 과제”, 『민사법학』, 민사법학회, 2007, 709-759면 참조.

일 민법전 제1초안을 바탕으로 제정 작업이 이루어졌다.

독일은 제2초안부터 성명권 규정을 받아들여 현행 민법 제12조에서 규정하였다. 문제는 1898년 일본민법 제정 당시에 참고한 독일의 제1초안에는 성명보호 규정이 배제되어 있었다는 점이다. 프랑스 민법전의 영향과 서구의 가족성(Familiennamen) 도입이라는 개혁의 일환으로 소위 ‘씨명권(氏名權, Namensrecht)’을 정립하는 시기였기 때문에,²³⁾ 일본 민법전의 제정과정에서 성명보호에 관한 논의는 불가능하였다. 그 결과 현행 일본민법에서 성명권 규정의 결여는 필연적인 것이었다.²⁴⁾

3. 프랑스혁명과 성명보호

로마법으로부터 계수된 성명자유 원칙이 15세기부터 독일과 프랑스에서 공법과 상법 등으로 규제되었다. 1789년의 프랑스혁명은 성명법의 역사에서 한 획을 긋는 일대 사건이었다. 프랑스혁명 정신인 자유에는 성명자유도 포함하는 것으로 파악하여 지금까지의 성명을 제한하고 규제하였던 원칙을 배제하였다. 프랑스혁명의 정신인 자유와 평등을 바탕으로 1804년 프랑스 민법전이 제정되었다.

프랑스혁명 이후에는 성명부여 및 사용에 관한 제한을 국가가 국민을 통제하는 수단으로 파악하여 유럽에서 성명자유 원칙이 다시 부활하였다. 결과적으로 프랑스혁명은 권리로서의 성명, 절대권으로서의 성명권, 특히 인격권 및 민사법적 권리로서의 성명권 논의의 전개를 사실상 늦추는 결과를 가져왔다. 즉 로마법의 성명자유 원칙이 대륙(독일, 프랑스 등)에 계수되었고, 그 후 성명이 공법, 상법, 상표보호법 등의 규율대상이 되는 전개과정에서 성명권의 본질에 관한 논쟁은 근대 민법전의 형성기인 1800년 초에 비로소 시작되었다.²⁵⁾ 혁명의 영향으로 프랑스민법전에서는 성명보호에 관한 내용을 민법전에 도입하지

23) 坂元眞一(Sakamoto Y. Shinichi), ““明治民法”의 성씨제도와 “創氏改名”(朝鮮)·“改姓名”(臺灣)의 비교분석”, 『法史學研究』, 한국법사회학회, 2000, 155-190면 참조.

24) 세로로 성명을 나타내는 일본에서는 위의 이름(氏), 아래 이름(名)으로 성명을 부르고 있는데, 이는 독일의 앞의 이름(名, Vorname), 뒤의 이름(姓, Nachname)으로 호칭하는 것으로부터 영향을 받은 것으로 볼 수 있다.

25) 성명권의 본질에 관한 100여년의 학설대립 및 법적 논쟁에 관해서는 남윤삼, 상계논문, 177-212면 참조.

못하였다.

이처럼 대륙법 국가에서 성명보호는 지난 세기말에 근대 행정국가가 형성되면서 결정적으로 두각을 나타냈다.²⁶⁾ 오랫동안 이름사용은 풍습에 의해 규정되어 왔으며 고정된 지속적인 이름이 정착된 것은 오로지 전통의 계승으로 이어져 온 것이었다. 이와 같은 이름의 사용과 부여는 언어의 인위적인 표현으로서 그 구속력을 인정하지 않았다.²⁷⁾ 그 결과 로마법에서는 성명자유 원칙이 지배적이었다. 이 원칙은 로마법을 계수한 독일과 프랑스에서 성명법의 원칙으로 자리 잡았다.²⁸⁾

성명자유 원칙이 지배하는 유럽대륙에서 귀족성명과 작위명 등을 보호하기 위해서 일정한 성명제한을 내용으로 하는 법령이 1555년 3월 프랑스에서 최초로 발효되었다.²⁹⁾ 이와 같은 유사한 규정이 독일에 도 도입되었고, 18세기말에 이르러 절대군주제하에서 프랑스, 독일 등지에서 일반적이고 효과적인 성명제한 규정들이 제정되었다. 이 당시에는 절대왕권주의의 특징인 조세행정과 병력 파악의 수단으로 일반인의 성명을 파악하였다. 19세기에 와서야 비로소 성명부여 원칙과 성명보호에 관한 규정들이 형성되었다.³⁰⁾

로마법 계수 이후 프랑스 절대군주제에서 형성된 성명제한의 원칙이 프랑스혁명으로 다시 로마법 원칙으로 복원되었다.³¹⁾ 즉 프랑스혁명으로 귀족제도가 폐지되고 신분제도의 대변혁으로 말미암아 지금까지의 성명의 제한 및 강제규정이 모두 성명자유로 바뀌게 되었다. 프랑스혁명의 이념을 바탕으로 제정된 프랑스 민법전에서 성명보호에 관한 내용을 담지 못한 것은 너무나 당연한 현상이었다.³²⁾

26) Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Jus Privatum Bd. 7, Mohr, 1995, S. 72; Klippel, a.a.O., S. 37-38.

27) Raschauer, *Namensrecht*, Forschungen aus Staat und Recht 45, Springer-Verlag, 1978, S. 4.

28) Götting, a.a.O., S. 72; Raschauer, a.a.O., S. 4.

29) Ordonnance von Amboise Heinrich II. vom 26. 3. 1555.

30) Klippel, a.a.O., S. 39; Götting, a.a.O., S. 73.

31) Raschauer, a.a.O., S. 6.

32) 프랑스 민법전 제1초안은 1793년부터 시작하여 1797년에 작성되었고, 1800년에 나폴레옹이 법률통합을 위하여 발족한 4명으로 구성된 위원회에서 입법 작업을 담당하여 1804년 발효되었다.

프랑스혁명의 열기가 가라앉으면서, 새 시대의 시민국가에서는 ‘질서 있는’ 이름제도의 필요성을 다시 인식하고, 1803년 4월 1일자 법률에서 자유로운 이름선택을 강력히 제한하고, 이름변경에 관한 내용을 행정절차로서 구속하였다.³³⁾ 이 법률의 영향으로 유럽 국가들 특히, 독일에서는 고정된 그리고 영구적으로 사용하는 성명에 관한 공법 규정들이 등장하였다. 결국 프랑스혁명으로 성명자유 원칙이 부활하였으나, 그 후 성명변경의 자유를 제한하여 도의적인 경우라 할지라도 상관없이 원칙적으로 성명변경을 금지하였다. 이처럼 성명자유와 성명변경의 제한, 이름부여에 관한 행정절차상의 구속력 등의 문제, 즉 성명보호와 성명권의 민사법적 지위에 대한 논의는 19세기에 접어들어 본격적으로 가능하게 되었다.

4. 인격보호와 성명보호

성명보호에 관한 프랑스민법의 소극적인 태도³⁴⁾와 혁명의 영향으로 1811년 제정된 오스트리아민법은 1804년 프랑스민법과 동일하게 성명보호의 규정을 담고 있지 않았다. 주목할 점은 ‘완벽한 민법전의 제정’이라는 목표로 작업이 진행되던 독일의 경우, 성명권의 본질과 성명보호에 관한 오랜 논쟁이 100년을 넘게 지속되었다는 점이다. 그 결과로 1900년에 발효된 현행 독일민법 제12조로 성명보호를 구현하였다. 즉, 독일민법 제12조는 성명권이란 표제로 ‘특정 이

33) 프랑스에서 제정된 자유로운 이름선택을 강력히 제한하는 이 법률은 다른 유럽 국가들의 성명법 체계에 획기적인 변화의 신호탄이 되었다. 특히 독일의 경우 프랑스와 국경을 인접한 라인지역의 법률에 영향을 주었고, 이를 프로이센과 오스트리아에서 모범으로 하여, 지금까지 지배적이었던 성명자유 원칙을 폐지하고, 성명변경은 사기여부를 막론하고 무조건 금지하는 것으로 하였다(Götting, a.a.O., S. 74; Raschauer, a.a.O., S. 7-8).

34) 세대를 거슬러 가족성을 고정화시키는 것은 성명 취득에 대한 규정을 필요로 하였다. 유럽에서는 계몽주의의 영향을 받은 입법에서 처음으로 등장하였다. 예를 들면 프로이센 일반법(ALR), 프랑스민법(Code civil), 오스트리아민법(ABGB)은 일정한 가족법상의 절차를 통해 성명취득이 가능하도록 규정하였다. 제일 소극적인 것은 프랑스민법이었다. 프랑스의 경우 가족성이 변하지 않고 한 세대에서 다음 세대로 물려주는 것은 ‘묵시적으로 전제된 것’으로 파악하였다. 또한 혼중 자녀의 가족성으로 남편의 성씨를 물려받는 것은 ‘관습법의 영역’으로 간주하였다. 명시적으로 프랑스민법에서 규정된 것은 ‘입양으로 인한 성명취득’ 규정이었다. 이와 달리 프로이센과 오스트리아에서는 아내의 성명과 혼중, 혼외 자녀들의 성명규정을 담고있다(Henrich, a.a.O., S. 355-356).

름을 사용할 권리가 있는 사람에 대하여 그의 권리를 다투거나 또는 그 이름을 권한 없이 사용함으로써 권리자의 이익이 침해될 때에 권리자는 타인에게 방해의 배제를 청구할 수 있다. 앞으로도 방해할 우려가 있는 경우에는 권리자가 부작위를 소구할 수 있다.’ 라고 규정하였다.³⁵⁾

독일민법의 성명보호 규정은 오스트리아 민법전(ABGB)에 영향을 주어, 1927년 제정된 현행 오스트리아민법은 제43조에서 성명보호를 규정하고 특히 가명(Deckname)의 보호를 언급하고 있다.³⁶⁾ 1907년 제정되어 1912년에 발효된 현행 스위스 민법전(ZGB)은 독일이나 오스트리아와는 달리 인격권에 관한 내용을 규정하고 있다. 주목할 점은 스위스민법은 인격보호에 관한 규정들(제27조-제30조) 속에 성명보호를 별도로 규정(제29조)하고 있다는 점이다. 스위스민법 제29조는 독일민법 제12조와 상응되는 규정으로 성명보호(Namensschutz)의 내용을 담고 있는데, 독일의 성명보호 규정과는 달리 제1항에서 성명침해에 대한 확인소송을 규정하고 있으며, 제2항에서 부작위청구권의 행사와 귀책사유가 있는 경우에는 금전배상을 청구할 수 있도록 규정하고 있다.³⁷⁾

스위스민법에서 인격의 개념은 한 사람에게 법적으로 인정되는 가치의 보호로서 사람과 직접적으로 연관된 사적 공간의 보호를 의미한다. 이는 민법에서 인정하는 권리능력이나 행위능력이 아니다.³⁸⁾ 사람의 본질적인 가치를 나타내는 인격은 민사법만의 영역은 아니며, 공법이나 다른 법 영역에서도 보호의 대

35) 독일민법(BGB) § 12 (Namensrecht) Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.

36) 오스트리아민법(ABGB) § 43 Wird jemandem das Recht zur Führung seines Namens bestritten oder wird er durch unbefugten Gebrauch seines Namens (Decknamens) beeinträchtigt, so kann er auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen.

37) 스위스민법(ZGB) Art. 29 1 Wird jemandem die Führung seines Namens bestritten, so kann er auf Feststellung seines Rechtes klagen. 2 Wird jemand dadurch beeinträchtigt, dass ein anderer sich seinen Namen anmasst, so kann er auf Unterlassung dieser Anmassung sowie bei Verschulden auf Schadenersatz und, wo die Art der Beeinträchtigung es rechtfertigt, auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung klagen.

38) Bucher, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 4. Aufl., Lichtenhahn Verlag, 2009, Rn. 384.

상이 된다. 따라서 인격보호 또는 성명보호는 고유한 민사법적 영역이 아니다. 인격권으로서의 성명권은 공법 또는 헌법의 영역에서, 인간의 존엄성, 행동자유와 신체보호 등과 함께 자유권적 기본권으로서의 인격권을 신장시키는 기본 요소인 것이다.³⁹⁾

스위스민법의 성명보호 규정인 제29조는 인격보호의 원칙을 성명권에도 적용한 것이다. 성명보호는 스위스민법 제28조에서 의미하는 인격보호의 특별한 관점이다. 따라서 성명사용과 관련해서 발생하는 인격침해가 제29조의 범위에서 해결될 수 없는 경우에는 제28조의 일반규정을 따른다.⁴⁰⁾ 제29조의 목적은 성명보호의 조건을 묘사하고, 제28조의 원칙을 보완하는 것으로 권리보호의 수단은 제28조나 제29조가 동일한 것으로 간주된다. 성명보호는 인격보호에 관한 규정의 유추적용을 인정한다.⁴¹⁾ 스위스민법 제29조에서 보호의 대상이 되는 이름은 주관적 권리를 취득한 이름을 말하며, 어느 누구에게 주장할 수 있는 이름만을 의미한다. 성명보호의 대상은 가명도 포함되는데 이 경우에는 개성이 있고, 인지도가 높아, 이름소유자와 분리될 수 없을 만큼 결합되어 표시된 경우이어야 한다.⁴²⁾ 한편 제31조에서는 인격권의 취득과 소멸을 내용으로 하고 있다. 특히 제30a조에서는 부부 중 일방의 사망으로 혼인시 변경된 성씨를 혼전의 성씨로 다시 복원할 수 있도록 규정하고 있다.

III. 독일 성명권의 입법 과정

1. 성명보호와 성명권 형성의 오랜 여정

이름은 마력이나 운명으로 간주되어,⁴³⁾ 사회생활에서 오랫동안 풍습에 의해

39) Bucher, a.a.O., Rn. 386.

40) Bucher, a.a.O., Rn. 820-821.

41) Bucher, a.a.O., Rn. 833-834.

42) Bucher, a.a.O., Rn. 822.

43) 한국인의 경우 이름으로 한 사람의 운명을 잃어 내거나 규정하듯이, 서양인에게는 이름을 말하는 순간 초자연적인 치유력 또는 파괴력이 분출하여 다른 이를 돕거나 자신을 파멸에 빠뜨

계승되어 왔다. 이름과 성씨로 구성된 성명이 권리라는 현상과 결합하는 것은 19세기에 접어들면서 유럽의 대륙법국가들 사이에서 전개되었다. 독일어 언어권에서는 중세 중반 이후에 귀족가문에서 처음으로 가족성인 성씨가 출현하였고 그 후 도시의 형성으로 일반 시민에게도 확산되었다.⁴⁴⁾ 성씨의 출현, 근대 국가의 성립, 산업혁명과 새로운 경제주체의 등장으로 근대사회가 형성되어 발전하면서 성명은 풍습에서 하나의 권리의 객체로서 법률의 영역으로 진화되었다. 이러한 사회변화와 함께 19세기에 접어들면서 사회생활의 입법화 흐름이 유럽 국가들 사이에서 고조되었다.⁴⁵⁾

풍습으로 계승되고 보호되는 로마법의 성명자유 원칙이 독일에 계승되면서 게르만의 이름에 관한 풍습과 어우러져, 성명은 온전히 개인의 문제였다. 문제는 성명의 자유가 지배하는 로마법 원칙이 중세기 말에 독일법에 계승되었으나 성명권의 법적 발전에는 그다지 기여하지 못하였다는 점이다. 로마법의 영향으로 이름의 선택과 부여에는 귀족의 성명을 제외하고,⁴⁶⁾ 어떠한 제약도 없었으며, 단지 사기의 목적이 아닌 한 이름변경을 금지하지 않았기 때문이다. 19세기에 이르기까지 타인성명의 남용이나 악용의 사례가 형사법 영역에서 사기로 간주되면서 성명부여와 변경 및 사용에 대한 일정한 법적 규제가 시작되었다.⁴⁷⁾ 그러나 이와 같은 형사규범에서 권리의 객체는 성명이 아닌 침해손해로부터 보호받아야 할 재산이었다. 따라서 19세기에도 여전히 성명자유 원칙이 지배적이었다고 할 수 있다.⁴⁸⁾

19세기 근대 행정국가의 성립은 체계적인 성명권의 형성기라고 할 수 있다. 성명보호와 성명권 형성의 요인은 국가의 성명구별 필요성, 신분적 가족질서의 유지 그리고 개인의 정체성 확립 등으로 나누어 살펴볼 수 있다.

릴 수 있다고 하여 이를 이름의 마력이라고 한다(Walther, *Namenkunde und geschichtliche Landeskunde*, Leipziger Universitätsverlag, 2004, S. 80); Mitterauer, *Traditionen der Namensgebung, Namenkunde als interdisziplinäres Forschungsgebiet*, Böhlau Verlag, 2011, S. 27.

44) Schwab, "Personenname und Recht", *Namenkundliche Informationen*, 2015, S. 110.

45) Schwab, a.a.O., S. 113.

46) Henrich, a.a.O., S. 355.

47) Götting, a.a.O., S. 72.

48) Schwab, a.a.O., S. 111-112.

첫째 국가가 세금징수, 병역의무, 교육의무 등을 부과하기 위한 인구조사 목적의 성명 구별이익을 들 수 있다. 인위적으로 이름변경을 금지하는 최초의 규정은 1677년 3월 12일 바이에른 명령이었다.⁴⁹⁾ 또한 정확하고 영구적인 성명 사용을 강제한 것은 영화 및 언론검열을 위한 방편이기도 하였다. 당시 문화 및 체제비판이 대부분 가명이나 익명 또는 틀린 이름을 사용하여 저자, 발행인, 출판 소재지를 감추었기 때문이다. 19세기에 제정된 성명 규제에 관한 법령들은 이름소유자의 권리를 보호하기 위한 의도는 아니었다. 인구의 통제에 그 목적이 있었다.

둘째 질서 있는 성명체계의 법적 구축은 가족의 신분질서의 유지이라는 측면에서 진행되었다. 사기와 세금탈루를 방지할 목적으로 귀족의 성명과 작위명 등을 자유로이 사용하는 것을 금지하는 법령이나, 그 후 부계혈통주의에 입각하여 아내는 남편의 가족성을 취득하고, 혼중 자녀 역시 남편의 가족성을 부여하는 내용의 입법경향이 주류를 이루게 된다.⁵⁰⁾ 가족성의 부여는 종래의 관습으로부터 법적 지위를 취득하게 되었다. 1794년 프로이센 일반법(ALR)에서는 여성은 혼인하면 남편의 성씨를 취득하는 것으로 규정하였고, 1811년 오스트리아민법(ABGB)에서는 아내는 남편의 성씨를 부여 받고, 남편의 모든 지위를 향유하는 것으로 규정하였다. 이와 같은 부계혈통주의를 따른 가족성의 취득에 관한 규정은 20세기 후반에 남녀평등의 원칙이 대두되면서 그 근거를 상실하게 되었다.⁵¹⁾

셋째 이름소유자 개인의 이익보호가 성명보호 및 성명권의 발전에 큰 자극이 되었다. 이는 19세기의 산업혁명 및 경제발전과 무관할 수 없다. 대량생산, 시장경제가 형성되면서 사람의 성씨로 부여된 회사명, 상호, 제품명 등에서 사람

49) 바이에른 법령(bayerische Verordnung vom 12. März 1677)에는 태워날 때 부여된 이름은 지주의 허락 없이 변경을 금하는 규정이 있었고(Schwab, a.a.O., S. 113), 1822년 4월 15일 프로이센 법령에 의하면 국왕의 허락 없이 가족성이나 가문의 이름을 변경하는 경우에 처벌하는 규정을 두었다(Klippel, a.a.O., S. 42).

50) 특히 1896년 제정된 독일민법(1900년 발효)에서 성명보호를 규정하고(제12조), 아내는 혼인으로 남편의 가족성을 취득하고(제1355조), 자녀의 성씨는 아버지의 성씨로 정한다(제1616조)는 내용으로 정리되었다(Heuer, *Neue Entwicklungen im Namensrecht*, Verlag Dr. Kovač, 2006, S. 15-16).

51) Schwab, a.a.O., S. 115.

의 성명이 큰 비중을 차지하게 된다.⁵²⁾ 따라서 권한 없이 성명으로 부여된 기업이름을 사용하여 생산자나 상인의 이미지 훼손이나 침해를 방지할 목적으로 법적 장치를 고안하게 되었다. 프로이센의 1851년 형법에서는 사람의 성씨로 부여된 상품의 제조자이름, 회사이름, 소재지 등을 틀리게 기입하거나, 고의적으로 틀린 이름(명칭)을 유통시키는 행위를 금지하였다.⁵³⁾

2. 독일민법 제12조의 입법 배경과 내용

19세기에 이르러 성명을 갖추는 것은 의무에서 권리로 파악되었다. 초기에는 성명 그 자체의 보호가 아닌 사람의 성명으로 부여된 회사명, 상호의 보호에서 시작되었다. 이처럼 민사법적 성명권의 발전은 상법의 규정으로부터 출발하였다.

문제는 독일민법전이 발효된 1900년 당시는 판례나 학설에서 인격권의 본질, 범위와 그 보호에 대한 명확한 개념이 확립되지 못하였고, 오늘날과 같이 헌법상의 기본권으로서 지위를 인격권에 부여할 수 있는 명시적인 규정 역시 구비되어 있지 못한 시기였다는 점이다. 즉 19세기의 법적 사고로는 민사법적 보호의 범위가 재산권의 이익보호로 국한되어 있었고, 무체재산권에 관한 지식재산권은 형사법적 보호의 범주에서 다루던 시기였다.⁵⁴⁾

주목할 점은 1869년 독일상법전(ADHGB) 제27조 1항에서 사람의 성명으로 부여된 회사명을 동의 없이 사용하여 성명소유자의 권리를 침해한 경우 부작위 청구권과 손해배상청구권을 인정하였다는 점이다.⁵⁵⁾ 이처럼 상인이 자신의 이름으로 부여된 상호나 회사명에 대한 권리를 갖도록 규정하면서 그 후 회사명

52) 상인이 거래를 위해 호칭하는 자체를 회사(Firma)라고 한다. 사람의 성명(Name)처럼 상인의 기업이름(Handelsname), 상호가 곧 Firma인 것이다. 그러므로 자신의 성명으로 기업명을 부여한 그 회사명 또는 상호를 Firma라고 한다. Firma는 회사 그 자체를 의미한다. 이 경우 Firma가 곧 Name인 것이다. 따라서 상인은 Firma로 소송을 제기할 수도 있다. Firma는 곧 상인의 인격을 말한다.

53) 이처럼 사람의 성명은 경제적인 가치의 주체가 되었다. 1794년 프로이센 일반판트법에서는 국가경제 이익의 관점에서 거래 및 기업보호를 위해서 상업등록부에 거래주체인 회사명을 등록하도록 규정하였다(Schwab, a.a.O., S. 115).

54) 남윤삼, 상계논문, 200면 참조.

55) Klippel, a.a.O., S. 122-123.

에 대한 권리는 주관적 절대적 민사법적 권리(subjektives absolutes Privatrecht)로서의 법적 지위가 형성되었다. 민사법적 성명권은 이와 같은 상법의 영역에서 전개되어 확립되었다.⁵⁶⁾ 상법에서 민사법적 권리로서 성명권을 인정함으로써, 민법전 제정과정에서 민사법적 권리로서의 성명권의 지위에 관한 논의는 당연한 귀결이 되었다.

또한 지금까지의 전통 법학의 반대에도 불구하고 인격권이론이 지배적으로 등장하면서,⁵⁷⁾ 인격권으로 최초로 인정된 것이 바로 성명권이었다.⁵⁸⁾ 성명은 국가의 구별 필요성의 수단이며 경제적 이익을 창출하는 것에 그치지 않고 인격의 요소로서 승인되기에 이르렀다. 성명이 인격적 지위를 갖게 됨에 따라 성명은 자기 결정권의 표현이며 수단으로 평가되었다. 즉 공적 등록에 의해 인정된 성명이었으므로 성명소유자 개인에게 절대적 사법적 권리를 부여하는 것은 당연한 것이었다. 따라서 절대적 사법적 권리가 권한 없는 제3자에 의해 침해된 경우에 민법상의 보호를 받아야 한다. 이와 같은 내용의 성명보호 규정이 바로 독일민법 제12조로 구현된 것이다.

민법전 입법과정에서 처음부터 성명보호 규정의 도입을 수용한 것은 아니다. 독일민법 제1초안⁵⁹⁾에서 성명보호 규정을 배척함으로써 독일 법학계로부터 공분을 자아냈다. 이는 제1초안 작업 당시에 성명관련 규정은 가족법의 사안이었고, 더구나 부계혈통주의 원칙과 자녀 성씨의 결정이라는 문제에 더 주목하였기 때

56) Henrich, a.a.O., S. 356.

57) 독일 법학계에서 처음으로 성명권을 하나의 권리로서 받아들이고, 그 후 인격권으로서의 법적 지위를 인정받아 민사법적 권리로서 승인되게 된 논쟁의 실마리는 1800년에 Wiarda의 소유권이론이었다. Wiarda의 견해가 발표되면서 이후 성명권에 관해서 소유권이론, 강제이론, 독점권이론, 가족권이론, 신분권이론, 무체재산권이론, 인격권이론 등 다양한 이론들이 제시되었다(Bunnenberg, *Namensmerchandising : Die Kommerzialisierung und Monopolisierung der Persönlichkeit ausgehend vom Familiennamen als Marke*, Verlag Dr. Kovač, 2007, S. 149-150).

58) 성명권이 근본적으로 인격권이라는 점은 의견이 일치되었다. 당시 새로 개발되는 다양한 권리들 예를 들면 초상권, 저작권들이 그 후 인격권이라는 큰 틀 속에서 정리되었다. 이때 최초로 인격권으로 승인된 권리가 성명권인 것이다(Götting, a.a.O., S. 79).

59) 독일민법 제1초안은 1881년 작업에 착수하여 그 결과를 1887년 발표하였다. 제1초안에서는 성명보호의 인정 근거가 서로 다르다는 이유에서 성명보호 규정을 배제하였다. 그러나 학설과 판례에서 이미 성명권의 본질을 최초로 인격권으로 파악하고, 민사법적 권리로 인정하였기 때문에 학계와 실무계로부터 격렬한 비판을 받았다.

문이다.⁶⁰⁾ 이와 같은 비판을 받아들여 제2초안에서 성명보호를 도입하여 1900년 독일민법 제12조로 성명권 규정이 정립되었다.⁶¹⁾ 이는 그동안의 성명권 발전과정의 표현이며 선언이었다. 독일민법의 성명보호 규정은 오스트리아민법과 스위스민법의 제정과정에 모범이 되었다.

여기서 독일의 민법전 제정을 위한 초안 작업에서 논란이 된 성명보호에 관한 쟁점을 검토한다. 성명보호 규정의 도입 반대 견해로, 성명이 지금까지 권리로서의 지위를 갖게 되었고, 성명권이라는 권리가 성명 그 자체에 있다는 것을 인정함으로써 금지청구권이나 부작위청구권을 내용으로 하는 규정을 민법전에 담을 필요는 없다는 주장이 제기되었다. 절대적 주관적 권리인 성명권은 언제든지 권리를 행사할 수 있기 때문에 침해에 대한 보호 규정은 넘치는 것이라고 생각하였다. 그러나 도입을 찬성하는 견해는 다음과 같이 주장하였다. 성명침해 시 해결 방안으로 불법행위에 의한 손해배상을 청구할 수 있으나, 문제는 성명권은 그 자체가 절대권이므로, 절대권은 불법행위 요건을 충족하지 못하면 손해배상을 청구할 수 없어 보호를 받지 못한다는 점을 지적하였다. 불법행위로 인한 손해를 청구하려면 책임(Verschulden)이 있어야 되기 때문이다. 따라서 성명보호 규정을 수용하여 고의 또는 과실이 없는 경우에도 손해배상을 청구할 수 있는 길을 열어 놓아야 한다고 주장하였다.

다음에서 민법전의 초안작업 당시 성명보호에 관한 찬반논쟁을 구체적으로 분석한다.

먼저 성명보호 규정을 반대하는 견해에 따르면, 1) 성명침해 시 불법행위 요건을 충족하면 불법행위법으로 보호되고, 불법행위 요건을 갖추지 못하였다면 확인소송(Feststellungsklage)으로 충분하기 때문에 성명보호 규정의 제정은 불필요한 것이다.⁶²⁾ 2) 금지청구권(Verbotungsrecht)으로 성명을 보호하는 것은 특정

60) 특히 혼인으로 여성이 남편의 성씨를 부여받는 것은 독일인의 독특한 의식구조를 이해하여야 하는데, 이는 남편가족의 구성원으로서의 편입을 의미하며, 이로써 남편의 생활권에 진입하여 그의 지위 및 모든 권리와 혜택을 누리는 것을 뜻한다(Schwab, "Die rechtshistorische Entwicklung des Ehenamens", *BRGÖ*2012, S. 61).

61) Schwab, "Personenname und Recht", *Namenkundliche Informationen*, 2015, S. 117; Klippel, a.a.O., S. 238-239.

62) 1907년에 제정된 현행 스위스민법(ZGB) Art. 29에서는 확인소송을 할 수 있도록 명시적으로 규정하고 있다.

한 성명을 가질 권리를 가족법상의 권리로 전제한 것이다. 더구나 이것은 민사법의 역할이 아니며 공법상의 임무인 것으로, 어떤 방식으로 규정하고 금지하는 문제는 민사법적 규율의 대상이 아닌 것으로 보아야 한다.⁶³⁾ 3) 성명보호를 위한 부작위청구는 권한 없이 타인의 성씨를 사용하는 것을 배제하는 것으로 외부에서 가족구성원으로 판단할 수 있는 것을 방지할 목적이기 때문에 이는 성명소유자 개인의 문제가 아니라 가족구성원 사이의 문제가 되는 것으로 판단하여야 한다. 4) 이처럼 학문적으로 금지청구나 방해배제 등에 관한 논쟁이 진행중임에도 불구하고 입법부가 먼저 법률 제정으로 논쟁을 매듭지을 수는 없다는 견해 등을 제시하였다.

이와 달리 성명보호 규정의 입법화에 찬성하는 견해는 1) 입법과정에서 판례를 참고하지 않았을 뿐만 아니라 성명권 규정의 배제는 당시의 사회적 경제적 이슈를 전혀 고려하지 않은 것으로 비판하였다. 2) 불법행위법이나 확인소송으로는 충분치 않다는 점이다. 성명권은 인격권인 동시에 재산권인 것이다. 따라서 금전적 손해가 발생하는 경우에는 확인소송으로 충분히 대처하기 어렵다. 실제로 발생하는 성명침해가 금전적 손해를 발생하는 경우, 공법으로도 이를 해결할 수는 없는 것이다. 민법으로 해결될 수 있는 것을 공법에 미룰 수는 없는 것이다.⁶⁴⁾ 3) 민법상의 규정이 없음에도 불구하고 상법, 상표법 등에서의 성명보호 규정을 두고 있는 점으로 미루어 민법상의 성명보호 장치가 마땅히 구비되어야 한다. 4) 또한 성명권은 절대권으로서 소유권과 유사한 지위를 누리므로 방해배제청구가 필요하며, 불법행위법으로는 성명보호가 불충분하고, 절대권으로서의 보호가 별도로 필요하다.⁶⁵⁾ 이와 같은 견해가 수용되어 독일민법 제12조와 그 후 형성된 독일민법 제1004조의 규정은 방해배제청구 및 부작위청구의 내용을 담게 되었다.

63) Klippel, a.a.O., S. 243.

64) Klippel, a.a.O., S. 250.

65) 이러한 견해가 입법과정에서 받아들여, 현행 독일민법의 성명보호에 관한 제12조 후문(Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.)과 소유권보호에 관한 제1004조의 후문(Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.)은 동일한 내용을 담고 있다.

3. 독일민법 제12조의 평가

성명권은 권리인 동시에 의무를 내포하고 있다. 따라서 성명은 등록된 특정한 성씨와 이름을 사용하여야 하며,⁶⁶⁾ 성명을 취득하기 위한 일정한 법적 요건을 구비하고, 성명침해에 대한 방해배제청구, 부작위청구, 손해배상청구 등으로 보호 장치를 갖추어야 한다.⁶⁷⁾ 왜냐하면 성명권은 민법으로 규율되는 절대권의 성질을 갖는 주관적 권리이기 때문이다.

성명침해에 대해서 독일민법 제정 과정에서 문제가 된 것은 타인의 귀책사유가 없는 경우에는 불법행위법으로는 구성할 수 없다는 점이다. 이 경우에 제12조에서 방해배제 및 부작위청구를 규정한 것은 성명권이 소유권과 유사한 절대권으로서의 법적 지위를 갖기 때문이다. 오늘날 독일의 성명보호는 제12조와 책임 요건을 갖춘 경우 불법행위에 대한 규정인 제823조에 의해서 보호된다. 이처럼 성명권은 경찰법적, 형사법적 이익 보호가 민사법상의 보호로 전환되면서, 주관적 권리로 정착되어 제3자의 침해에 대한 보호를 인정받게 되었다.

성명권은 초기에는 가족의 소속, 질서를 위해서 가족에 국한된 권리가었으나, 점차 성명소유자 개인의 인격 차원에서 인격권으로 정립되어, 제12조에서 특별한 성명보호 규정을 담게 되었다. 성명보호가 그 후 특별 인격권으로 인정되기까지 성명권 규정은 오랜 기간 논쟁의 산물이었다.⁶⁸⁾ 그 결과 성명이 권한 없는 타인에 의해 침해되거나, 허락 없이 사용된 경우에는 제12조에 의해 보호받게 되었다.⁶⁹⁾

독일민법 제12조의 성명보호는 모든 개인에게 부여된 인격권을 바탕으로 하

66) 자연인의 성씨에 한정하여 제정된 제12조는 사람의 이름으로 그 범위가 확대되면서, 사람의 성명으로 부여된 모든 명칭에까지 적용 범위가 확대되었다. 이처럼 제12조는 총체적인 표식권(Bezeichnungsrecht)의 일반조항이 되었다. 사람의 이름으로 부여된 다양한 명칭에까지 적용범위를 넓혀 포괄규정으로 전환시켰다(Klippel, a.a.O., S. 25).

67) Henrich, a.a.O., S. 356-357.

68) Simon, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine gewerblichen Erscheinungsformen*, Duncker & Humblot, 1. Aufl., 1981, S. 145 ff.

69) Hartl, *Persönlichkeitsrechte als verkehrsfähige Vermögensgüter*, Universität Konstanz, 2004, S. 41.

기 때문에 가족질서의 보호라는 가족권의 범위를 넘어서는 것으로 제12조에서 방해배제청구와 부작위청구를 규정하고, 손해배상청구권은 판례에 의하여 인정하게 되었다.⁷⁰⁾

인격권을 근거로 하는 제12조의 적용범위는 상업적 이익의 보호범위를 넘어서고, 영구적인 가족질서를 초월하는 것이다. 성명보호 규정이 제정되면서 그 적용범위가 폭넓게 펼쳐졌다. 입법초기에는 성명보호가 자연인의 가족성 보호로 간주되었으나 성씨와 이름을 포함하는 성명권 보호로 확대되었고, 성명을 더 이상 자연인에게 한정하지 않고,⁷¹⁾ 법인의 성명을 성명보호의 범위에 포함하였다.⁷²⁾ 또한 가명의 보호문제 역시 상당한 논쟁이 있었으나 제12조의 성명보호의 영역으로 인정되었다.⁷³⁾

성명권이 입법화된 이후 독일 판례는 성명보호를 위한 성명권의 특성을 인격권으로서 그리고 재산권으로 파악하고 있다. 이는 성명권이 개인의 관점에서 발생되어도 이익 창출이 발생하기 때문이다. 인격이라고 할지라도 결국 경제적 관점에서 다루어야 한다. 이와 같은 관점에서 볼 때 오늘날 제12조의 성명보호의 비중은 상표법으로 넘어갔다고 볼 수 있다. 민사법적 성명보호는 행정적으로 등록된 사람이름의 범위를 넘어, 법인의 성명, 상호, 상표 등과 심지어 가족구성원 사이의 가족성과도 분리하여 판단하는 것으로 확장되었다.

독일 민법전은 제12조에서 성명보호에 관한 일반조항을 두고, 성명의 취득 및 변경은 1차적으로 민법전 제4편 가족법에서 규정하는 것으로 정리되었다. 따라서 독일민법은 성명보호에 관한 제12조를 가족법 영역이 아니라 민법의 총

70) 독일민법 제12조와는 달리 스위스민법 제28조에서는 방해배제청구권, 부작위청구권과 동시에 손해배상청구권도 명시적으로 규정하고 있다.

71) Schwab, a.a.O., S. 117-118.

72) 법인 명칭의 침해는 자연인의 성명침해의 경우 국내법 적용과는 달리, 법인의 주된 사무소의 소재지가 분쟁해결을 위한 법 적용의 기준이 된다(Henrich, a.a.O., S. 357). 주목할 점은 민법제정 작업 당시에는 성명보호의 대상을 자연인의 이름에 한정하여 구성한 것이었으나, 제정 이후 권리능력 없는 단체나 법인의 이름에 이르기까지 확대되었다는 점이다. 그 후 이름과 관련된 모든 사안에 적용함으로써 일반 규정으로 확립되었다(Götting, a.a.O., S. 79-80).

73) 가명은 사람의 이름을 감추는 기능을 하지만 그 사람 자체를 숨기는 것은 아니다. 따라서 가명은 그를 표시하고 개별화하는 기능을 갖추고 있으므로 보호되어야 한다(Klippel, a.a.O., S. 463-464). 독일민법 제12조에서는 명시적으로 가명을 언급하지 않았다. 이에 반하여 오스트리아민법(§ 43)과 몽골민법(§ 20.3)은 명시적으로 가명의 보호를 규정하고 있다.

칙편에 설정함으로써 민법 전반을 규율하는 기본규정으로서 성명권의 법적 지위와 본질을 확대시켰다. 사람의 성명에 관한 성명권과 성명보호가 사법 전체를 아우르는 민법의 일반원칙으로 그 법적 지위를 확립하였다. 독일민법 제12조는 성명권이 민사법적으로 보호되는 성명에 관한 총체적, 선언적 권리라는 점을 명시한 것이다.⁷⁴⁾

IV. 몽골의 성명체계와 성명보호

1. 몽골 성명체계의 특징

몽골은 오랜 기간 하나의 이름 즉 본인의 고유이름으로 생활하여 왔다. 공식적인 경우에는 아버지 또는 어머니의 이름을 성씨로 사용하였으나, 성씨는 중요한 성명체계의 요소는 아니었다. 오늘날 몽골인의 성명은 부족이름, 아버지이름 또는 어머니이름, 본인의 고유이름으로 다시 복원되었다.⁷⁵⁾ 몽골의 부족이름은 대부분 지역명칭을 사용하며 이는 동일 혈통을 의미한다. 사회주의 체제에서 부족이름의 말살 정책은 몽골인의 전통과 집단기억의 말살이었으며, 가족관계의 파괴를 의미했다. 1996년 몽골문화법(Монгол Улсын Соёлын тухай хууль)이라는 특별법에 의해 규율된 몽골의 성명체계 및 구조는 탈사회주의 이후에 와서야 비로소 가능하게 되었다. 이와 같은 성명구조⁷⁶⁾는 오랜 역사적 굴곡으

74) 이와 같은 독일민법 제12조에 관한 구체적인 분석과 평가는 남윤삼, 상계논문, 194-199면 참조.

75) 예를 들면 1921년 몽골 국가 혁명의 대표적인 지도자로서 오늘날에도 국가적으로 추앙받는 수흐바타르의 성명은 부족이름(하이스: Хайс), 아버지이름(담딘인: Дамдин), 본인이름(수흐바타르: Сүхбаатар)의 순서로 구성되어 있다.

76) 2012년 1월 10일 발효된 몽골민법은 민법총칙과 채권법 그리고 물권법으로 구성되어 있고, 우리나라의 민법전과는 달리 가족법(1999년 6월 11일 제정)을 별도로 규정하고 있다. 또한 몽골문화법(Монгол Улсын Соёлын тухай хууль, 1996년 4월 11일 제정)에 의하여 국민은 부족을 알고, 가계도(족보에 해당)를 작성하여야 하며, 부족이름을 갖도록 규정하고 있다. 국민은 전통을 계승하여 부족이름을 선택할 수 있으며, 이를 위해 임의로 선택하거나 또는 새로운 부족이름을 만들어서 사용할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 오랜 기간 동안 부족이름을 상실한 역사적 배경에 따른 것이다. 몽골의 성명체계와 성명관련 법률의 내용

로 풍습과 전통을 강제적으로 상실한 채 살아온 몽골인에게 ‘자랑스런’ 역사의 복원이며 국민의 정체성을 회복하는 계기가 되었다.

탈사회주의 이후 몽골의 성명법 개혁, 특히 가족성으로서의 부족이름의 복원은 세계적으로 이슈화되었다. ‘하나의 이름으로는 충분하지 않다’라는 신문 기사는 오랫동안 잊혀진 몽골의 성명체계에 관심을 불러왔다.⁷⁷⁾ 사회주의 체제 전환과 동시에 이루어진 헌법제정과 다양한 경제관련 입법과정에서 특히 1996년 몽골문화법의 제정은 성명법의 현대화 작업을 알리는 단초가 되었다.

현행 몽골의 성명법에 따라 몽골인의 성명구조는 가족성으로 부족이름을 복원하고, 아버지 또는 어머니이름(선택)을 2격의 형태로 본인의 고유이름을 앞에 두고, 그 뒤에 본인이름의 순서로 나열한다. 예를 들면, 몽골의 유명한 저술가이며 사회주의 체제에서도 이미 자신의 부족이름을 사용하였던 시인인 담딩수랭(1908년-1986년)은 부족이름(하트깅 : Хатагин) 아버지이름(첸드 : Цэнд) 본인이름(담딩수랭 : Дамдинсүрэн)의 순서로 성명을 갖추고 있다.

이와 같은 부족이름 - 아버지이름 - 본인이름은 주민등록증과 주민등록관계부 등에 사용된다. 외교관을 비롯한 공무원 여권에는 부족이름(Family Name)을 기재하지만, 개인 일반여권에서는 여전히 부족이름을 생략하고, 가족성(Surname)으로 아버지이름인 첸드를, 이름(Given name)으로는 본인의 고유이름인 담딩수랭을 사용한다. 최근에 발행되는 도서나 간행물 등에서는 부족이름, 아버지이름, 본인이름을 모두 기재하고 있어, 서서히 몽골의 성명체계가 일상생활에 정착하고 있다고 볼 수 있다.

한편 탈사회주의 체제전환 이후 악인에서 민족의 영웅으로 복원된 징기스칸(버르지깅 예수헤 테무진)의 사례에서, 징기스칸의 부족이름인 ‘버르지깅(Боржигон)’은 10세기에 창설된 것으로 파악되고 있으며, 오늘날에도 여전히 몽골 민족의 자긍심의 상징으로 자리하고 있다. 탈사회주의 이후 성명개혁에서 지금까지 부

에 관해서는 남윤삼, “몽골에서의 이름부여와 성명법 변천”, 『법학논총』, 국민대학교 법학연구소, 2018, 97-135면 참조.

77) 사회주의체제에서 잃어버린 부족이름의 복원을 알리는 몽골의 성명 개혁에 관한 1998년 7월 6일의 독일 슈피겔지의 기사 참조(<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-7934045.html> 최종 방문, 2018년 12월 17일). 2004년 11월 24일자 미국 워싱턴 포스트 신문의 기사에 관한 내용은 남윤삼, 상계논문, 99면 참조.

족이름을 모르는 경우 후손들이 기억하는 선조의 이름이나 새롭게 스스로 작명하여 등록하고 있으나, 주로 ‘버르지깅’을 자신의 부족이름으로 택하여 등록함으로써 ‘버르지깅’이 전체 몽골의 성씨 중 대다수를 이루고 있다.⁷⁸⁾

2. 몽골민법의 성명보호 내용⁷⁹⁾

1) 성명에 관한 기본 규정(§ 20)

먼저 몽골민법⁸⁰⁾ 제20조에서는 ‘국민의 이름’이라는 표제로, 모든 국민은 이름을 가져야 한다고 선언하였다(§ 20.1). 동시에 이를 반드시 법률의 규정에 따라 공적 기록부에 등록할 것을 규정한다. 이름변경의 경우에도 동일하다(§ 20.2). 이름은 사람과 분리되거나 타인에게 양도할 수 없는 권리임을 선언하고 있는 것이다. 공적으로 등록된 이름으로 상속의 권리가 발생되고 주관적이며 적극적인 성명권을 행사할 수 있게 된다.⁸¹⁾ 이름을 관련기관에 등록하여야 하며, 이름으로 권리를 취득하고 의무를 이행한다(§ 20.3). 또한 이름변경⁸²⁾으로 지금까지의 개명 전의 이름으로 취득한 권리와 의무는 변경되거나 상실되지 않는다(§ 20.4). 이름변경은 공적 기록부에 등록하여야 하며 이를 권리관계인들에게 통지하여야 한다. 이를 위반한 경우에는 책임을 지도록 정하고 있다(§

78) 이에 관한 내용은 남윤삼, 상계논문, 107-108면 참조.

79) 이에 관한 내용은 몽골민법 주석서 2018년판을 참조하였다. 몽골민법 주석서는 독일 법조인 4명과 몽골 법조인 4명, 모두 8인이 집필에 참여하였다 : Ё. Кают/ Э. Шпанглер/ П. Редел/ Р. Хелмхаген/ Д. Наранчимэг/ Ц. Амарсайхан/ Д. Дүгэржав/ Н. Баярмаа, 『몽골민법 주석서(МОНГОЛ УЛСЫН ИРГЭНИЙ ХУУЛИЙН ТАЙЛБАР), 민법총칙』, 민법총칙, 세 번째 출판본, Mergen Ikh Mongol” Co.,Ltd, Ulaanbaatar 2018(여기서는 ‘몽골민법 주석서’라 약칭한다).

80) 현행 몽골민법의 구성과 내용에 관해서는 김대석·정현수, “몽골 민법의 체계와 주요 내용”, 『비교사법』, 한국비교사법학회, 2012, 1051-1098면 참조.

81) 몽골민법 주석서, 35면.

82) 1999년 10월 14일 제정된 몽골 국민등록법(Монгол Улсын Иргэний бүртгэлийн тухай хууль)에 따르면, 이 법률은 2018년 6월 21일 몽골 국민국가등록법(Монгол Улсын Иргэний Улсын бүртгэлийн тухай хууль)이라고 개정하고 내용을 새롭게 다듬었다.

20.5).⁸³⁾ 또한 가명의 사용을 명시하여 합법화하고 있다(§ 20.3).⁸⁴⁾

2) 성명, 명예, 명성, 직업상의 명예 보호(§ 21)

몽골민법 제21조에서는 타인의 이름을 불법적으로 사용하는 것을 금지하는 규정을 두어 성명보호를 확고히 하고 있다(§ 21.1). 이름과 함께 타인의 명예나 명성(위신) 및 직업상의 명예 역시 성명보호의 대상으로 명시하였다. 그 결과 타인의 이름뿐만 아니라 그의 명예, 명성, 직업적 명예 등을 침해하는 개인 정보를 공개하지 못하도록 하고(§ § 21.2, 21.3, 21.4), 이를 위반한 경우 침해 구제를 위한 청구권을 행사할 수 있도록 하였다.⁸⁵⁾ 이 경우 유포 또는 공개된 동일한 형식이나 방법으로 침해된 명예를 회복하도록 하고 있다.

또한 개인의 초상권과 관련하여 사진, 영화, 비디오 필름, 초상화 등의 형태로 동의 없이 무단으로 기사화하거나, 공개하는 경우 그 피해에 따른 책임을 묻도록 규정하였다(§ 21.5). 그러나 공공장소에서 촬영된 경우이거나, 공공의 목적으로 홍보나 광고에 이용하거나 교육 및 학술연구의 목적으로 이용하는 경우에는 본인의 허락을 요하지 않는 것으로 규정하고 있다. 일정한 촬영 대가를 지급한 경우에도 본인의 동의를 요하지 않는다(§ 21.6). 특히 상속인의 동의 없이 사자(死者)의 성명이나 명예를 훼손하는 정보를 공개하거나 유포하는 것을 금하고, 상속인의 순위를 규정한 몽골민법 제520조에 해당하는 상속인이 손

83) 한편 용의자, 피의자, 피고, 범인, 수감자 등의 성명(부족이름, 아버지이름, 본인이름 포함)의 경우에는 변경이 허용되지 않는다. 이는 사회적 이익을 증시한 결과이기도 하다. 또한 이름 변경은 권리와 의무 관계에 있는 당사자에게 반드시 통지하여야 한다. 예를 들면 은행대출을 받은 경우 이름을 변경한 후 이를 통지하지 아니하여 발생한 책임은 본인이 부담하여야 한다(몽골민법 주석서 36-37면).

84) 오스트리아민법 제43조에서도 가명(Deckname)을 명시적으로 규정하고 있다. 몽골은 민법과 저작권과 그와 관련된 권리에 관한 법률(Монгол Улсын Зохиогчийн эрх болон түүнд хамаарах эрхийн тухай хууль)에서 가명(Pseudonym)의 사용을 허용하고 있다.

85) 예를 들면 국회의원의 실명을 거론하며 “...X씨가 에이즈 검사를 받았다...”라는 신문 기사를 몽골민법 제21조 3항에 근거한 명예훼손의 사례로 들고 있다. 국회의원 X씨가 에이즈 검사를 받은 사실이 있으나, 이는 해외 순방을 목적으로 초청기관의 요구로 이루어진 통상의 건강검진 절차였음에도, 이를 확인하지 않은 기사내용은 정확하지 않은 정보 공개에 해당되어 X씨의 명예를 훼손한 사례로 들고 있다(몽골민법 주석서, 38면).

해배상을 청구할 수 있도록 하였다(§ 21.7). 이때 비물질적(비재산적) 손해가 발생된 경우에는 정보유출의 배제 내지 유폐된 정보의 금지 등을 청구하여야 하며 재산적 손해배상의 청구는 할 수 없도록 하였다(§ 21.8).

몽골민법 제21조에서 보호하는 개인의 성명, 명예, 명성, 직업상의 명예 등을 침해하는 정보를 공개하거나 유폐하는 행위에 대해서 손해배상의 책임근거인 몽골민법 제497조와 명성과 명예훼손에 관한 정신적 손해의 물질적 배상과 비물질적 배상을 규정한 몽골민법 제511조에 따라 피해자나 제3자(상속인) 등에게 손해를 배상할 것을 규정하였다(§ 21.9).

3. 몽골민법 제20, 21조의 평가

성명권과 성명보호에 관한 몽골민법은 제20조와 제21조에서 명시하고, 각각 5개, 9개의 조항으로 구성되어 있다. 몽골민법 제20조에서 성명의 기본 규정을 선언하고 그 등록에 관한 내용을 규정하였다. 제21조 성명보호에서는 개인의 명예와 존엄성 그리고 거래(영업)상의 평판보호 등을 내용으로, 국민의 이름, 명예, 존엄성 또는 명성, 직업상(업무상)의 명예 등의 보호에 관하여 규정하고 있다. 제21조는 독일민법 제12조와 상응되며, 독일민법의 현대화를 이룬 조문으로 평가할 수 있을 것이다. 예를 들면 제21조의 성명의 보호는 구체적으로, 국민의 이름, 명예, 명성과 같은 인격권뿐만 아니라 거래상 영업상 쌓은 평판 역시 넓은 의미의 성명에 포함하여 보호 대상으로 규정하고, 가명 및 초상권 역시 성명보호의 대상으로 이를 명시하고 있다. 또한 독일민법의 구성 체계와 동일하게 그밖에 성명의 취득 및 변경 등에 관해서는 가족법에서 규율하거나 특별법에서 규정하고 있다.

주목할 점은 자연인의 성명과는 별도로 법인의 성명에 대한 조문을 규정하고 있는 점이다. 즉, 몽골민법 제27조에서는 법인의 성명(명칭)에 관하여 별도로 규정하고 있는 점이 특색이라고 할 수 있다.⁸⁶⁾ 이처럼 자연인과 법인의 성명을

86) 몽골민법 제27조 (법인의 이름) : 법인은 자신의 이름을 가지며, 법인명은 조직, 법적 형식을 갖추어야 한다(§ 27.1). 법에 명시된 경우 법인의 유형을 구별할 수 있는 이름을 가진다(§ 27.2). 법인명이 다른 법인명과 혼동되거나 구별의 혼란을 주는 경우에는 사용할 수 없다(§

구별하여 별도로 규정하고, 권리의 주체가 성명을 가져야 할 것을 내용으로 하는 기본 원칙을 선언하고, 개명으로 인해 개정 이전의 이름으로 취득한 권리와 의무를 상실하지 않는 것으로 규정하고 있다.

그 다음으로 몽골민법은 별도의 조문인 제21조에서 성명보호를 규정하였다. 이를 구체적으로 살펴보면, 절대권으로서의 성명권을 보호하기 위한 부작위청구권을 명시하였다. 이는 인격권으로서의 성명권의 본질을 잘 파악하여 표현한 것으로 볼 수 있다. 특히 가명과 사자의 성명보호 규정을 민법 조문에 명시함으로써 지금까지 독일에서 판례에 의해 형성된 내용을 명문화하였다. 독일민법 제12조의 규정 이후 독일에서 오랫동안 가명, 사자의 명예 등에 관한 논쟁의 결과를 명문화 한 점에서도 독일 민법의 영향을 엿볼 수 있다.

2006년 1월 19일에 발효된 몽골의 저작권법 제11.1조에서는 저자의 본명과 가명 또는 비밀이름 및 무명 등으로 작품을 출판할 수 있으며, 특히 가명이나 비밀이름을 본인의 동의 없이 유포하지 못하도록 규정하고 있다. 예를 들면, Bat-Erdene Batbayar라는 이름을 사용하는 사람이 국가 경제 및 정치 현실을 분석한 내용을 기사화하면서 가명으로 “Baabar”이라는 이름을 사용하였다. 그 후 본인인 B. Batbayar가 자신의 기사라고 공개함으로써 가명으로 사용된 “Baabar”가 누구인지 모두 알게 되었다. 따라서 타인이 “Baabar”이름으로 작품이나 기사를 공개하는 경우에 일반인들은 이를 B. Batbayar의 작품이거나 기사로 알게 된다. 이 경우 본인은 이를 금지하거나 손해배상을 청구할 수 있다.⁸⁷⁾ 몽골민법은 가명을 성명권 규정에서 보호함으로써 본명과 동일하게 권한 없는 타인이 사용하는 것을 금하고 있다.

한편 몽골민법 제21조는 독일민법 제12조와 직접적으로 상응되는 내용이라고 볼 수 있으나 독일민법 제12조와 달리, 성명 침해의 대상으로 명예, 명성, 직업상(업무상) 명예, 가명, 예명에 해당하는 내용을 구체적으로 서술함으로써 해석상의 혼란을 사전에 방지하도록 조문을 제정하였다고 볼 수 있다. 명예(Нэр хүнд),

27.3). 법인명을 불법으로 사용하는 경우 금지한다. 침해시 제497조에 따라 배상하여야 한다 (§ 27.4). 법인은 법률의 규정에 따라 법인명을 등록한다 (§ 27.5). 법인의 영업상 평판 보호는 제21조를 준용한다 (§ 27.6).

87) 몽골민법 주석서, 36면.

명성(Алдар хүнд), 직업상(업무상)의 명예라는 개념은 서로 밀접한 관계가 있으나 몽골민법의 주석서에서는 각각 독립된 개념으로 파악하고 있다.⁸⁸⁾

몽골민법 제21조는 독일민법 제12조의 현대화된 표현이라고 본다. 제21조는 제12조 성명권(Namensrecht) 규정의 내용을 포용하면서, 그동안 독일에서 발생된 분쟁의 내용을 동시에 담고 있기 때문이다. 이는 몽골민법전 제정에 독일 법학자들의 열정적인 참여의 흔적이라고 할 수 있다.

V. 맺음말 : 성명보호의 입법을 위한 제언

본 연구는 먼저 성명보호의 필요성과 성명권의 본질을 살펴보았다. 이는 독일민법과 몽골민법의 성명보호 규정을 분석하기 위함이었다. 이와 같은 작업을 통해 우리나라 민법전에 성명보호 내지 성명권을 일반 원칙으로 도입할 필요성은 없는지를 검토하려 하였다.

우리나라에서 인격보호 및 성명보호에 관한 입법 논의는 몇 차례에 걸친 민법 개정 시안으로 제시되었으나, 독일과 스위스 민법전을 참조하여 인격권의 보호를 중심으로 논의되어 왔다. 그 최종 결과물로 2017년에 발간된 2014년 민법개정 시안에서 도출된 내용을 보면, 권리의 주체에 관한 규정에, 제3조의2(인격권) ‘사람은 생명, 자유, 신체, 건강, 명예, 사생활의 비밀과 자유, 성명, 초상, 개인정보, 그 밖의 인격적 이익에 대한 권리를 가진다.’ 라는 내용으로 정리하고 있다. 한편 2004년 개정 시안에서는 제1조의2(인간의 존엄과 자율) ① ‘사람은 인간으로서 존엄과 가치를 바탕으로 자신의 자유로운 의사에 좇아 법률 관계를 형성한다. ② 사람의 인격권은 보호된다.’ 라고 제시하고 있다.

88) 즉, 명예, 명성 등은 개인에 속하는 개념으로 보고, 직업상(업무상) 명예는 개인과 법인 모두에게 관련된 개념으로 해설하고 있다. 1) 명예는 사람의 성격, 윤리, 업무, 전문적인 특성에 대한 호의적이고 긍정적인 평가이며, 2) 존엄성, 명성(위엄)은 명예와 유기적으로 관련된 개념이며, 특정 개인과 사회, 친구와 동료, 기타 관련인(의뢰인, 협력자 등) 으로부터 평가되는 것으로 개인의 가치관이며, 3) 직업상(업무상) 명예란 시장거래에 참여하는 개인 및 법인과 관련된 개념이며, 해당 당사자 자신의 업무의 전문성 또는 직위상의 의무, 타인을 위해 수행하는 계약 준수 및 의무이행과 관련된 것으로 파악한다(몽골민법 주석서, 37면).

본 연구에서는 성명보호에 초점을 두어 다음과 같은 입법 소견을 제시하고자 한다.

1. 민법의 총칙편에서 권리의 주체에 관한 내용으로 자연인의 이름과 성씨의 가장 기본적인 원칙을 제시하여야 한다. 오늘의 관점에서 성명은 여전히 권리의 주체인 성명소유자의 정체성의 표시인 것이다. 그러므로 사람은 성명이 외부에 표현될 때 비로소 권리의 주체가 된다. 따라서 대륙법의 민사법적 영역에서 오랜 기간 논쟁의 결과인 성명권과 성명보호 규정은 독립하여 신설하여야 할 것으로 본다. 이는 사법의 기본법으로서 민법의 지위를 한층 높이는 작업이며, 권리의 주체를 이름과 성씨로 구체화함으로써 성명에 대한 독특한 한국인의 의식과 감정을 반영하는 것이 될 것이다.

2. 성명보호 및 성명권에 대한 입법 과정에서 고려되어야 할 것은 성명권이 인격적 요소를 갖춘 인격권이며, 동시에 경제적 이익을 창출하는 재산권이라는 점이 전제되어야 한다. 소유권과 동일한 절대권으로서의 성명권을 보호하기 위해서는 방해배제청구, 부작위청구, 손해배상청구 등을 명문화하여야 한다.

3. 독일의 입법과정에서도 이미 지적되었듯이, 성명보호는 자연인의 성명을 전제로 하여 규정하여야 한다. 그 밖의 법인명, 가명, 초상권, 상표권, 사후의 성명 및 명예보호 등으로서의 성명권 보호는 판례에 의해 충분히 보완될 수 있으며, 유추적용도 가능하므로 몽골민법 제21조에서 보듯이 구체적으로 나열할 필요는 없을 것이다. 지금까지 성명권과 관련된 우리나라에서의 입법 논의는 인격권 내용을 신설하는 것으로 나타나고 있다. 인격권이라는 큰 틀에서 성명을 포함하는 것으로 구성하고 있다. 이는 지금까지 인격권에 관한 논의가 비교적 활발하게 이루어진 반면, 성명권은 심도 있는 연구 분야가 아니었기 때문일 것이다.

4. 특히 인격보호를 규정하고, 별도의 성명보호 규정을 넣은 스위스민법 구성을 따를 필요는 없을 것이다. 왜냐하면, 인격권은 그 내용이 방대하고, 사회변화에 따라 추가적으로 새로운 권리들이 발생될 수 있기 때문이다. 최근의 사생활 보호 및 개인정보 보호가 등장하는 점이 좋은 사례가 될 것이다. 따라서 2004년 및 2014년 민법개정시안에서의 인격권보호와 그 내용을 나열하면서 성명을 예시하는 방식을 지양하고, 성명보호를 별도의 조문으로 신설하는 것을 고려해야 한다. 앞으로 성명의 본질 및 성명보호를 민사법적 차원에서 정립하기 위한 심도 있는 논의가 필요할 것이다. 이름과 성씨에 관한 우리의 풍습과 전

통이 독일이나 스위스와는 다르기 때문이다.

참고문헌

〈국내문헌〉

- 법무부, 「2014년 법무부 민법 개정 시안 해설 - 민법총칙·물권편-」, 민속원, 2017.
- 姜台星, “民法 제1편(총칙) 중의 通則·人에 관한 개정방향”, 「法曹」 Vol.54 No.12, 법조협회, 2005. 12, 19-51면.
- 김대석·정현수, “몽골 민법의 체계와 주요 내용”, 「비교사법」 제19권 3호, 한국 비교사법학회, 2012. 8, 1051-1098면.
- 金載亨, 인격권에 관한 입법제안. 「민사법학」 제57호, 민사법학회, 2011. 4, 41-107면.
- 남윤삼, “독일의 성명법에서 성씨(姓氏)의 취득”, 「법학논총」 제25권 3호, 국민대학교 법학연구소, 2013. 2, 110-148면.
- _____, “몽골에서의 이름부여와 성명법 변천”, 「법학논총」 제31권 1호, 국민대학교 법학연구소, 2018. 6, 95-135면.
- _____, “민사법적 성명권의 형성과 발전 - 독일에서의 100년(1800년 - 1900년) 논쟁을 중심으로”, 「동아법학」 제80호, 동아대학교 법학연구소, 2018. 8, 177-212면.
- 민사법학회/국회입법조사처, “사회변화와 민법개정 - 그 방법과 방향, 민법 제정 60주년 기념 공동심포지움”, 2018. 10.19, 자료집 1-93면.
- 양창수, “한국민법학 60년의 성과와 앞으로의 과제”, 「민사법학」 제36호, 민사법학회, 2007. 5, 709-759면.
- 李哲松, “滿洲國民法의 우리 法制史的 意義 - 만주민법의 자리매김에 관한 의문”, 「민사법학」 제78호, 민사법학회, 2017. 2, 3-41면.
- 정종휴, “日本民法典의 編纂”, 「法史學研究」 Vol. 36, 한국법사회학회, 2007. 10, 101-152면.

坂元眞一(Sakamoto Y. Shinichi), ““明治民法”의 성씨제도와 “創氏改名”(朝鮮)·“改姓名”(臺灣)의 비교분석”, 『法史學研究』 Vol. 22, 한국법사회학회, 2000. 10, 155-190면.

〈외국문헌〉

- Ё. Кают/ Э. Шпанглер/ П. Редел/ Р. Хелмхаген/ Д. Наранчим эг/ Ц. Амарсайхан/ Д. Дүгэржав/ Н. Баярмаа, *몽골민법 주석서(МОНГОЛ УЛСЫН ИРГЭНИЙ ХУУЛИЙН ТАЙЛБАР)*, *민법총칙*, 세 번째 출판본, Mergen Ikh Mongol” Co.,Ltd, Ulaanbaatar 2018.
- Arndt, Nicole, *Die Geschichte und Entwicklung familienrechtlichen Namensrechts in Deutschland unter Berücksichtigung des Vornamensrechts*, Herbert Utz Verlag, München, 2003.
- BGB-RGRK, *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar*, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12., neubearbeitete Aufl., Band I, Berlin: Walter Gruyter, 1982.
- Bucher, Andreas, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 4. Aufl., Lichtenhahn Verlag Heidelberg, 2009.
- Bunnenberg, Steffen, *Namensmerchandising : Die Kommerzialisierung und Monopolisierung der Persönlichkeit ausgehend vom Familiennamen als Marke*, Diss., Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2007.
- Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 11. Aufl., Aschendorf Rechtsverlag, München, (Erman/H.P. Westermann § 12), 2004.
- Götting, Horst-Peter, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Jus Privatum Bd. 7, Mohr, Tübingen, 1995.
- Hartl, Michael, *Persönlichkeitsrechte als verkehrsfähige Vermögensgüter*, Diss., Universität Konstanz, 2004.
- Henrich, Dieter, *Namensrecht und Namensschutz im Dickicht der Qualifikation*,

- Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1999, S. 355–364.
- Heuer, Sebastian, *Neue Entwicklungen im Namensrecht*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2006.
- Klippel, Diethelm, *Der zivilrechtliche Schutz des Namens : Eine historische und dogmatische Untersuchung*, Ferdinand Schöningh, Paderborn [u.a.], 1985.
- Mitterauer, Michael, *Traditionen der Namensgebung, Namenkunde als interdisziplinäres Forschungsgebiet*, Böhlau Verlag, Wien, 2011
- Münchener Kommentar, *BGB § 12*, 6. Aufl., München, C.H.Beck, (MüKo/Säcker, § 12), 2012.
- Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 77. Aufl., München, C.H.Beck, (Palandt/Heinrichs, § 12), 2018.
- Raschauer, Bernhard, *Namensrecht*, Forschungen aus Staat und Recht 45, Springer-Verlag, Wien·New York, 1978.
- Schwab, Dieter, Die rechtshistorische Entwicklung des Ehenamens, *BRGÖ* 2012, S. 57–69.
- _____, Personennamen und Recht, *Namenkundliche Informationen / NI 105/106*, 2015, S. 110–134.
- Simon, Jürgen, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine gewerblichen Erscheinungsformen. Ein Entwicklungsprozeß*, Duncker & Humblot, 1. Aufl., Berlin, 1981.
- von Staudinger, Julius, *BGB Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch Allgemeiner Teil*, Berlin, 13. Bearbeitung, (Staudinger/Weick/Habermann, § 12), 1995.
- Walther, Hans, *Namenkunde und geschichtliche Landeskunde: ein einführender Überblick ; Erläuterungen namenkundlicher Fachbegriffe ; Auswahlbibliographie zur Namenkunde und Landeskunde Ostmitteleuropas ; mit einem kurzen Wegweiser durch das Studium und Beiträgen aus Ostthüringen und Westsachsen (1996 ff.)*, Leipziger Universitätsverlag, 2004.

[Abstract]

**Name Protection and Civil Law Status on Naming Right:
German Civil Law Article 12 and Mongolian Civil Code Article 20
and 21, Legal Implications to South Korea Civil Law**

Nam, Yoon-Sam

Professor, Kookmin University

People express their identification and exercise critical legal rights with his/her own name. Naming right, which is one person's right has been firmly established with an absolute right and considered as a subjective civil law right. In addition, Naming right is both considered as personal rights in terms of value and property rights from the profit perspective as an economic subject as well. Naming right is a right, which cannot be separated from human and cannot be transferred to another person.

To legally protect this naming right, the German civil law system adopted continental juridical system which is the same as South Korea's civil law and has been enacted to be the relevant law in the title of "*Namensrecht*" in article 12. Furthermore, recently enacted Mongolian civil code was establish based on the German Law as a model and stipulated name principle and name protection in the article 20 and 21 respectively.

This main purpose of this article is to figure out the existing problems and ultimately propose new legal guidelines on naming right and name protection regulation. This article tried to elicit very informative legal implications from German civil and Mongolian civil code. At the beginning of the time, the general principle of name protection was overlooked in the process of South Korea's civil law enact, but civil law revising process is

actively processing now to yield better regulation.

This article is trying to suggest or propose that it is a right time to enact individual or separate article regarding name protection article rather than putting a name into the broad framework of a personal right which included a revised proposal in 2004 and 2014. The general provisions of the Civil law should include the basic principle regarding name and surname of the natural individual because the civil law is a fundamental law of private law.

Today, name is a still the sign of the individual's identification of the subject of rights to become a subject of rights when people's name expresses to other person. Therefore, the author proposed that the regulation of naming right and name protection should be enacted separately or individually because it is being discussed repeatedly in the area of civil law of continental law system. The author expects that this process provides another great opportunity to develop and further upgrade the status of civil law which is a fundamental law of private law, and also clearly reflect on our consciousness and emotion by specializing name as the subject of rights.

Finally, the author expects that this article becomes a driving force and first step to further propose the essential legal framework on revising new naming right and name protection as well.

Key words : Name, Surname, Naming Right, Personal Right, Name Protection, Mongolian Civil Code, Absolute and Subjective Right