

육체노동의 경험치상 가동연한 인정 기준
: 노동생명표를 이용한 은퇴기대연령의 활용
—대법원 2019. 2. 21. 선고 2018다248909 전원합의체 판결을
중심으로—1)

The Criteria for Determining the Legal Maximum Working Age of
Manual Laborers Based on Empirical Standards:
Using the Expected Retirement Age Estimated by the Work-Life
Table
- Focusing on the Supreme Court en banc Decision 2018Da248909
Decided February 21, 2019 -

김영서 · 서예린

1) 본고는 서울대학교 법학평론 제10권(2020. 4.)에 등재된 논문을 학봉상 양식과 분량에 맞게 편집한 논문입니다.

I. 서론

2018년 11월 29일, 대법원은 일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주된 내용으로 하는 생계활동을 하는 사람(이하 ‘육체노동’) 가동연한 상향조정 여부와 관련하여 2018다248909 손해배상(기) 사건과 2018다271855 손해배상(기) 사건에 대한 공개변론을 실시하였다. 2018다248909(이하 ‘대상판결’) 사건에서 원심은 사망한 4세 유아의 가동연한을 만 60세로 판단하였고, 원고들은 상고이유에서 가동연한을 만 65세로 주장하였다. 한편 2018다271855 사건은, 전기기사 겸 조명기구 판매를 하던 49세 남성이 난간에서 추락하여 사망한 사고와 관련하여, 그 가족들인 원고들이 지방자치단체를 상대로 난간의 설치·관리상 하자를 이유로 손해배상을 구한 사안이다. 원심은 가동연한을 새로운 경험칙에 따라 만 65세가 될 때까지로 보아야 한다고 하였고, 피고는 상고이유에서 가동연한을 만 60세로 보아야 한다고 다투었다.

대법원은 약 29년 동안 가동연한의 기준을 만 60세로 적용해 왔으나, 여러 사회적 상황의 변화와 더불어 최근에는 2018다271855 사건의 원심판결처럼 하급심에서 새롭게 가동연한을 만 65세로 보는 판결이 여러 건 선고되는 등 다시 대법원 전원합의체 판결에 의한 정리가 필요한 상황에 이른 것으로 볼 수 있다. 이에 대법원은 통계청, 대한변호사협회, 한국법경제학회, 근로복지공단, 손해보험협회, 공무원연금공단, 금융감독원 등의 단체로부터 의견을 수렴한 후 공개변론을 통해 한국보건사회연구원, 한국고용정보원, 손해보험협회 소속 참고인 등의 의견을 청취하기에 이르렀다.

대상판결에서 대법원은 육체노동의 가동연한을 만 60세로 본 종전 대법원의 견해를 더는 유지하기 어렵다는 점을 인정하여 원심을 전원일치로 파기하였다, 다만, 구체적으로 육체노동의 가동연한을 언제까지로 볼 것인지에 관하여는 다수의견과 이에 대한 대법관 박상옥, 김선수의 보충의견(이하 ‘보충의견’), 대법관 조희대, 이동원의 별개의견(이하 ‘별개의견 1’), 대법관 김재형의 별개의견(이하 ‘별개의견 2’)으로 의견이 나뉘었다.

다수의견은 사회·경제적 구조와 생활여건이 급속하게 향상되고 법 제도가 정비됨에 따라 경험칙의 기초가 되었던 제반 사정들이 변하였다는 점을 근거로 육체노동의 가동연한을 만 65세로 보아야 한다고 판시하였다. 별개의견 1은 60-64세의 경제활동참가율, 연령대별 사망확률, 일반적인 법정 정년 등을 근거로 육체노동의 가동연한은 만 63세로 보아야 한다고 판단하였다. 별개의견 2는 육체노동의 가동연한을 법정 정년²⁾을 기준으로 ‘만 60세 이상’으로 정하여야 하나, 구체적으로 만 60

2) 별개의견 2는 ‘법정 정년’이라고만 표현하고 있으나, 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률(이하 ‘고령자고용법’) 제19조에서 정한 법정 정년을 의미한다고 보아야 할 것이다. 육체노동자의 경우 공무원법이나 회사의 단체협약 등에 정년이 정해져 있지 않아 엄밀한 의미에서는 법정 정년이 있다고 할 수 없지만, 고령자고용법 제19조에서는 사업주에게 정년을 만 60세 이상으로 정할 의무를 부과하고 있기 때문에 넓은 의미에서는 이를 법에서 정한 ‘법정 정년’이라고 할

세를 넘어 몇 세까지 일할 수 있는지는 사실심 법원이 판단하여야 하며 이를 대법원이 일률적으로 제시하는 것은 사실심과 법률심의 권한 분배 등에 비추어 타당하지 않다고 보았다.

육체노동의 가동연한에 대한 대법원의 판단이 우리 사회에 중대한 영향을 미칠 것임은 분명하다. 우선 육체노동의 가동연한은 사고 당시 피해자가 실제로 육체노동에 종사하고 있는 경우뿐 아니라 피해자가 학생이거나 아동인 경우에도 적용된다는 점, 그리고 다른 직종의 가동연한을 정하는 데에도 영향을 미친다는 점에서 매우 중요한 지표가 된다. 한편, 가동연한은 보험사가 보험료를 산정하는 중요한 기준으로 작용해 온 만큼, 가동연한 상향은 보험약관 개정과 보험료 조정 등 보험산업에도 지대한 영향을 미칠 것으로 예상된다. 예컨대 현재 자동차보험약관은 취업가능연한을 만 60세로 정하여 상실수익액 및 휴업손해 등을 산출하고 있어, 약관의 개정작업이 필요할 뿐만 아니라 보험금 지급 규모가 늘어나게 됨에 따라 보험료 인상 논의가 필연적으로 이루어질 것임을 예측할 수 있다. 또한 현재 가동연한이 만 60세라는 것을 고려하여 노인복지서비스가 만 65세부터 적용되는 점을 생각하면, 노인복지서비스를 향후 만 65세보다 고령인 노인에게 적용해야 한다는 주장이 제기될 수도 있다. 나아가 공무원을 포함하여 현재 만 60세인 다수 직종의 정년을 인상해야 한다는 논의로 이어질 수 있고, 이는 오늘날 우리 사회의 다른 문제와 결합하여 청년 취업 문제 및 세대 간 갈등을 야기할 가능성도 있다.

이렇듯 가동연한은 손해배상의 산정에 있어서 매우 중요한 기준이 되는 동시에 사회적으로 큰 파장을 불러일으키는 지표가 되는 만큼, 신뢰할 수 있는 근거와 엄밀한 논증에 의하여 인정되어야 할 것이다. 이에 본고에서는 가동기간에 관한 기존 대법원 판례의 흐름을 살펴본 후, 육체노동의 경험칙상 가동연한을 상향 인정한 대상판결의 다수의견과 별개의견 1, 별개의견 2의 논리를 비판적으로 검토해보고자 한다. 구체적으로는 경험칙상 가동연한 상향조정의 필요성이 있는지, 대법원이 경험칙상 가동연한을 특정 연령으로 단정하여 선언해도 되는 것인지를 검토하고, 새로운 가동연한 인정 기준의 필요성을 살펴볼 것이다. 나아가 경험칙상 가동연한의 기준으로 ‘노동생명표를 이용한 은퇴기대연령’을 활용하는 새로운 방식을 제안하고자 한다.

수 있다. 본고에서도 이러한 용어상의 혼선을 방지하기 위해 경험칙상 가동연한의 인정 기준이 되는 법정 정년 만 60세를 **고령자고용법상 법정 정년**이라고 지칭하기로 한다.

II. 가동기간에 관한 기존 대법원 판례의 개관

대상판결은 육체노동의 경험척상 가동연한에 대해 판시하고 있다. ‘육체노동자’라는 특정 집단의 ‘경험척상 가동연한’을 논하기 위해서는 ‘가동기간’과 ‘가동연한’의 일반적인 개념을 먼저 살피고, 가동연한의 인정 기준에 관한 판례의 흐름을 선제적으로 파악할 필요가 있다.

1. 가동기간의 의의 및 기능

가동기간 및 가동연한은 손해배상 시 일실효익 산정을 위해 활용되는 개념으로, ‘가동기간’은 사고가 없었다면 피해자가 수입을 올릴 수 있었던 기간을 의미하고, ‘가동연한’은 가동기간의 종료시점을 의미한다.

불법행위로 인한 재산상 손해의 형태는 통상 적극적 손해와 소극적 손해로 나뉜다. 적극적 손해는 불법행위로 인하여 기존의 이익이 멸실 또는 감소되는 것으로서 치료비, 간호비, 장례비, 피해 차량 수리비 등이 이에 포함되고, 소극적 손해는 불법행위가 없었다면 얻을 수 있었는데 불법행위가 발생하였기 때문에 얻을 수 없게 된 이익으로서 일실효익, 일실효직급 등이 이에 포함된다.³⁾

여기서 소극적 손해로서의 일실효익이란 사고가 없었을 경우를 가정하여 피해자가 장래 얻을 수 있으리라고 예측되는 이익 또는 소득을 말한다. 인신사고에 의한 일실효익은 피해 정도에 따라 크게 사망에 따른 경우와 상해에 따른 경우로 나누어진다. 생명 침해에 의하여 피해자는 그가 얻을 수 없게 된 순수익에 상당하는 손해를 입게 되고, 신체 상해에 있어서도 치료기간 중 업무를 계속할 수 없거나, 후유장애가 남아 노동능력을 일부 또는 전부 상실한 경우 수입이 감소하거나 상실되는 손해를 입게 된다.⁴⁾

한편, 일실효익 산정방식에 관하여는 차액설과 평가설의 대립이 있다. ① 차액설 또는 소득상실설은 일실효익의 본질을 불법행위가 없었다면 피해자가 얻을 수 있는 소득의 상실로 보아 불법행위 당시의 소득과 불법행위 후의 소득 간 차액을 산출하는 방법이고, ② 평가설 또는 가동능력상실설은 일실효익의 본질을 소득창출의 근거가 되는 노동능력의 상실 자체로 보고 상실된 노동능력의 가치를 불법행위 당시의 소득이나 추정소득에 의하여 평가하는 방법이다.⁵⁾ 실무에서는 종래 차액설의 방법으로만 일실효익을 산정하여 오다가, 판례가 평가설에 의한 계산도 가능하다고 판시한 이래⁶⁾ 대체로 간편하게 종전 직업의 소득에 피해자의 노동능력상실률을 곱

3) 사법연수원, 손해배상소송, 2018, 85면.

4) 위의 책, 86면 참조.

5) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카21022 판결 참조.

6) 대법원 1984. 10. 23. 선고 84다카325 판결; 대법원 1986. 3. 25. 선고 85다카538 판결 등.

하는 평가설의 방법에 의하고 있다.

따라서 일실이익을 산정하기 위하여는 ① 우선 사고 당시 소득을 산정하고, ② 다음으로 상해를 입은 경우 노동능력상실률을 밝히고(사망의 경우 이는 물론 100%로 산정될 것이다), ③ 마지막으로 가동기간을 정하여야 한다. 이렇듯 가동기간은 일실이익 산정에 있어서 핵심 요소이므로, 가동연한이 상향조정되면 상향된 만큼 가동기간이 연장되고, 그에 따라 일실이익에 해당하는 손해의 규모가 늘어나게 된다.

〈표 1〉 자동차보험 대인배상에서 가동연한 상향에 따른 일실이익 증가 예시

구분	피해자	현행(만 60세)	변경(만 65세)	증감
사망: 상실수익액	만 35세 일용근로자	2억 7,700만 원	3억 200만 원	2,500만 원
부상: 휴업손해	만 62세 일용근로자	0 원	1,450만 원	1,450만 원

출처: 박상조, “가동연한 상향에 따른 손해보험 영향”, 손해보험협회, 2018. 11. 29. 대법원 공개변론 발표자료.⁷⁾

2. 기대여명

가동기간을 인정하기 위해서는 우선 그 전제로 기대여명을 확정하여야 한다. 한국인의 평균여명은 통계청이 정기적으로 조사, 작성하여 발표하는 「한국인 간이생명표」 등에 의하여 인정하는데, 판례는 통계자료를 기초로 한 평균여명에 관한 사실을 법원에 현저한 사실로 처리하는 것도 허용하고 있다.⁸⁾

또한 종래의 판례는 피해자의 추정여명 및 가동연한은 피해자의 경력, 연령, 기간, 직업, 건강상태 기타 여러 사정을 고려하여 인정되어야 하나, 일반 건강인의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 사고 후 한국인생명표의 평균여명까지는 생존하고 또한 60세가 될 때까지는 도시일용노동 또는 농촌일용노동에 종사할 수 있다고 경험법칙상 인정되며, 다만 일반 건강인과 달리 취급하여야 할 특별한 사정이 있는 경우에는 그렇지 않다고 판시하였다. 예를 들어, 교통사고로 인해 사망한 피해자가 사고 이전에 치사량이 넘는 농약을 마셨다면 피해자의 여명과 노동가동기한을 인정하기 위하여는 이 사건 교통사고 당시 피해자의 소생가능성과 그 후유증의 유무, 후유증으로 인한 노동능력상실 여부 등에 관하여 심리한 후 그에 따라 여명과 가동연한 및 이 사건 교통사고로 상실된 노동능력 등을 인정하여야 하고, 이러한 점에 관하여 심리하지 아니한 채 일반 건강인과 같이 취급하여 일실이익을 산정하는 것은 위법하다.⁹⁾

7) 공개변론 시 제출된 손해보험협회 발표자료:

<https://www.scourt.go.kr/portal/news/NewsViewAction.work?seqnum=1600&gubun=6&searchOption=&searchWord=> (최종접속일 2020. 01. 22.).

8) 대법원 1984. 11. 27. 선고 84다카1349 판결.

9) 대법원 1995. 2. 14. 선고 94다47179 판결.

3. 가동개시연령

가동개시연령은 원칙적으로 20세부터이고, 판례는 피해자가 병역의무를 마치지 않은 남자인 경우에는 병역이 면제되는 등 특별한 사정이 없는 한 병역복무기간이 가동기간에서 제외되어야 한다고 본다.¹⁰⁾

다만, 과거 가동개시연령을 20세로 인정해 왔던 근거의 상당 부분은 민법상 성년에 달하였다는 데 있었던 것인데, 민법 제4조의 개정(2011. 3. 7. 법률 제10429호, 2013. 7. 1.부터 시행)으로 성년의 기준이 19세로 낮아졌기에 현행 하급심 실무례는 이를 반영하여 가동개시연령을 19세로 인정하고 있다.¹¹⁾

4. 가동종료연령

판례는 구체적인 가동종료연령(이하 ‘가동연한’) 인정에 있어서 정년제 직종과 정년제가 없는 직종을 다르게 보고, 정년제가 없는 직종 중에서도 일용노동자(육체노동자)와 일용노동자가 아닌 특수직업종사자를 다르게 보고 있다. 판례가 인정해 온 구체적인 가동연한은 각기 다르지만 가동연한을 인정하는 방법은 넓은 의미에서 일관성을 보이고 있는바, 이하에서는 가동연한의 인정 기준에 관한 판례의 태도를 분석하기에 앞서 ① 정년제 직종 ② 일용노동자 ③ 특수직업종사자의 가동연한에 대한 종래 판례의 흐름을 살펴보고자 한다.

가. 정년제 직종

정년제가 있는 직종의 경우에는 그 정년을 그 직종에서의 가동연한으로 인정한다. 공무원의 경우 법률¹²⁾에 의하여, 회사의 경우 단체협약 또는 인사규정에 의하여 보장된 정년이 가동연한으로 인정된다. 일반적으로 정년이 만 60세 미만인 직종에 종사하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 정년 이후부터 만 60세가 될 때까지 일용노동자 임금이 적용된다. 그리고 정년에 관한 규정이 따로 없는 업체의 직원에 대해서도 동일하거나 유사한 직종의 정년을 기준으로 가동연한을 인정한다.¹³⁾

10) 대법원 2000. 4. 11. 선고 98다33161 판결.

11) 사법연수원(주 2), 136면.

12) 국가공무원법 제74조, 지방공무원법 제66조, 교육공무원법 제47조, 검찰청법 제41조, 법원조직법 제45조 등.

13) 대법원 1973. 6. 12. 선고 71다2669 판결 등.

나. 일용노동자 (육체노동자)

일반 도시 또는 농촌 일용노동자의 경우, 1980년대까지의 판례는 경험칙에 의하여 만 55세가 끝날 때까지를 가동연한으로 인정하였다.¹⁴⁾

그러나 이후 대법원은 전원합의체 판결을 통하여 사회·경제적 구조와 생활여건이 급속하게 향상 및 발전됨에 따른 제반사정의 변화에 비추어 만 55세를 넘어서도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다고 하여 종전 판례를 폐기하고, 구체적 한계 연령에 대한 판단을 사실심 판단에 맡겼다. 그러면서 만 55세를 넘어 가동할 수 있는 한계 연령이 구체적으로 몇 세인가 하는 점은, 사실심이 i) 연령별 근로자인구수, 취업률 또는 근로참가율 및 직종별 근로조건과 정년제한 등 제반 사정을 조사하여 이로부터 경험칙상 추정되는 육체노동의 가동연한을 도출하거나, ii) 또는 당해 피해자의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 구체적인 사정을 고려하여 그 가동연한을 인정하여야 한다는 일반론을 제시하며 기준을 제시하였다.¹⁵⁾

그 후부터 판례는 일반 일용노동에 종사하는 사람은 만 60세가 될 때까지 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙상 타당하다고 판시해 왔으며,¹⁶⁾ 일용노동의 가동연한을 만 60세로 인정하는 실무가 확립되었다.

다. 특수직업종사자

판례는 육체노동자가 아닌 특수직업종사자에 대하여 일용노동자나 육체노동자에게 인정되는 경험칙상의 가동연한보다 상향된 가동연한을 인정하기 위해서는 i) 그 특수직업의 구체적 업무내용, 이에 필요한 신체적 정신적 자질, 동종직업에 종사하는 자의 연령별 근로자수, 취업률 또는 근로참가율, 근로조건 등 제반 사정을 조사하여 이로부터 경험칙상 추정되는 개인사업자의 가동연한을 도출하거나 ii) 또는 동인의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 구체적인 사정과 근로환경 등을 심리하여야 한다는 입장이다.¹⁷⁾ 실제로 법원은 특수직업종사자의 가동연한을 판단함에 있어 연령별 취업인원수 등에 관한 통계자료를 보유하고 있는 관공서나 동업조합, 협회 등에 사실조회를 하는 등으로 증거조사를 하고 있다. 마찬가지로 특수직업종사자의 가동연한을 일반노동보다 짧게 인정하려면 그에 부합되는 명백한 증거가 있거나 그 직업이 일반노동에 비하여 가동연한을 단축 인정할 수 있는 합리적인 이유가 있어

14) 대법원 1981. 9. 8. 선고 81다9 판결 등.

15) 대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카16867 전원합의체 판결.

16) 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다11400 판결(택시운전수); 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다6665 판결(일반노동종사자) 등.

17) 사무기기의 도소매업 종사자의 경험칙상 가동연한을 만 65세로 본 원심판결을 파기한 사안(대법원 1992. 7. 24. 선고 92다10135 판결), 선교목사의 경험칙상 가동연한을 만 60세로 본 원심판결을 파기한 사안(대법원 1991. 8. 27. 선고 91다2977 판결) 등이 대표적이다.

야 한다고 본다.18)

판례에 나타난 일반적 직종별 가동연한은 다음과 같다.

〈표 2〉 대법원 판례상 직종별 가동연한

가동연한	직종
만 35세가 될 때까지	- 다방종업원 (대법원 1991. 5. 28. 선고 91다9596 판결)
만 40세가 될 때까지	- 프로야구 선수 (투수) (대법원 1991. 6. 11. 선고 91다7385 판결)
만 55세가 끝날 때까지	- 소 중개업자 (대법원 1967. 7. 25. 선고 67가933 판결) - 채탄광부 (대법원 1971. 4. 6. 선고 70다269 판결) - 사진사 (대법원 1977. 5. 10. 선고 75다2278 판결) - 설계사무소건축보조사 (대법원 1980. 3. 25. 선고 80다54 판결) - 미용사 (대법원 1982. 3. 9. 선고 81다35 판결) - 중기 정비업자 (대법원 1982. 12. 28. 선고 82다카1297 판결) - 제과점기술자 겸 경영자 (대법원 1987. 5. 12. 선고 86다카2804 판결)
만 57세가 될 때까지	- 공무원에 준하는 처우를 받아온 민간보육시설 보육교사 (대법원 2011. 3. 9. 선고 2000다59920 판결)
만 60세가 될 때까지	- 배차원 (대법원 1967. 1. 31. 선고 66다2217 판결) - 양말제조업자 (대법원 1968. 2. 27. 선고 67다2839 판결) - 개인회사 이사 (대법원 1977. 7. 12. 선고 76다156 판결) - 개인회사 전무 (대법원 1981. 6. 23. 선고 81다1151 판결) - 건설회사 기술사 (대법원 1980. 5. 27. 선고 80다754 판결) - 스티로폼 생산업체 전무 (대법원 1981. 6. 23. 선고 81다115 판결) - 암자 경영자 (대법원 1981. 8. 11. 선고 80다2089 판결) - 행정서사 (대법원 1987. 4. 14. 선고 86다카112 판결) - 수입상품 판매점 경영자 (대법원 1987. 7. 7. 선고 87다카69 판결) - 사설무용학원을 경영하면서 개인교습을 하는 국악인 (대법원 1988. 9. 27. 선고 86다카481 판결) - 민요풍 가요 가수 (대법원 1991. 4. 23. 선고 91다3888 판결) - 피복 판매상 (대법원 1991. 8. 13. 선고 91다14499 판결) - 의복 제조 임가공업자 (대법원 1991. 11. 12. 선고 91다19494 판결) - 활어 구매 및 운송업자 (대법원 1993. 6. 8. 선고 93다6546 판결) - 식품소매업자 (대법원 1993. 6. 8. 선고 93다12749 판결) - 보험모집인 (대법원 1994. 9. 9. 선고 94다28536 판결) - 콘크리트펌프카 조수 (대법원 1996. 12. 10. 선고 95다24364 판결) - 송진전공 (대법원 1999. 5. 11. 선고 99다6302 판결)

18) 대법원 1989. 5. 9. 선고 88다카20859 판결 등.

만 60세가 끝날 때까지	<ul style="list-style-type: none"> - 목공 (대법원 1980. 4. 22. 선고 80다231 판결) - 개인택시운전사 (대법원 1991. 12. 27. 선고 91다35243 판결)
만 65세가 될 때까지	<ul style="list-style-type: none"> - 간호학원강사 (대법원 1978. 2. 28. 선고 77다1976 판결) - 플라스틱 제조업자 (대법원 1980. 1. 29. 선고 79다1861 판결) - 지물포 소매업 종사자 (대법원 1980. 12. 23. 선고 80다934 판결) - 개인약국경영약사 (대법원 1986. 1. 21. 선고 83다카585 판결) - 수산시장소속 수산물 중매인 (대법원 1992. 11. 24. 선고 92다 38034 판결) - 소규모주식회사의 대표이사 (대법원 1992. 12. 8. 선고 92다 24431 판결) - 소설가 (대법원 1993. 2. 9. 선고 92다43722 판결) - 의사 (대법원 1993. 9. 14. 선고 93다3158 판결) - 한의사 (대법원 1997. 2. 28. 선고 96다54560 판결)
만 70세가 될 때까지	<ul style="list-style-type: none"> - 법무사 (대법원 1992. 7. 28. 선고 92다7269 판결) - 변호사 (대법원 1993. 2. 23. 선고 92다37642 판결)

출처: 사법연수원, 손해배상소송, 2018, 140-141면.

5. 가동연한 인정 기준에 대한 판례 태도의 분석

종합하자면, 판례는 가동연한을 인정하는 기준으로서 i) 경험칙상 추정되는 가동연한과 ii) 피해자의 개별적·구체적인 사정을 모두 고려하고 있다. 즉 가동연한을 인정함에 있어 i) 사고 당시 피해자가 종사하던 직업에 대하여 경험칙상 가동연한을 도출하되, ii) 이러한 기준은 일반적인 것에 불과하므로 피해자의 연령, 건강상태, 가정환경 등 개별적·구체적 사정을 고려하여 사고 이후에도 일반적 가동연한을 넘어서 가동할 수 있다는 특별한 사정이 있는 경우 이를 넘어서는 일정 기간의 장래수익을 인정한다.¹⁹⁾ 예컨대 대상판결 이전의 판례 중에는 농업종사자의 경험칙상 가동연한을 만 60세가 될 때까지라고 하면서도 그의 연령, 직업, 경력, 건강 상태 등 구체적인 사정을 고려하여 가동연한을 만 63세가 끝날 때까지 등으로 연장하여 인정한 사례가 다수 발견된다.²⁰⁾ 이렇듯 경험칙상 가동연한은 일단 피해자의 가동연한으로 추정되고, 그보다 가동연한이 길다는 점에 대한 증명책임은 원고(피해자)에게, 짧다는 점에 대한 증명책임은 피고(가해자)에게 있다고 할 수 있다.

육체노동자는 그 자체로 하나의 직종이면서, 동시에 그 가동연한이 다른 직종의 가동연한을 인정하기 위한 기준이 되는 ‘일반노동종사자’로서의 성격도 가지고 있다. 따라서 사고 당시 피해자가 육체노동자 혹은 이와 유사한 특수직업종사자인

19) 대법원 1971. 2. 23. 선고 70다2927 판결 등.

20) 대법원 1993. 6. 8. 선고 92다18573 판결 등.

경우, 위와 같이 사실심이 i) 육체노동자의 경험칙상 가동연한을 도출한 후 ii) 피해자의 구체적인 사정을 고려하는 방식으로 가동연한이 산정될 것이다. 또한 대상판결과 같이 사고 당시 피해자가 학생·아동이어서 장차 성인이 되어 어떤 직업을 가지게 될 것인지를 합리적으로 추정할 수 없는 경우에도 육체노동자의 일용노임과 가동연한이 적용되므로, 역시 위와 같은 가동연한 산정방식이 적용될 것이다. 예컨대, 대상판결의 사안과 같이 4세 아동이 사망한 사안에서 우리 법원은 i) 육체노동의 경험칙상 가동연한을 4세 아동의 경험칙상 가동연한으로 인정한다. 이때 만약 4세 아동이 5년 내에 사망할 가능성이 높은 질병을 앓고 있었다면 이는 ii) 피해자의 개별적·구체적 사정을 반영하는 과정에서 고려되어 최종적인 가동연한이 도출된다. 그 최종 가동연한을 근거로 하여 손해배상액이 산정된다.

대상판결은 육체노동의 i) ‘경험칙상 가동연한’을 만 65세로 상향조정하고, ii) 여기에는 아직 피해자의 개별적·구체적인 사정이 반영되어 있지 않기 때문에, 대상판결로 인해 피해자가 육체노동자인 모든 사건에서 ‘최종적으로 적용되는 가동연한’이 일률적으로 만 65세가 된 것이 아님에 유의해야 할 것이다. 다만 경험칙상 가동연한 상향에 따라 피해자의 가동연한은 만 65세로 추정되기 때문에, 피해자의 실제 가동연한이 이보다 짧다는 점에 대한 증명책임은 이제 가해자에게 넘어가게 된다. 이와 같은 증명책임의 전환 효과를 고려한다면 최종적으로 적용되는 가동연한 역시 종전보다 길게 인정될 가능성이 커질 것이다. 물론 피해자가 만 65세를 넘어서 가동할 수 있다고 주장한다면 그 증명책임은 피해자에게 있다.

Ⅲ. 육체노동의 경험칙상 가동연한 상향조정의 필요성 및 방향과 그 인정 기준에 대한 검토

1. 경험칙상 가동연한 상향조정의 필요성

다수의견과 별개의견 1은 경험칙상 가동연한을 각 만 65세, 만 63세로 보아야 한다고 하여 경험칙상 가동연한의 상향조정이 필요하다는 것에 동의하고 있다. 다른 한편 별개의견 2는 대법원이 일률적인 경험칙상 가동연한을 제시하는 경우 기초가 되는 경험적 사실들이 변화할 때마다 이를 전원합의체 판결로써 반영하기 어렵기 때문에 대법원은 포괄적인 법리만을 선언하는 데 그쳐야 한다고 보았다. 그러나 이러한 주장은 변화하는 현실을 반영한 경험칙상 가동연한이 사실심 법원의 차원에서 선언될 것을 전제로 하고 있으므로 별개의견 2에 의하더라도 궁극적으로 인정되는 경험칙상 가동연한은 상향조정될 것이다.

가동연한은 노동을 하여 수익을 취할 수 있는 한계 연령을 의미하는데 육체노동이 가능한 한계 연령은 생물학적 한계뿐 아니라, 고령에도 불구하고 육체노동을 할 의향 또는 필요성이 있는지, 고령의 육체노동을 수용할 기업이나 소비자의 수요가 있는지 등에 의하여 영향을 받는다.²¹⁾ 따라서 가동연한에 영향을 미치는 요인을 첫째, 평균수명이나 건강수명과 같은 생물학적 요인, 둘째, 노동력에 대한 수요와 공급 등의 노동시장 요인, 셋째, 최저임금, 사회보장제도, 정년제도와 같은 제도적 요인으로 나누어 볼 수 있을 것이다.

첫째, 생물학적 요인과 관련하여 우리나라 평균여명은 다수의견이 제시하는 바와 같이 2017년에 남자 79.7세, 여자 85.7세에 이르렀고, 2050년에는 남자 82.9세, 여자 88.9세로 비약적으로 늘어날 것으로 추정되고 있다. 평균여명의 증가로 고령자의 기준이 21세기에 65세로 변경되었음에도 고령인구비율은 2015년에 13.1%까지 증가하였고, 통계청에 의하면 이는 2060년에 40%까지 달할 것으로 예상된다.²²⁾ 이에 더해 세계보건기구(WHO)가 발표한 2015년 기준 우리나라의 건강수명은 평균 73.2년으로 남성 70.7세, 여성 75.1세를 나타내고 있다는 점, WHO보다 엄격한 통계청 기준에 의하더라도 건강수명이 ‘65세 상당’이라는 점을 고려하면 생물학적 측면에서 가동연한 상향조정의 필요성은 충분히 인정된다.

둘째, 물리적으로 노동이 가능하다 하더라도 경제적으로 노동공급이나 노동수요의 변화가 없다면 가동연한을 상향조정할 이유가 없다는 점에서 노동시장 요인에 대한 고려가 필요하다. 그런데 고령층의 경제활동참가율이 늘어나고 있다는 점은

21) 경수근·홍정민, “[지상토론] 노동가동연령 65세 상향”, 법률신문, 2018. 11. 22, <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=148525> (최종접속일 2020. 01. 22.).

22) 통계청, “2015 고령자 통계”, 2015, 17면.

대상판결에서 소개하는 바와 같고 실제로 경제활동인구의 연령분포는 고령인구의 증가로 인해 피라미드형에서 통형으로 바뀌어가는 균등화 경향을 보이고 있다.²³⁾ 이에 더해 1인당 GDP나 GNP, 명목 GDP 등이 1989년에 비해서 2017년에 10.5배가 증가하였다는 점까지 고려하면 고령 노동자에 대한 수요 확대가 있었을 것임을 알 수 있다.

셋째, 제도적 요인으로는 통상 사회보장법이나 고령자고용법, 공무원의 정년에 관한 법률 등에서 제시하는 정년 등이 고려된다. 다만 통상적으로 제도는 생물학적 요인, 노동시장 요인 및 정책적 고려까지 이루어진 결과물이므로, 이를 가해자와 피해자 모두에게 공평한 손해분담의 기초가 되는 가동연한을 산정하는 데 있어서 가장 중요한 요소로 고려할 것은 아니다. 제도적 요인을 생물학적 요인이나 노동시장 요인과 동등한 중요도를 가진 것으로 고려한다면, 제도를 고안하는 과정에서 고려되었을 생물학적 요인과 노동시장 요인이 중복적으로 고려되기 때문이다. 그럼에도 정책적 고려 측면에서 제도적 요인이 갖는 독자적인 의미가 있다. 각종 사회보장 법령에서 국가가 생계를 적극적으로 보장하여야 하는 고령자를 만 65세 이상으로 정하였고, 국민연금을 비롯한 각종 연금의 수급개시연령이 지속적으로 상향된 점에 비추어, 그 기초가 되는 사회 현실의 변화가 상당함은 쉽게 확인할 수 있다 할 것이다.

위 세 요인들을 종합하여 볼 때, 대법원이 기존에 인정하던 경험칙상 가동연한에 대한 수정이 필요할 뿐만 아니라 그간의 사회 현실 변화를 반영하기 위해서는 가동연한의 상향조정이라는 결론에 이르러야 한다는 점은 명확해 보인다.

2. 대법원이 육체노동의 경험칙상 가동연한을 특정 연령으로 단정하여 선언하는 것의 당부

대법원이 육체노동의 경험칙상 가동연한을 특정 연령으로 단정하여 선언하는 것이 타당한지에 관하여, 대상판결의 다수의견 및 별개의견 1은 경험칙상 가동연한을 각각 만 65세와 만 63세까지로 보는 것이 타당하다고 하는 반면, 별개의견 2는 대법원은 경험칙상 가동연한에 관하여 포괄적인 법리를 제시하는 데에 그쳐야 하고 특정 연령으로 단정하여 선언해서는 안 된다는 입장이다. 다수의견은 이 문제의 당부에 대하여 따로 논증하고 있지 않지만, 보충의견은 별개의견 2를 비판하며 대법원이 규범적 판단으로서 경험칙상 가동연한을 특정 연령으로 단정하여 선언할 수 있다는 점을 명시적으로 밝히고 있다.

별개의견 2와 보충의견이 각기 다른 결론을 도출함에 있어서 쟁점으로 삼고 있는

23) 김은성, “인신사고로 인한 손해배상사건에 있어서의 일실 수입의 산정”, 서울대학교 법학석사학위논문(2017), 69면.

점은 크게 ① 사실심과 법률심의 권한 분배 문제, ② 구체적 타당성 문제, ③ 법적 안정성 문제 등으로 보이는데, 이하에서는 위의 세 가지 측면을 중심으로 그 당부를 심층적으로 논의하고자 한다. 이에 앞서 논의의 출발점으로서 경험칙의 의미와 성격에 대해 먼저 살펴본다.

가. 경험칙의 의미와 성격

경험칙이라 함은 각개의 경험으로부터 귀납적으로 얻어지는 사물의 성상이나 인과의 관계에 관한 사실판단의 법칙으로서 구체적인 경험적 사실로부터 도출되는 공통 인식에 바탕을 둔 판단형식을 의미한다.²⁴⁾ 따라서 어떠한 경험칙이 존재한다고 하기 위해서는 이를 도출해내기 위한 구체적인 경험적 사실의 존재가 전제되어야 한다. 즉 경험칙을 도출해내기 위해서는 기초되는 구체적인 경험적 사실에 관한 심리 판단이 성질상 전제될 수밖에 없으므로 경험칙을 선언하는 것은 사실인정의 성격과 규범 선언의 성격을 모두 갖는다.

이처럼 경험칙은 경험을 통해 귀납적으로 얻어지는 사실판단의 법칙이므로 그 도출에 있어서는 사회구성원이 공통적으로 느끼고 있는 현실이 강조된다. 그리고 현실의 파악은 현실의 정량적 반영인 통계나 정성적 반영인 규범에 대한 분석을 통해 이루어질 수 있을 것이다. 가동연한의 인정 역시 기본적으로 사실인정의 과정이라는 점에서 정확한 통계가 있는 경우라면 그 통계에 의하여야 하고 규범에 대하여는 규범이 현실을 정확하게 반영하고 있는지 검토한 후에 이를 바탕으로 경험칙을 인정하여야 한다.²⁵⁾

나아가 인정된 경험칙을 바탕으로 경험칙상 가동연한이 선언되면 II. 5.에서 전술한 바와 같은 과정— i) 경험칙에 의한 원칙 설정과 ii) 구체적 사안에 대한 고려를 통한 수정—을 거쳐 최종적으로 손해배상액 산정에 적용되는 가동연한이 도출된다.

나. 사실심과 법률심의 역할 분배 문제

이렇듯 경험칙을 인정하는 과정은 사실인정의 과정과 규범 선언의 과정으로서의 성격을 모두 가지고 있다. 따라서 경험칙은 사실과 규범의 이중적 성격을 지니는데, 이로부터 사실심과 법률심의 역할 분배 측면에 대한 다수의견과 별개의견 2의 대립이 발생하는 것으로 보인다.

보충의견은 경험칙상 가동연한을 만 65세로 특정하는 것, 즉 경험칙을 선언하는

24) 대법원 1991. 2. 22. 선고 90다6248 판결.

25) 이계정, “사회변화와 육체노동의 가동연한 연장”, 법률신문, 2019. 3. 25,

<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=151799&kind=CC01&key=&page=1>
(최종접속일 2020. 01. 22.).

것은 법률심의 권한이라는 점을 논증하여 별개의견 2를 비판하고 있다. 사실심이 인정한 사실이 경험칙에 반하는 경우 법률심인 대법원으로서 그 위법 여부를 판단할 수 있고, 그 전제로서 경험칙의 존부나 내용을 판단할 수 있음이 당연하다는 것이 보충의견의 견해다.

그러나 이러한 보충의견의 비판이 별개의견 2에 대한 적절한 비판이 될 수 있는지 의문이다. 별개의견 2 역시 법률심인 대법원이 경험칙에 대한 판단을 할 ‘권한’이 있음을 부정하고 있지 않기 때문이다. 다만 별개의견 2는 경험칙의 사실인정 측면을 강조하여 사실심이 경험칙을 인정하는 것이 보다 바람직하다는 입장으로, 경험칙의 인정은 법률심이 아닌 사실심의 ‘역할’이 되어야 함을 역설하고 있다. “경험칙 판단에 관한 대법원의 개입은 사실심 법원이 사실인정을 하고 경험칙을 도출하는 과정에 현저한 잘못이 있다고 판단할 때 방향을 제시하거나 물꼬를 트워주는 방법으로 하는 것이 바람직하다.” 라는 것이다. 다시 말해 보충의견과 별개의견 2는 사실심과 법률심의 ‘권한 분배’ 문제에 있어서는 견해를 같이 하지만, 이른바 ‘역할 분배’ 문제에 있어서는 견해를 달리 하는 것이라 할 수 있다.

생각건대, 보충의견이 언급하는 바와 같이 사실심이 인정한 경험칙의 위법을 대법원이 판단할 수 있다는 점은 규범으로서의 경험칙의 성질에 비추어 당연한 것이다. 따라서 보충의견이 “사실판단의 요소가 포함되었다고 하여 경험칙의 내용이 무엇인지에 관한 판단을 오로지 사실심의 몫으로 두는 것은 그대로 따르기 어렵다.” 라고 하는 것 또한 타당하다. 그럼에도 증거의 취사와 이를 근거로 한 사실의 인정은 그것이 경험칙에 위배된다는 등의 특단의 사정이 없는 한 사실심 법원의 전권에 속한다는 일반적 법리를 고려할 때, 별개의견 2가 제시하는 바와 같이 법률심인 대법원은 사실심인 하급심이 경험칙 판단을 현저히 그르쳤을 때에 개입하는 정도에 그쳐야 한다. 그러한 명백한 잘못이 있는 경우가 아니라면 개입을 자제함이 보다 바람직하고, 이러한 사실심과 법률심의 ‘역할 분배’는 보충의견의 견해를 온전히 받아들이더라도 가능하다. 결론적으로, 대법원은 경험칙상 가동연한을 인정하는 법리나 그 기준이 되는 지표를 선언하는 데 그쳐야 하며, 이와 같은 결론은 이하에서 설명하는 바와 같이 구체적 타당성의 측면에서도 정당화된다.

다. 구체적 타당성의 문제

대법원이 가동연한을 특정 연령으로 확정할 경우, 이는 다음과 같이 가동연한에 대한 유연한 판단에 장애가 되어 경험칙이 현실을 반영하지 못하는 결과를 초래하고, 구체적 타당성 있는 판단을 저해할 수 있다. 여기서 유연한 판단에 장애가 된다는 함은 후술하듯이 통시적인 측면과 공시적인 측면 모두에서 그러하다.

첫째, 경험칙상 가동연한이 특정 연령으로 확정된 이후 경험적 사실이 유의미하게 변화하더라도 이러한 변화가 제때 반영되지 못할 가능성이 크다. 경험칙이 바탕

을 두고 있는 인간의 경험이나 사회 현상은 시시각각 변화하는 반면, 대법원이 경험칙상 가동연한을 조정하는 주기는 매우 길기 때문이다. 물론 육체노동의 경험칙상 가동연한이 변화했다고 판단할 만큼 평균여명 등 경험적 사실이 변화하기 위해서는 상당한 시간이 소요되는 것은 사실이나, 대법원이 만 60세(1991년)에서 만 65세(2019년)로 경험칙상 가동연한을 상향 인정하기까지 걸린 약 28년의 세월은 전술하였듯 그간 우리 사회가 겪은 현저한 변화를 고려하면 그 반영이 지나치게 더뎠다고 비판받기에 충분할 정도로 긴 기간이다.

나아가 대법원이 ‘전원합의체 판결’ 로써 경험칙상 가동연한을 특정 연령으로 단정하여 선언한 것은 이번이 처음이므로, 이후 경험칙상 가동연한을 만 65세 이상으로 인정해야 할 경우에는 다시 전원합의체 판결에 의해야만 한다. 그렇기에 앞으로 판결로써 경험칙상 가동연한을 유연하게 조정하기가 더더욱 어려워질 것으로 예상된다. 따라서 별개의견 2가 적절하게 지적하고 있듯이, “이러한 경험적 사실의 변화가 있을 때마다 대법원이 경험적 사실을 조사해서 전원합의체 판결로 특정해서 선언하는 것이 적정한지 의문” 이다.

둘째, 연령과 성별 등 피해자의 특성에 따른 유연한 판단이 어려워질 수 있다. 물론 연령과 성별은 피해자의 개별적·구체적 사정에 해당하므로 가동연한 산정 시 ii) 단계에서 이를 반영할 수 있다고 주장할 수도 있을 것이다. 그러나 특정한 피해자의 연령과 성별은 피해자의 개별적·구체적 사정에 해당할지라도, 피해자가 특정되기 이전에 피해자가 어떤 연령과 성별에 속하는지에 따라 일반적으로 가동할 수 있는 연한을 달리 파악할 수 있다면 이는 경험칙의 영역이라고 할 수 있다. 이렇게 연령과 성별에 따라 적용되는 경험칙이 확연히 달라질 수도 있음에도 경험칙상 가동연한을 특정 연령으로 고정하게 되면 피해자 혹은 가해자가 부당하게 증명책임을 지는 경우가 발생할 수 있다.

예를 들어 피해자가 만 65세를 넘는 고령인 경우, 실질은퇴연령에 비추어 직업에 종사하기에 충분한 나이인데도 일실이익이 전혀 인정되지 않는, 불합리한 결과가 발생할 수 있다. 물론 고령 피해자가 실제 직업에 종사하고 있는 경우에는 구체적 타당성을 따져 얼마간의 가동기간을 인정하는 사례가 많기는 하지만, 여전히 피해자가 경험칙상 가동연한을 배제할 만한 특별한 사정을 증명해야 하는 부담을 진다는 점에서 불합리하다.

다른 예시로, 연령이 낮은 유아나 어린이 등은 성인에 이를 때까지 사고발생 등 변수가 많다는 점에서 만 65세까지 생존하여 가동할 가능성이 성인에 비해 낮기 때문에, 경험칙상 가동연한을 특정 연령으로 단정하면 상대적으로 과다보상을 받는 결과가 초래될 수 있다. 유아 등의 가동연한이 일단 만 65세로 추정되면, 이보다 가동연한이 짧다는 점에 대한 증명책임을 가해자가 부당하게 안게 된다. 상대적으로 높은 유아의 사망확률을 이유로 하여 경험칙상 가동연한을 다른 특정 연령(만 63세)으로 하향 조정하자는 별개의견 1의 방안으로는 여전히 유아 등에 대한 과다보상의

문제를 해결하지 못한다.

결국 가동연한의 인정은 기본적으로 사실인정의 문제이므로 기존에 공표된 통계 등을 이용하여 육체노동의 연령별·성별 경험척상 가동연한을 적절하게 추정할 수 있는 경우(V.에서 후술)에는 이러한 지표를 우선적으로 따르는 것이 타당할 것임에도, 대상판결이 경험척상 가동연한을 특정 연령으로 선언함으로써 현실성 있는 지표를 적용하지 못하게 되는 결과 구체적 타당성이 저해된다.

이러한 주장에 대하여, 하급심 법원이 반드시 대법원이 제시한 가동연한에 구속되는 것은 아니고, 경험척을 배제할 다른 증거가 제시되는 경우 하급심 법원은 대법원이 제시한 결론과 다른 판단을 함으로써 구체적 타당성을 기할 수 있다는 반론이 제기될 수 있다. 그러나 대법원 전원합의체 판결의 판단이 하급심에 대하여 갖는 사실상의 구속력을 고려할 때, 하급심이 피해자의 개별적·구체적 사정이 아닌 경험척에 대한 판단이 다르다는 것만을 이유로 가동연한을 만 65세와 달리 판단하기는 어려울 것으로 생각된다. 하급심 법원이 직접 경험척상 가동연한을 도출한다면 피해자나 가해자가 불합리하게 증명책임을 지게 될 여지가 줄어들어 반면, 다수의견에 의한다면 전술한 바와 같이 i) 단계에서 경험척상 가동연한은 만 65세로 추정되고, ii) 단계에서 경험척을 배제할 피해자의 특별한 사정이 증명되는 경우에만 하급심 법원이 이와 다른 결론을 내릴 수 있기 때문이다. 즉, 다수의견에 의하는 경우 실현될 수 있는 구체적 타당성의 폭은 사실상 매우 줄어들게 된다.

라. 법적 안정성의 문제

보충의견은 대법원이 경험척상 가동연한을 특정 연령으로 확정하는 것이 아니라 그 하한만을 정한다면 하급심에 심리의 부담을 줄 수 있고, 하급심별로 엇갈리는 판단으로 혼선이 빚어질 수 있다는 점에서 법적 안정성의 문제를 지적한다. 또한 경험척상 가동연한이 자동차보험업계 등 각 경제주체에 미치는 영향이 적지 않으므로, 각 경제주체가 경험척상 가동연한의 변경에 따라 제도 정비 등 적절한 조치를 취할 수 있도록 경험척상 가동연한을 특정해 줄 필요도 있다고 한다.

그러나 대법원이 경험척상 가동연한에 관하여 포괄적인 법리를 제시하면서 동시에 통일적인 기준을 제시하는 것은 얼마든지 가능하므로 법적 안정성의 문제가 발생할 여지는 적다. 대법원이 통일적인 기준이 될 수 있는 ‘일용의 기준 내지 지표’를 제시하는 것으로 충분하며, 오히려 경험척상 가동연한 자체를 고정된 기준으로 제시하는 것은 경험적 사실의 가변성을 전제하는 경험척의 본질과 모순된다.

한편 별개의견 2는 그러한 기준의 예시로 “육체노동의 일반적인 가동연한을 만 60세 이상이라고만 제시하고 만 65세로 인정한 별개의 사건에서 사실심 판결이 옳다고 판단하는 방법”을 제시하고 있고, 이때 일반적 가동연한의 기준으로 제시한

‘만 60세’의 의미는, ‘중전 대법원이 경험칙상 가동연한으로 견지해 오던 연령인 만 60세’가 아니라 ‘고령자고용법상 법정 정년인 만 60세’²⁶⁾인 것으로 보인다. 그러나 그러한 일용의 기준 내지 지표 역시 반드시 ‘고령자고용법상 법정 정년 만 60세’와 같은 특정 연령일 필요는 없다. 뒤에서 살펴볼 미국의 BLS(Bureau of Labor Statistics approach) 가동기간표에 의한 방식이나 본고에서 제언하는 노동생명표에 의한 방식과 같이, 기준이 되는 값은 유동적이지만 연령 등 피해자의 특성이 주어지면 그 값을 비교적 쉽게 예측할 수 있는 지표도 사용 가능할 것이다.

하급심은 이러한 일용의 기준을 토대로 경험칙상 가동연한을 산정하면 되므로 심리부담을 덜 수 있을 뿐 아니라, 하급심 간의 혼선 역시 줄어들 것이다. 또한 보험업계 등 경제주체 역시 이 기준을 중심으로 보험료 등을 산정함으로써 적절한 조치를 취할 수 있을 것이다.

마. 소결론

경험칙의 성격을 통해 본 사실심과 법률심의 바람직한 역할 배분 문제, 구체적 타당성의 문제, 법적 안정성의 문제를 종합하여 보면, 다수의견과 별개의견 1의 견해와 같이 대법원이 육체노동의 경험칙상 가동연한을 특정 연령으로 단정하여 선언해서는 안 되고, 별개의견 2의 견해와 같이 포괄적인 법리를 제시하는 데에 그쳐야 한다. 다만 법적 안정성이 훼손되는 문제를 야기하지 않기 위해서는 경험칙상 가동연한을 인정하는 법리를 제시함과 동시에 경험칙상 가동연한의 일반적 기준이 되는 일용의 판단기준 내지 지표를 선언하는 것이 바람직한바, 별개의견 2가 그 기준으로 제시하고 있는 고령자고용법상 법정 정년 만 60세가 적절한 기준이 될 수 있는지 여부에 대해서는 뒤이어 논의하고자 한다.

3. 새로운 가동연한 인정 기준의 필요성

가. 구체적 타당성 있는 가동연한 인정 기준의 필요성

그렇다면 육체노동의 경험칙상 가동연한은 어떻게 인정하는 것이 타당한가? 나아가 일반적으로 경험칙상 가동연한은 어떻게 인정하는 것이 바람직한가? 이에 대하여는 우선 가동연한에 관한 모든 논의는 ‘손해배상’의 맥락에서 이루어지고 있다는 점을 유념할 필요가 있다. 징벌적 손해배상제도를 택하고 있지 않는 우리나라에

26) 별개의견 2가 가동연한을 정하는 세 번째 방법(‘법정 정년’까지는 인정하되 그 이상의 특정 연령까지 인정하는 단계에서는 경험적 사실이나 통계자료를 반영하는 방법)을 가장 적절하다고 판단하고 있는 것에서 추론할 수 있다. 여기서 ‘법정 정년’이 고령자고용법상 법정 정년을 의미한다는 점에 대해서는 주 1에서 전술한 바 있다.

서 손해배상제도의 가장 근본적인 이념은 ‘소득상실로 인한 손해의 전보’이다. 따라서 우리 법의 근간이 되는 이념 중 하나인 구체적 타당성을 기하는 것은 이러한 ‘손해 전보’의 관점에서 이루어져야 하며, 이를 인신사고라 하여 달리 볼 이유가 없다. 즉, 손해배상은 손해가 발생한 한도에서 이루어져야 하고 이를 초과하는 손해의 배상이 이루어진다면 이는 손해의 공평타당한 분담이라는 관념에 어긋나는 것이다. 따라서 손해배상액 산정 기준을 구성하는 가동연한을 인정하는 데에도 그러한 구체적 타당성의 이념은 마찬가지로 적용되어야 한다.

나. 대상판결이 제시하는 인정 기준의 문제점

구체적 타당성의 요청과 관련하여, 다수의견에 따라 가동연한을 산정하는 경우 피해자가 만 65세를 넘어가는 고령이라면 실제 소득활동이 가능했던 기간이 과소평가되고 유아 등이라면 과다보상을 받는 등 구체적 타당성의 문제가 발생한다는 것은 전술한 바와 같다. 이러한 문제는 특정 연령으로 경험직상 가동연한을 인정하는 이상 필연적으로 발생하는 것이므로, 별개의견 1이 제시하는 바와 같이 경험직상 가동연한을 만 63세로 보더라도 마찬가지로 문제가 발생한다.

그렇다면 특정 연령 선언 방식에 의하지 않는 별개의견 2의 방법의 경우라면 위와 같은 구체적 타당성의 문제가 발생하지 않는지 검토해볼 필요가 있다. 별개의견 2는 경험직상 가동연한을 인정하는 일용의 기준으로 ‘고령자고용법상 법정 정년’을 활용하여, 특별한 사정이 없는 한 경험직상 가동연한을 고령자고용법상 법정 정년으로 정해야 한다고 본다. 생각건대, 사실심으로 하여금 경험직상 가동연한을 도출하도록 하는 것은 보다 유연한 판단을 가능케 한다는 점에서 구체적 타당성을 추구하기에 더욱 용이한 방법에 해당할 것이다. 그러나 ‘육체노동’의 경험직상 가동연한을 산정하는 일용의 기준으로 고령자고용법상 법정 정년을 활용한다는 것은 수긍하기 어렵다.

이는 첫째로 법정 정년이 정해져 있지 않은 직업의 가동기간 종료시점을 고령자고용법상 법정 정년으로 인정할 논리적 필연성이 결여되어 있기 때문이다. 다수의견과 별개의견 2가 법정 정년의 근거로 들고 있는 고령자고용법 제19조 제1항은 “사업주는 근로자의 정년을 60세 이상으로 정하여야 한다.”라고 하나, 기간제 근로자의 경우에는 연령과 관계없이 근로기간이 정해져 있어 해당 정년 조항의 적용이 없다. 따라서 일용노동을 그 전형적 근로형태로 하는 육체노동의 가동기간 종료시점을 고령자고용법상 법정 정년으로 인정하는 것은 타당하지 않다.

둘째로, 고령자고용법상 법정 정년을 기준으로 육체노동의 경험직상 가동연한 인정하게 되면 현실과 상당한 괴리가 발생하는 문제가 있다. OECD가 발표한 자료에 따르면 2011년부터 2016년까지 우리나라 실질적인 평균 은퇴연령은 남성 72.1세, 여성 72.2세로, 고령자고용법상 법정 정년인 만 60세와 12세가량 차이가 나며,²⁷⁾ 이하

(IV.)에서 설명하는 바와 같이 ‘노동생명표를 이용하여 추정된 연령별·성별 은퇴 기대연령’과의 괴리는 더욱 크다. 이처럼 현실을 제대로 반영하지 못하는 지표가 경험칙의 기준이 되는 것은 구체적 타당성의 요청에 비추어 명백히 불합리하다.

다. 통계적 수치를 활용한 새로운 인정 기준 탐색의 필요성

법의 적용에 있어 구체적으로 타당하다는 것은 곧 현실을 반영한다는 것을 의미하고, 공신력 있는 기관에서 발행한 신뢰성 있는 통계치가 있다면 이를 적극 활용할 때 비교적 용이하게 구체적 타당성을 확보할 수 있을 것이다. 정년이 보장되지 않는 육체노동의 경험칙상 가동연한을 인정함에 있어서도 구체적 타당성을 확보하기 위해 ‘통계적 수치’를 근거로 하는 새로운 기준이 제시되어야 할 필요가 있다. 그런데 별개의견 2는 통계적 수치를 활용하는 방법을 비판하고 있는바, 이하에서는 별개의견 2의 비판을 소개하고 이를 비판적으로 검토해보고자 한다.

별개의견 2는 가동연한을 정하는 방법으로 크게 세 가지 방법을 들고 있다. 첫째, 고령자고용법상 법정 정년과 동일하게 정하는 방법, 둘째, 구체적인 경험적 사실, 특히 통계를 기초로 경험칙으로 정하는 방법, 그리고 셋째, 법정 정년까지는 인정하되 그 이상의 특정 연령까지 인정하는 단계에서는 경험적 사실이나 통계자료를 반영하는 방법이 그것이다. 별개의견 2는 이와 관련하여, 사람이 언제까지 일할 수 있을지의 예측은 인식과 경험의 한계를 벗어난다는 점을 강조하되 정년을 ‘만 60세 이상’으로 정하도록 하는 고령자고용법 등과의 조화를 추구하는 한편, 경험칙상 가동연한을 정년보다 이른 나이로 정할 경우에 불합리한 차별대우가 발생한다는 점을 들어 세 번째 방법을 택하는 것이 바람직하다고 주장한다.

별개의견 2는 통계적 수치에 의하는 두 번째 방법을 비판하면서, 경험칙상 가동연한을 정년보다 이른 나이로 정할 경우에는 불합리한 차별대우가 발생한다고 한다. 여기서 불합리한 차별대우라는 것은 노동능력 상실의 손해를 입은 사람과 입지 않은 사람 간의 차별대우를 말하는 것으로 이해할 수 있다. 예컨대, 손해를 입지 않은 사람은 규범적으로 ‘적어도 60세까지는 일할 수 있는 사람’인 반면, 손해를 입은 사람은 ‘50세까지만 일할 수 있었던 사람’이라는 평가를 받게 된다는 것이다. 그러나 전자는 노동법상의 정년 개념에 대한 규범적 이해인 반면 후자는 민법의 손해배상제도상 가동연한에 대한 규범적 이해에 기초한 것으로 양자는 사실상 논의의 국면을 달리한다. 전자는 근로자가 사업주에 대하여 혹은 국가에 대하여 가지는 권리인 반면, 후자는 손해를 입은 자가 손해를 입힌 자에 대하여 가지는 권리인 것이다. 즉, 가해행위로 노동능력을 상실한 자가 가동연한이 만 50세라는 손해배상법상 평가를 받는 경우에도 그 사람은 여전히 노동법상으로 만 60세까지 근로할

27) OECD, “the Average effective age of retirement in 1970-2018 in OECD countries”, <http://www.oecd.org/els/emp/average-effective-age-of-retirement.htm> (최종접속일 2020. 01. 22.).

수 있는 권리를 갖는다는 점에서 두 권리는 한 사람에게 대하여 공존 가능하므로, 이를 차별대우의 근거로 볼 수 없다. 물론 일실수익을 근로자가 사업주에 대해 가지는 임금청구권 상실로 인한 손해로 본다면, 노동법상 정년을 ‘일할 수 있는 연한’을 넘어 ‘손해배상을 청구할 수 있는 연한’이라고 볼 여지도 있다. 그러나 전술하였듯 노동법상 정년은 공평한 손해분담의 기준으로 활용하기 위해서 정한 연령이라기보다는 생물학적 요인과 노동시장 요인뿐 아니라 다양한 정책적 고려가 반영된 결과물이라는 점에서, 노동법상 정년과 손해배상의 가동연한을 동일 선상에서 비교하기에는 무리가 있다.

별개의견 2는 또한 통계적 수치만을 들어 가동연한을 정하는 것은 규범과 사실을 혼동한 것이라고 비판한다. 그러나 법률과 이에 대한 해석을 포함한 ‘법’은 사회현실을 반영해야 하는 것이 원칙이다. 그리고 이하에서 설명하는 바와 같이, 육체노동의 경험칙상 가동연한을 인정함에 있어서 노동생명표에서 추정된 은퇴기대연령을 활용하도록 대법원이 법리적으로 선언하는 것은 바로 ‘규범이 사실상태를 반영할 수 있도록 하는 장치’가 될 것이다. 일례로 미국에서는 이보다 더 세분화된 BLS 통계자료를 근거로 손해배상액을 산정하고 있고, 이처럼 규범이 사실을 반영할 방법이 있다면 이를 적극 활용하여야 한다. 이를 들어 사실과 규범을 혼동한 것이라고 볼 수는 없을 것이다.

나아가 별개의견 2는 통계적 수치로 가동연한을 정하는 경우 경험칙상 가동연한을 정할 때마다 피해자의 개인적 요소와 그에 따른 통계 등을 조사해야 하는 문제가 있다고 한다. 그러나 이는 미국과 달리 우리 판례가 특정 연령으로 경험칙상 가동연한을 인정해 왔기 때문에 ‘피해자의 개인적 요소에 따른 가동기간’ 관련 통계에 대한 수요가 없었고, 따라서 관련 통계가 조사된 적 없어 발생한 단순 절차상의 문제에 불과하다. 후술하듯이 통계표인 노동생명표를 작성한 후 이에 기초하여 경험칙상 가동연한을 인정하는 방식에 의하는 경우, 쉽게 파악할 수 있는 피해자의 연령과 성별 등의 정보만 주어진다면 별도로 통계를 조사할 필요 없이 노동생명표에 의하여 경험칙상 가동연한이 결정되므로 이러한 문제가 발생하지 않을 것이다.

이에 더하여, 가동연한을 인정하는 방법이 별개의견 2에서 언급된 위 세 가지 방법에 국한되지 않는다는 점은 다른 나라들의 가동연한 인정 기준에 관한 비교법적 검토에 비추어 명백하다. 경험칙상 가동연한을 인정하는 더 타당한 방법이 있다면 이에 의하여야 하고 그 근거가 되는 적절한 지표가 있다면 이를 적극 활용함이 마땅하므로, 위 세 방법에 한정하여 사고할 필요는 없을 것이다. 이하에서는 주요국의 가동연한 산정방식에 관하여 살펴본다.

라. 비교법적 검토 - 주요국의 가동연한 산정방식

1) 미국

미국의 경우 우리 실정과 비교해 보면 성별뿐만 아니라 인종, 지역, 장애 정도, 결혼 여부에 따른 가동기간 등 다양하고 세분화된 통계자료를 가지고 있다. 미국의 가동연한 산정방식에는 특정 연령기간까지를 가동연한으로 보는 방식과, 정부의 가동기간표에 의한 방식이 있다.

첫 번째 방식은 우리 법원의 실무와 같이 특정 연령에 이를 때까지를 가동기간으로 보는 방식이다. 미국 법원 실무는 이 방법에 의할 경우 대체로 65세가 될 때까지를 가동기간으로 하고 있다.²⁸⁾

두 번째 방식은 정부의 가동기간표에 의한 방식(BLS: Bureau of Labor Statistics approach)인데, 노동부가 인구조사청의 현재인구조사를 바탕으로 발간한 직업별 가동기간표를 참조하여 피해자의 가동기간을 결정하게 된다.²⁹⁾ Anthony M. Gamboa, Jr.는 정부의 가동기간표를 비판하며 가동기간표를 제정하였는데, Gamboa의 가동기간표는 정부통계를 바탕으로 연령, 성별, 교육 및 후유장해 정도에 따른 가동기간을 제시하였고 이는 오늘날 널리 쓰이고 있다. 다만, 각 가동기간은 그 직업군의 통계적 평균값으로 피해자의 개별 특성을 반영한 것은 아니어서, 전문가 증인이 이를 기초로 피해자의 성별, 건강 상태 및 교육 정도 등을 종합하여 피해자에게 적합한 가동기간을 재조정하는 형태로 증명하는 것도 가능하다.³⁰⁾ 한편, 위 가동기간표에는 장애를 가진 사람의 가동기간도 나와 있는데 이 역시 장애정도를 고려하지 아니한 평균값이므로 피해자에 대한 제반사정을 종합하여 가동기간을 조정한다. 전문가 증인은 가동기간표를 바탕으로 제반사정을 고려하여 피해자에게 적합한 가동기간에 대한 의견을 증언하는 형태로 피해자의 가동기간을 증명하게 되는데,³¹⁾ 그 의견은 타당하고 신뢰성이 있어야 한다.³²⁾

2) 영국

영국의 경우, 원고가 재판 이후 특정 기간 동안 소득을 얻을 수 없는 것으로 증명되는 경우에는 그 기간에 대한 가증치를 산정하면 된다. 그러나 재판 이후 영구적으로 소득을 얻을 수 없는 것으로 증명되는 경우에는 의학적 증거와 사고 당시 피해자의 건강 상태, 직종 및 고용상황 등 재판 당시 알려진 제반 사정을 기초로

28) Fleming, John G., *Tort Damages for Loss of Future Earnings*, The American Journal of Comparative Law Vol.34(1986), pp. 141-147.

29) 법원행정처, 외국사법제도연구(1) - 각국의 인신사고 손해배상사건에서의 손해배상액, 2007, 54면.

30) Gibson, David S. & Tierney, John P., *Disability and Worklife Expectancy Tables: A Response*, Journal of Forensic Economics Vol.13(3)(2000), p. 309.

31) 일반적으로 증언은 증인이 경험한 사실에 대한 것이어야 하지만 전문가 증인의 경우에는 의견(opinion) 형태의 증언이 허용된다. 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence) 제702조 참조.

32) 법원행정처(주 27), 54면.

하여 60세에서 72세까지의 범위 중에서 피해자의 가동연한을 결정한다.³³⁾

3) 독일

독일의 경우 정년에 관해 특별 규정이 있는 직종을 제외하고 일반 고용노동자의 법정 일반정년은 당초 65세였으나, 2008. 1. 1. 독일 사회법전(Sozialgesetzbuch; SGB) 제6권 제35조 개정으로 1963년 이후 출생자부터는 모두 67세로 상향조정되었다. 이는 점차 늘어나는 기대수명과 점차 줄어드는 출생률을 고려하여 연금기여분의 증가를 억제하고 연금수준을 높이기 위한 것이었다. 실제로는 법정 정년까지 소득활동을 하는 경우는 많지 않고, 직종이나 성별에 따라 소득 활동을 하는 연령도 다르다. 그러나 독일의 판례는 고용노동자의 나이, 직업, 건강 상태 등 개인적 요소와 실제 소득 활동 연령에 관한 통계적 사실을 고려하지 않고 일반적으로 법정 정년을 가동연한으로 인정하고 있다. 특히 피해자가 어린 나이에 사고를 당한 경우에는 피해자의 지적 능력, 신체적 상태, 주변 환경 등에 비추어 사고가 없었더라면 피해자가 어떠한 직업을 갖게 되었을지를 예측하여 그 직업에서 정한 법정 정년을 가동연한으로 본다.³⁴⁾

4) 일본

일본의 경우 「고연령자 등의 고용의 안정 등에 관한 법률」은 법정 정년을 60세로 정하고, 65세까지 고용을 위해 노력할 의무가 있다는 취지로 규정하고 있다. 그러나 가동연한은 이러한 정년에 따라 정하지 않고, 피해자의 경력, 연령, 직업, 건강 상태 등의 개인적 요소와 평균가동연수, 평균여명 등 통계자료를 고려하여 정하고 있다. 실무에서는 위와 같은 요소를 고려하여 가동연한을 원칙적으로 67세로 인정하되, 60세가 넘는 고령자의 경우에는 평균여명의 1/2로 하고, 일을 시작할 수 있는 연령도 실제로 언제부터 일할 수 있는지를 고려하여 정하고 있다. 한편 유아의 가동연한은 원칙적으로 18세부터 49세까지만 인정하는데, 건강하게 생존하여 일할 확률이 성인보다는 낮다는 점을 이유로 들고 있다.³⁵⁾

5) 중국

중국의 경우 가동기간은 장애확정일로부터 20년이고 최대 80세까지 인정하되, 피해자가 75세 이상일 경우에는 5년분을 산정한다.³⁶⁾ 물론 중국의 사망배상금 또는 장해배상금은 소득 상실로 인한 손해의 전보가 아니라 사고로 생계에 발생한 위험을 전보한다는 개념이므로(따라서 사망사고의 경우 생계비 공제도 하지 않는다.) 손

33) 법원행정처(주 27), 224면.

34) BGH NZV 1989, 345; BGH NJW 2011, 1148 등 참조.

35) 법원행정처(주 27), 406면.

36) 最高人民法院于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释(2003年12月4日最高人民法院审判委员会第1299次会议通过)[인신손해배상사건을 심리하는 데 적용하는 법률의 약간의 문제에 대한 최고법원의 해석(2003년 12월 4일 최고인민법원 심판위원회 제1299차 회의 통과)] 제25조, 제29조.

해배상 법리가 상이한 우리나라와 직접적인 비교는 어려우나, 고령자의 경우에는 참고될 수 있을 것이다.

6) 우리나라와의 비교

손해배상액 산정 시 우리나라의 ‘경험칙상 가동연한’에 준하는 개념은 위의 주요국가들 모두에서 찾아볼 수 있다. 미국의 경우 BLS 표에 근거하여 산정한 기간, 영국은 60세에서 72세, 독일은 정년, 일본은 67세(고령자는 평균여명의 1/2, 유아는 18세에서 49세), 중국은 장애확정일로부터 20년(고령자는 5년분)이라는 기준이 우리나라의 경험칙상 가동연한에 대응한다.

한편, 독일을 제외한 대부분의 국가는 가동기간표에 따라 경험칙상 가동연한을 산정하거나 고령자와 유아로 분류하는 방식, 적어도 고령인 사정을 고려하는 방식에 의하는 등 연령이나 성별과 같은 피해자의 사전적 특성에 따라 경험칙상 가동연한이 변동되도록 하고 있으며, 통계적 수치는 손해배상 법리가 상이한 중국을 제외하면 그 과정에서 모두 고려되고 있다. 이는 구체적으로 타당한 손해배상액의 산정을 위한 것으로 이해할 수 있다.

우리나라의 경우 현재로서는 경험칙상 가동연한을 특정 연령으로 선언하므로 그 자체가 피해자의 특성이나 통계치에 따라 변동되는 것은 아니고, 이는 다만 피해자가 증명해야 하는 개별적·구체적 사정으로서 최종적인 가동연한 산정에 고려되고 있을 뿐이다. 주요국의 가동연한 산정방식에 비추어 볼 때, 경험칙상 가동연한을 하나로 확정하는 현재의 방식보다는 경험칙상 가동연한 산정에 있어서부터 통계치를 고려하는 방식이 구체적 타당성 측면에서 보다 바람직할 것이다.

마. 소결론

종합하면, 바람직한 가동연한 산정방식의 탐색이 필요하고, 이는 ‘소득상실로 인한 손해의 전보’, 즉 손해의 공평한 분담이라는 관점에서 구체적 타당성을 추구하는 방법으로 이루어져야 한다. 구체적으로 육체노동의 경험칙상 가동연한을 인정함에 있어서는 통계적인 수치를 활용하여 법 규범과 현실의 간극을 좁힐 것이 요구된다. 다만 통계치를 그대로 최종적인 가동연한으로 인정하는 방식에 의하자는 것은 아니다. 최종적 가동연한 도출 이전에 ‘경험칙상 가동연한’을 인정하는 일용의 기준으로서 통계치를 활용하는 방식을 제언하고자 한다.

IV. 노동생명표를 활용한 경험직상 가동연한 인정 기준의 재정립

1. 논의의 필요성

지금까지의 논의를 통해, 바람직한 가동연한 산정을 위해서는 대법원이 경험직상 가동연한에 관하여 포괄적인 법리만을 제시해야 하고, 그 일응의 기준으로서 (별개의견 2가 제시한 ‘고령자고용법상 법정 정년 만 60세’가 아닌) 통계적인 수치를 활용해야 하며, 실제로 우리나라와 손해배상 법리가 유사한 미국과 영국, 일본 등에서는 가동연한 산정에 있어서 통계치를 적극 활용하고 있음을 확인할 수 있었다. 본고에서는 경험직상 가동연한의 기준이 되는 통계치의 예시로서 노동생명표³⁷⁾를 이용한 연령별·성별 은퇴기대연령 내지 은퇴연령추정치를 활용하는 방식을 제안한다.

이 방식을 활용함으로써 경험직상 가동연한을 특정 연령으로 단정하여 선언할 때 발생할 수 있는 문제를 해결할 수 있음은 앞서 검토한 바와 같으며, 통계적인 수치를 활용하여 법 규범과 현실의 간극을 좁힘으로써 손해의 공평한 분담이라는 관점에서 구체적 타당성을 제고할 수 있다. 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

2. 노동생명표 작성을 통한 은퇴기대연령의 산출

가. 노동생명표의 개념

생명표(life table)는 사망확률에 기초해 개인이 출생 이후 얼마만큼의 기간을 살다가 죽음에 이르게 되는지를 산출한 표이다. 즉, 생명표는 현재의 사망수준이 그대로 지속된다는 가정하에 각 연령층이 몇 세까지 살 수 있는지(기대여명, life expectancy)를 보여주게 된다. 그중 출생 시 기대여명은 한 사회의 평균수명으로 사용된다.

노동생명표는 생명표의 기본 개념을 노동생애(work-life)에 응용하여 연령별 노동시장으로의 진입(entry) 과정, 사망 또는 은퇴 기타 사유로 인한 노동시장으로부터의 이탈(exit) 과정, 노동기대여명(work-life expectancy) 등을 확률로 제시한 것이다.³⁸⁾ 노동생명표는 0세부터가 아니라 15세부터 계산되며, 개별 연령계층의 인구는

37) ‘노동생명표’와 ‘노동력생명표’는 혼용되는 용어이다. 본고에서는 ‘노동생명표’로 통일한다.

38) 박경애·최기홍, “증감 노동생명표에 의한 노동기대여명의 측정과 전망”, 한국인구학 제29권 제3호(2006), 51-52면 참조; 임달오, “노동생명표 작성을 통한 노동기간 변화와 특성 분석”, 보건산업브리프 제72호, 한국보건산업진흥원, 2013, 1면 또한 참조.

노동시장 진입(경제활동참가)에 따라 늘어난다. 생명표에서는 사망에 의해서 표의 연령계층별 인구가 감소하지만, 노동생명표에서는 사망과 노동시장 이탈이라는 두 가지 요인에 의해서 연령계층별 인구가 줄어들고 이것을 근거로 기대노동기간을 계산하게 된다.³⁹⁾

현재의 노동시장 여건이 동일하게 유지된다는 전제하에, 연령별 취업확률을 이용하면 한 개인이 노동시장에 진입한 이후 얼마동안 더 일을 할 수 있을지를 추정할 수 있다. 노동생명표는 대상인구 집단의 노동기간을 계산할 수 있게 해주기 때문에, 노동기대여명은 곧바로 연령별 은퇴기대연령을 보여주는 지표가 된다.⁴⁰⁾

나. 노동생명표 작성방법⁴¹⁾

1) 작성방식

우리나라에서 작성되는 노동생명표의 근간은 「1940년 미국 남성의 노동생명표」로서 1950년에 BLS의 S. Wolfbein & H. Wool에 의해 작성된 것이다. 이 노동생명표의 작성방식을 따라 김정근 외 2인(1977)이 「1970년도 한국인 남자간이노동생명표」를 작성하여 발표한 바 있으며, 조진만(1990), 박원란(2001), 장지연·호정화(2002), 황수경(2005), 박시내(2012), 임달오(2013) 역시 경제활동인구조사 결과를 기초로 노동생명표를 작성한 바 있다.

2) 기초자료

노동생명표를 작성하기 위해서는 생명표상의 정지인구 및 생존인구와 연령계층별 경제활동참가율이 필요하다. 노동확률(연령별 노동력률)로서 경제활동참가율을 이용하는 경우는 노동력의 유지, 소멸에 초점을 둔 것이기 때문에, 한 개인이 취업상태를 얼마나 유지할 수 있는가에 관심이 있는 경우 취업인구비율(=취업자/생산가능인구)을 사용하는 것이 보다 적합할 것으로 판단된다. 취업인구비율에 기초한 노동기대여명 외에도 임금근로비율(=임금근로자/생산가능인구)을 이용하면 임금근로자의 임금근로기대여명도 산출할 수 있다. 위 기초자료는 통계청에서 매년 공표하고 있는 「생명표」와 매월 공표하고 있는 「경제활동인구조사」 원자료로부터 얻을 수 있다.

39) 장지연, “고연령근로자의 경제활동과 은퇴”, 한국노동연구원, 고령화시대의 노동시장정책에 관한 국제세미나, 2002, 12면.

40) 황수경, “노동생명표 작성법을 이용한 은퇴연령의 추정”, 한국노동연구원, 노동리뷰, 2005, 45면.

41) 노동생명표 작성방법은 위의 자료, 45-57면 참조; 박시내, “노동생명표 작성을 통한 중·고령세대의 은퇴연령 분석”, 통계청 통계개발원, 2012, 112-115면 또한 참조.

3) 작성과정

노동생명표는 생명표 작성절차와 기본적으로 동일한 구조를 취하기 때문에 생명표 작성방법을 먼저 이해할 필요가 있다.

우선 생명표 작성을 위해서는 사망신고에 기초하여 산출된 연령별 사망률을 토대로 연령별 사망확률을 구하고, 이를 기초로 연령별 사망자 수와 연령별 생존자 수를 구해야 한다. 연령별 정지인구(${}_nL_x$)는 x 연령에서 x+n 연령에 도달하는 기간 동안에 생존할 것으로 기대되는 생존연수의 합계로서 x 연령의 생존인구(l_x)와 x+n 연령의 생존인구(l_{x+n})의 산술평균값에 계급간격값 n을 곱하여 산출한다. 그리고 연령 이후 총정지인구(T_x)는 특정 연령의 생존자가 모두 사망할 때까지 기대되는 생존연수의 합계이므로 연령별 정지인구의 합으로 산출된다.

$$\text{연령별 정지인구} \quad {}_nL_x = n \times \left(\frac{l_x + l_{x+n}}{2} \right)$$

$$\text{연령 이후 총정지인구} \quad T_x = \sum_x^{\infty} {}_nL_x$$

이때 연령별 기대여명(e_x)은 연령 이후 정지인구를 해당 연령의 생존인구로 나눈 값을 취하게 된다.

$$\text{연령별 기대여명} \quad e_x = \frac{T_x}{l_x}$$

노동생명표 작성에서는 연령별 정지인구 대신 연령별 노동정지인구, 연령별 노동기대여명을 구하는 것이 필요하다. 따라서 위의 작성과정에서 산출된 연령별 정지인구에 노동확률을 결합하는 과정이 추가된다. 노동정지인구(${}_nL_{wx}$)는 생명표상의 정지인구와 노동확률의 곱으로 산출될 수 있다. 그리고 총노동정지인구(T_{wx})는 해당연령 이상의 노동정지인구를 모두 더하여 산출되며, 이로부터 노동기대여명이 산출된다.

$$\text{노동정지인구} \quad {}_nL_{wx} = {}_nL_x \times {}_nw_x$$

$$\text{총노동정지인구} \quad T_{wx} = \sum_n^{\infty} {}_nL_{wx}$$

$$\text{기대여명} \quad e_{wx} = \frac{T_{wx}}{l_x}$$

4) 작성결과

위와 같은 방식을 통해 작성된 노동생명표의 예시는 아래와 같다. 성별·연령별 노동기대여명을 확인할 수 있으므로, 은퇴기대연령은 피해자의 연령과 노동기대여명을 합산한 값으로 추산될 수 있다.

〈표 3〉 한국인 2011년 노동생명표(남자)

연령	인구	노동력		노동력 가입률	노동력 이탈률			기대여명		
		율	수		노동력이탈	사망원인	퇴직원인	일반	노동력	차이
x	nLx	nWx	$nLwx$	nAx	$\overline{nq_x^s}$	$\overline{nq_x^d}$	$\overline{nq_x^r}$	\dot{e}_x	\dot{e}_{wx}	$\dot{e}_x - \dot{e}_w$
15-19세	496,822명	6.29%	31,250명	35.92%	0.87%	0.87%	-	63.06세	41.04세	22.02세
20-24세	495,700명	42.29%	209,632명	35.23%	0.46%	0.46%	-	58.17세	40.80세	17.37세
25-29세	494,107명	77.63%	383,575명	13.90%	0.44%	0.40%	-	53.32세	38.79세	14.53세
30-34세	492,112명	91.59%	450,275명	2.77%	0.52%	0.52%	-	48.51세	35.05세	13.46세
35-39세	489,582명	94.37%	462,019명	-	0.87%	0.78%	0.10%	43.71세	30.61세	13.10세
40-44세	485,767명	94.28%	457,981명	-	2.60%	1.28%	1.33%	38.97세	26.07세	12.90세
45-49세	479,533명	93.02%	446,062명	-	4.86%	2.03%	2.83%	34.33세	21.59세	12.74세
50-54세	469,652명	90.36%	424,378명	-	10.06%	2.90%	7.16%	29.85세	17.25세	12.60세
55-59세	455,528명	83.79%	381,689명	-	17.53%	4.03%	13.50%	25.55세	13.12세	12.43세
60-64세	435,848명	72.22%	314,769명	-	30.23%	5.55%	24.69%	21.40세	9.33세	12.07세
65-69세	408,269명	53.79%	219,608명	-	29.15%	9.50%	19.65%	17.42세	6.12세	11.30세
70-74세	365,242명	42.60%	155,593명	-	44.74%	14.82%	29.92%	13.70세	3.84세	9.86세
75-79세	301,583명	28.51%	85,981명	-	60.09%	22.89%	37.20%	10.43세	2.13세	8.30세
80-84세	216,769명	15.83%	34,315명	-	-	-	-	7.65세	1.10세	6.55세
85세 이상	184,760명	12.71%	23,483명	-	-	-	-	5.48세	0.70세	4.78세

〈표 4〉 한국인 2011년 노동생명표(여자)

연령	인구	노동력		노동력 가입률	노동력 이탈률			기대여명		
		율	수		노동력이탈	사망원인	퇴직원인	일반	노동력	차이
x	nLx	nWx	$nLwx$	nAx	$\overline{nq_x^s}$	$\overline{nq_x^d}$	$\overline{nq_x^r}$	\dot{e}_x	\dot{e}_{wx}	$\dot{e}_x - \dot{e}_w$
15-19세	497,563명	9.01%	44,830명	43.27%	0.41%	0.41%	-	69.82세	29.98세	39.84세
20-24세	496,957명	52.33%	260,058명	19.00%	0.21%	0.21%	-	64.88세	29.56세	35.32세
25-29세	496,059명	71.36%	353,988명	-	22.61%	0.22%	22.39%	59.98세	26.99세	32.99세
30-34세	494,827명	55.36%	273,936명	0.19%	0.30%	0.30%	-	55.10세	23.47세	31.63세
35-39세	493,353명	55.55%	274,058명	9.72%	0.42%	0.42%	-	50.24세	20.77세	29.47세
40-44세	491,450명	65.72%	322,981명	10.13%	0.54%	0.54%	-	45.40세	18.05세	27.35세
45-49세	488,825명	66.76%	326,340명	1.03%	7.38%	0.74%	6.66%	40.60세	14.84세	25.76세
50-54세	485,185명	62.30%	302,270명	-	14.14%	0.95%	13.19%	35.83세	11.59세	24.24세
55-59세	480,259명	54.04%	259,532명	-	23.17%	1.36%	21.82%	31.12세	8.56세	22.56세
60-64세	472,950명	42.16%	199,396명	-	25.93%	2.18%	23.75%	26.47세	5.94세	20.53세
65-69세	461,229명	32.02%	147,686명	-	24.39%	3.97%	20.42%	21.93세	3.93세	18.00세
70-74세	440,851명	25.33%	111,668명	-	40.89%	7.05%	33.84%	17.57세	2.43세	15.14세
75-79세	403,437명	16.36%	66,002명	-	53.18%	13.33%	39.85%	13.51세	1.27세	12.24세
80-84세	336,293명	9.19%	30,905명	-	-	-	-	9.95세	0.56세	9.39세
85세 이상	411,562명	2.78%	11,411명	-	-	-	-	7.08세	0.20세	6.88세

표 3, 4의 출처: 임달오, “노동생명표 작성을 통한 노동기간 변화와 특성 분석”, 한국보건산업진흥원, 보건산업브리프 제72호, 2013.

3. 경험칙상 가동연한 인정 기준으로의 활용

가. 장점

첫째, 사실심과 법률심의 바람직한 역할 분배의 관점에서 살펴본다. 노동생명표를 이용하여 추정한 은퇴기대연령은 그 자체가 곧바로 경험칙상 가동연한이 되는 것이 아니라 경험칙상 가동연한의 일종의 기준으로만 기능하기 때문에, 경험칙의 판단에 관하여 대법원의 개입을 가능한 축소하고 사실심의 권한을 존중한다는 면에서 바람직하다.

둘째, 구체적 타당성의 측면에서 매우 큰 장점을 지닌다. 「생명표」와 「경제활동인구조사」 원자료는 통계청에서 각각 매년·매월 공표하고 있기 때문에, 노동생명표는 매년 새로이 갱신될 수 있다. 따라서 연령층별 출생·사망과 노동시장에의 진입·이탈 등 변화하는 경험적 사실을 매년 경험칙에 반영시킬 수 있다. 나아가 연령과 성별에 따라 적용되는 은퇴기대연령을 달리하여 구체적 타당성을 기할 수 있다. 예컨대 2011년 노동생명표에 따르면 15세에 사망한 여성의 은퇴기대연령은 44.98세(=15세+29.98세), 30세 남성의 은퇴기대연령은 65.05세(=30세+35.05세)임을 알 수 있고, 이는 각 피해자의 경험칙상 가동연한을 인정하는 기준으로 활용될 것이다. 이로써 고령 피해자가 일실수익을 쉽게 인정받지 못하는 문제나, 저연령 피해자가 과다보상을 받는 문제를 해결할 수 있을 것으로 보인다. 아울러 노동확률에 연령계층별 경제활동참가율이 아닌 취업인구비율을 이용할 경우 취업자의 노동기대여명을, 임금근로비율을 이용할 경우 임금근로자의 노동기대여명을 산출할 수 있으므로 자료의 활용에 따라 구체적 타당성을 도모할 가능성이 더욱 열려 있다고 할 수 있다.

또한 노동생명표를 이용한 은퇴기대연령은 ① 기대여명이라는 생물학적 요인과 ② 경제활동참가율이라는 노동시장 요인 등 가동연한에 영향을 미치는 주요요인들(Ⅲ. 1. 참조)을 균형 있게 반영하는 통계치로서, 피해자가 현실적으로 언제까지 일할 수 있는지를 하나의 수치로 가장 시의적절하게 요약하는 지표이다. 이는 별개의 견 2가 기준으로 제시한 고령자고용법상 법정 정년인 만 60세보다 실제 가동기간에 훨씬 가까운 추정치를 제공하여, 규범이 사실상태를 반영할 수 있도록 하는 장치로 기능할 것이다. 경험칙상 가동연한의 기준이 될 수 있는 통계치의 다른 후보로서 실질평균은퇴연령 등이 제시될 수 있으나, 이는 생물학적 요인을 충분히 반영하지 못할 뿐 아니라 연령별 기대은퇴연령을 입체적으로 보여주지 않는다는 점에서 노동생명표를 이용하는 방식에 비해 구체적 타당성이 떨어진다.

셋째, 법적안정성의 측면에서 볼 때, 노동생명표를 이용한 은퇴기대연령은 연령 등 피해자의 특성에 따라 예측 가능성이 매우 높은 기준이다. 따라서 하급심의 심리부담과 판단의 혼선을 줄이고, 보험업계 등 경제주체가 안정적으로 대응할 수 있

도록 돕는 역할을 할 것이다.

마지막으로, 비록 경험칙상 가동연한의 인정기준으로 활용하는 것과 직접적으로 연관되어 있는 것은 아니나, 노동생명표를 경험칙상 가동연한뿐 아니라 ‘가동개시연령’을 추정하는 데 활용하여 구체적 타당성을 제고할 수 있다는 장점도 있다. 앞서 살펴본 바와 같이(II. 3. 참조) 판례는 가동개시연령을 원칙적으로 만 20세로 보다가 최근에는 만 19세로 인정하고 있으며, 이렇게 인정하는 근거의 상당 부분은 민법상 성년에 달하였다는 데 있다. 그러나 성년에 달하였다고 하여 곧바로 노동시장에 참여하는 것은 아니므로, 가동개시연령은 경제인이 되어 소득을 발생시키는 평균적인 연령을 기준으로 인정하여야 할 것이다. 그리고 경험칙상 가동연한 인정시 구체적 타당성의 요청에 따라 통계적 수치를 이용해야 하는 것과 같은 맥락에서, 가동개시연령 역시 통계에 기초하여 인정함이 타당하다. 노동생명표의 연령대별 노동력 가입률을 이용하면 소득발생시기를 추정할 수 있고 이를 가동개시연령으로 활용할 수 있을 것이다.

나. 한계 및 보완방안

첫째, 위 장점들에도 불구하고 노동생명표는 원자료들을 가공하여 작성해야 하기 때문에, 현재로서는 연구자나 연구기관에 의해 노동생명표가 발표된 연도 외에는 필요할 때 손쉽게 찾아볼 수 없다는 한계가 있다. 그러나 원자료인 「생명표」와 「경제활동인구조사」가 통계청에 누구나 열람할 수 있도록 공개되어 있고 노동생명표의 작성방법 또한 복잡하지 않으므로, 현재로서도 노동생명표는 사실상 모두에게 공개된 자료라고 볼 수 있다. 정부 차원에서 공신력 있는 기관으로 하여금 매년 노동생명표를 작성하여 공표하도록 하여 이를 경험칙상 가동연한 인정의 공식적인 기준으로 채택하는 것이 바람직할 것이며, 이 경우 가동연한 산정의 기준이 되는 노동생명표는 가장 근래에 공표된 노동생명표가 될 것이다.

둘째, 노동생명표에 만 15세 이상의 인구만이 나타나 있으므로, 15세 미만 인구의 노동기대여명에 대한 정보가 없다는 한계가 존재한다. 이는 「경제활동인구조사」 원자료가 만 15세 이상을 대상으로 작성되기 때문이다. 따라서 만 15세 미만 피해자의 경우 노동생명표상 연령과 노동기대여명을 회귀분석 하는 등 통계적 기법을 통하여 연령에 따른 노동기대여명을 통계적으로 추정하는 방법을 고려해 봄직하다.

셋째, 국가공무원법상 정년이나 기초연금법상 기초연금 수급연령 등 제도적 요인을 반영하고 있지는 않다는 한계가 있다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 이러한 제도들은 생물학적 요인, 노동시장 요인 및 정책적 고려까지 이루어진 결과물이라는 점에서, 이를 가해자와 피해자 모두에게 공평한 손해분담의 기초가 되는 가동연한을 산정하는 데에 있어 가장 중요한 요소로 고려할 것은 아니다. 또한 노동생명표를 이용한 은퇴기대연령은 경험칙상 가동연한을 인정하기 위한 일응의 기준으로서

만 가능하기 때문에, 정년 연장 등 제도적 요인이 반영될 필요성이 높다고 판단되면 사실심 법원이 이를 고려하여 은퇴기대연령을 넘어서는 가동연한을 인정하는 것 역시 충분히 가능하다.

넷째, 노동생명표로는 연령과 성별에 기초한 추정만 가능하기 때문에, 노동생명표만을 활용하여 경험칙상 가동연한을 인정하는 방법에 의하는 경우 달성할 수 있는 구체적 타당성의 정도는 비교적 제한적이다. 이를 향후 보완할 수 있는 방법으로는 크게 두 가지를 생각해볼 수 있다. 하나는 정부 차원에서 연령이나 성별 외에 직종, 교육 수준, 후유장애 정도, 결혼 여부와 같이 경험칙상 가동연한에 유의미한 차이를 가져오는 주요 요인들까지 고려한 가동기간표를 만드는 방법이다. 다른 하나는 의사결정나무(decision-tree)에 의하는 통계적 방법으로, 예측 가능한 여러 시나리오를 구상하고 각 시나리오별 가중치를 부여한 후 가중평균을 구하는 방법이다. 예컨대 대상판결 사안과 같이 유아가 사망한 경우, 망아가 성인이 되었을 경우 어떤 유형의 직업을 가질 수 있었을 것인가에 관한 여러 시나리오를 구상하고, 각 시나리오가 발생할 확률을 추정된 뒤, 시나리오별 소득과 가동연한의 가중평균을 각각 구하는 방식이다. 다만 이러한 구체적 타당성의 문제는 앞서 언급한 한계점들과는 다르게 노동생명표 자체가 갖는 문제점은 아닐 뿐 아니라, 현재로서는 자료접근성이나 거래비용, 법적안정성 등의 문제⁴²⁾로 노동생명표 이상의 자료를 이용하는 것이 현실적으로 어렵다는 점에서 노동생명표를 활용하는 의의가 있다.

V. 결론

대상판결의 다수의견과 별개의견 1, 별개의견 2는 육체노동의 경험칙상 가동연한을 만 60세로 보던 기존 대법원의 견해를 더 이상 유지하기 어렵고 만 60세를 넘어서까지 인정해야 한다는 점에서는 이견이 없으나, 대법원이 경험칙상 가동연한을 일률적으로 특정 연령으로 선언해도 되는지 여부, 선언해도 된다면 어떤 연령으로 선언할 것인지에 있어서 견해를 달리하고 있다. 본고에서는 대법원이 경험칙상 가동연한을 특정 연령으로 단정하여 선언해서는 안 된다는 점을 논증하고, 이때 경험칙상 가동연한의 일응의 기준으로 별개의견 2가 제시한 고령자고용법상 법정 정년인 만 60세 대신에 노동생명표를 이용한 은퇴기대연령을 활용하는 방식을 제안하였다.

따라서 본고의 방식에 따르면 대상판결 사안의 결론은 다음과 같이 달라질 것이다. 다수의견에 따르면 만 65세를 경험칙상 가동연한으로 하여 피해자의 개별적·

42) 의사결정나무 방법은 그 계산 모형이 너무 복잡해지거나 각 시나리오별 확률을 부여하는 법 등이 통일되지 않는다면, 지나친 거래비용을 발생시키고 하급심 판단에 혼선을 불러올 수 있다. 의사결정나무를 일실이익 산정에 활용하는 방법에 대하여 후속 연구로 다루어질 필요가 있다.

구체적 사정을 고려하는 방식으로 최종적인 가동연한이 도출된다. 그러나 본고의 입장에 따르면 노동생명표를 이용하여 추정한 4세 남성의 은퇴기대연령을 기준으로 경험칙상 가동연한을 인정하고, 이후 피해자의 개별적·구체적 사정을 고려하는 방식으로 최종적인 가동연한이 도출될 것이다.

논의를 마치기에 앞서, 대상판결의 쟁점과 직접적인 관련은 없으나 별개의견 2가 첨언한 ‘직종별로 가동연한을 달리 보아야 하는지 여부’의 문제를 마지막으로 짚고 넘어가고자 한다. 별개의견 2는 법률심이 경험칙상 가동연한을 특정 연령으로 선언하지 않고 포괄적인 법리만을 제시함이 구체적 타당성을 위하여 보다 바람직하다고 제안하면서도, 직업 등에 따라 가동연한을 달리 보는 것은 가급적 지양할 필요가 있다고 한다. 그 근거로 사람이 일을 하는 것은 직업이나 직종에 따라서 달라지는 것은 아니므로 직업에 따른 차별적 취급이 억제되어야 한다는 점, 특정 직업군이 언제 소득생활을 마치는지에 관한 통계적 수치만을 바탕으로 가동연한을 정한다면 이는 사실과 규범의 혼동이 될 수 있다는 점을 든다.

그러나 가동연한의 인정은 인신사고로 인한 손해배상에서 문제되는 것이고 손해배상에 있어서 구체적 타당성이라 함은 가해자와 피해자 사이의 손해의 분담에 있어서 공평해야 한다는 것을 의미한다. 이는 사고로 생계에 발생한 위험을 전보하는 것을 손해배상의 목적으로 보는 중국과 우리나라가 다른 점이다. 따라서 구체적인 가동연한을 인정하는 경험칙에 관한 정확한 통계가 있다면 이를 반영하여야 한다는 요청은 II. 2. 가.에서 언급한 바와 같다. 그런데 가동연한이라는 것은 언제까지 소득활동을 하는지의 개념이라는 점에서 ‘직업’이라는 가장 유의미한 변수를 제외하고 구체적 타당성을 기한다는 것은 논리적인 모순이다. 그렇기 때문에 별개의견 2의 첨언에는 동의하기 어렵고, 직업군별로 경험칙상 가동연한의 기준을 다르게 보고 있는 현재 대법원 판례의 태도가 타당하다.

구체적으로는 직업에 따라 가동연한을 달리 보되, 통상 그 직종에서 몇 세까지 근무하는지에 관한 통계를 기준으로 가동연한을 산정함이 타당하다. 육체노동 혹은 육체노동 유사 직종의 경우나 직업이 없는 미성년자가 사망한 경우에는, 노동생명표를 이용한 은퇴기대연령을 바탕으로 육체노동의 경험칙상 가동연한을 인정한 후 이를 활용하면 된다는 점은 전술한 바와 같다. 그러나 대법원 판례는 현재 정년제가 있는 직종의 경우 그 정년을, 정년제가 없는 특수직종의 경우 특정 연령을 개별 직종의 경험칙상 가동연한으로 선언해 오고 있는데, 현재로서는 노동생명표의 내용이 직종에 따라 세분화되어 있지 않아 이에 상응하는 통계자료가 없다. 직업별 생명표나 직업별 노동시장 참여율과 같은 통계치가 발표되고 있지 않아 ‘직종별 노동생명표’는 작성될 수 없는 실정으므로, 현재로서는 사실심 법관의 판단에 의존할 수밖에 없을 것이다. 그럼에도 궁극적으로는 미국이 손해배상 산정의 기준으로 활용하고 있는 BLS 작성 가동기간표와 같은 통계자료를 활용함이 합당하므로, 관련 자료를 수집하고 가동기간표를 작성하는 정부 차원의 노력이 필요하다고 본다.

참고문헌

〈국내 문헌〉

단행본

곽윤직, 채권각론, 제6판, 박영사, 2009.

곽윤직, 채권총론, 제6판, 박영사, 2012.

법원행정처, 외국사법제도연구(1) - 각국의 인신사고 손해배상사건에서의 손해배상액, 2007.

사법연수원, 손해배상소송, 2018.

이시윤, 신민사소송법, 제14판, 박영사, 2020.

논문

김은성, “인신사고로 인한 손해배상사건에 있어서의 일실 수입의 산정”, 서울대학교 법학석사학위논문(2017).

김정근 외, “1970년도 한국인 남자노동력생명표”, 한국인구학 제1권 제1호(1977).

박경애·최기홍, “증감 노동생명표에 의한 노동기대여명의 측정과 전망”, 한국인구학 제29권 제3호(2006).

박원란, “생명표에 의한 한국 남성의 노동기간 변화”, 통계분석연구 제6권 제1호(2001).

박창수, “아동의 일실이익 배상과 가동기간의 실무 쟁점”, 저스티스 제110호(2009).

장지연·호정화, “취업자 평균 은퇴연령의 변화와 인구특성별 차이”, 노동정책연구 제2권 제2호(2002).

조진만, “우리나라 노동력생명표에 의한 노동력 추이 분석”, 한국인구학 제13권 제2호(1990).

기타 자료

경수근·홍정민, “[지상토론] 노동가동연령 65세 상향”, 법률신문, 2018. 11. 22, <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=148525> (최종접속일 2020. 01. 22.).

박상조, “가동연한 상향에 따른 손해보험 영향”, 손해보험협회, 2018. 11. 29. 대법

원 공개변론 발표자료.

박시내, “노동생명표 작성을 통한 중·고령세대의 은퇴연령 분석”, 통계청 통계개발원, 2012.

이계정, “사회변화와 육체노동의 가동연한 연장”, 법률신문, 2019. 3. 25,

<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=151799&kind=CC01&key=&page=1> (최종접속일 2020. 01. 22.).

임달오, “노동생명표 작성을 통한 노동기간 변화와 특성 분석”, 한국보건산업진흥원, 보건산업브리프 제72호, 2013.

장지연, “고연령근로자의 경제활동과 은퇴”, 한국노동연구원, 고령화시대의 노동시장정책에 관한 국제세미나, 2002.

통계청, “2015 고령자 통계”, 2015.

황수경, “노동생명표 작성법을 이용한 은퇴연령의 추정”, 한국노동연구원, 노동리뷰, 2005.

황현아, “육체노동자 가동연한 상향의 쟁점 및 영향”, KIRI Weekly Vol.460, 2018.

〈국외 문헌〉

논문

Fleming, John G., *Tort Damages for Loss of Future Earnings*, The American Journal of Comparative Law Vol.34(1986).

Gibson, David S. & Tierney, John P., *Disability and Worklife Expectancy Tables : A Response*, Journal of Forensic Economics Vol.13(3)(2000).

Wolfbein, S. L. & Wool, H., *Tables of Working Life: Length of Working Life for Men*, Bulletin of the United States Bureau of Labor Statistics No.1001(1950).

기타 자료

OECD, “the Average effective age of retirement in 1970-2018 in OECD countries”, <http://www.oecd.org/els/emp/average-effective-age-of-retirement.htm> (최종접속일 2020. 02. 03.).

[국문초록]

육체노동의 경험칙상 가동연한은 손해배상 시 일실이익 산정에 있어서 매우 중요한 기준이 된다. 대법원은 1989. 12. 26. 선고 88다카16867 전원합의체 판결 이후로 육체노동의 경험칙상 가동연한을 만 60세로 보아야 한다는 견해를 유지해 왔다. 그러나 대법원은 2019. 2. 21. 선고 2018다248909 전원합의체 판결(이하 ‘대상판결’)에서 경험칙의 기준이 되었던 제반 사정들이 현저히 변화하였으므로 만 60세를 넘어 만 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다고 판시하였다.

대상판결의 다수의견과 별개의견 1, 별개의견 2는 육체노동의 경험칙상 가동연한을 만 60세를 넘어서까지 인정해야 한다는 점에서는 이견이 없었다. 그러나 대법원이 경험칙상 가동연한을 일률적으로 특정 연령으로 선언해도 되는지 여부, 선언해도 된다면 어떤 연령으로 선언할 것인지 여부에 있어서 견해를 달리했다.

본격적인 논의에 앞서 가동기간의 의의 및 기능을 개관하고, 가동기간 전반에 관한 기존 대법원 판례의 흐름을 정리하였다. 이를 통해 가동연한 인정 기준에 대한 판례의 태도를 분석하고, 최종적으로 적용되는 가동연한의 인정 기준에 있어서 ‘경험칙상’ 가동연한이 가지는 체계적 위치를 규명하였다.

먼저 본고는 경험칙상 가동연한에 영향을 미치는 생물학적 요인과 노동시장 요인, 제도적 요인을 모두 고려하였을 때, 기존에 대법원이 인정하던 만 60세를 넘어 경험칙상 가동연한이 상향조정되어야 할 만큼 사회 현실이 변화했다는 점에 대해서 대상판결과 견해를 같이하였다. 다음으로 대법원이 육체노동의 경험칙상 가동연한을 특정 연령으로 단정하여 선언해서는 안 되고, 별개의견 2의 견해와 같이 포괄적인 법리를 제시하는 데에 그쳐야 한다는 점을 논증하였다. 더 나아가 손해의 공평한 분담이라는 관점에서 구체적 타당성을 추구하는 방법으로 바람직한 가동연한 산정방식의 탐색이 필요하고, 구체적으로 육체노동의 경험칙상 가동연한을 인정함에 있어서는 통계적인 수치를 활용하여 법 규범과 현실의 간극을 좁힐 것이 요구된다는 점을 보였다. 이 점에서는 고령자고용법상 법정 정년을 경험칙상 가동연한의 기준으로 하자는 별개의견 2의 견해와 의견을 달리하였다.

본고에서는 노동생명표를 이용한 연령별·성별 은퇴기대연령의 산출방식을 소개하고, 이를 경험칙상 가동연한을 인정하는 기준으로서 활용하는 새로운 방식을 제안하였다. 이 방식을 통해 경험칙상 가동연한을 특정 연령으로 단정하여 선언할 때 발생할 수 있는 문제를 해결하고, 통계적인 수치를 활용하여 법 규범이 현실을 시의적절하게 반영하도록 함으로써 구체적 타당성을 제고할 수 있다는 점을 보이고자 했다. 나아가 직종별 가동연한을 달리 보는 것을 지양해야 한다는 별개의견 2의 첨언에 대하여, 직종별로 경험칙상 가동연한을 달리 보는 현재 대법원 판례의 태도가 타당하다는 입장을 개진하였다.

주요어: 가동연한, 가동기간, 경험칙, 육체노동, 손해배상, 일실이익, 노동생명표, 은퇴기대연령, 2018다248909

[Abstract]

**The Criteria for Determining the Legal Maximum Working Age of Manual Laborers
Based on Empirical Standards:**

Using the Expected Retirement Age Estimated by the Work-Life Table

**- Focusing on the Supreme Court en banc Decision 2018Da248909 Decided
February 21, 2019 -**

Young Seo Kim & Ye Rin Seo

J.D. Candidates, Seoul National University School of Law

The legal maximum working age based on empirical standards (hereinafter the ‘Empirically Derived Working Age’) of manual laborers is a very important criterion for calculating damages for lost earnings. Since the Supreme Court en banc decision 88Dakal6867 decided December 26, 1989, the Supreme Court had maintained the view that the Empirically Derived Working Age of manual laborers should be 60 years old. However, in the en banc decision 2018Da248909 (hereinafter ‘the Case’), the Supreme Court declared that manual laborers are highly likely to work beyond the age of 60 to the age of 65, considering significant changes in the underlying social and economic circumstances that substantiated the previous standards.

The majority opinion, the first concurring opinion and the second concurring opinion in the Case all agreed that the Empirically Derived Working Age of manual laborers should be beyond the age of 60. However, they disagreed with each other on whether the court can uniformly set the Empirically Derived Working Age at a certain age and what the age should be, if the court could.

By analyzing the existing Supreme Court cases concerning the legal working period including the Case, this paper identifies the status of the “Empirically” Derived Working Age in the current legal regime for determining the legal maximum working age ultimately applied to an individual.

This paper agrees with the Supreme Court that the Empirically Derived Working Age should be raised from the age of 60, considering biological, economic, and institutional factors. However, this paper stands with and explores the second concurring opinion’s idea that the Supreme Court should refrain from declaring a

uniform Empirically Derived Working Age for manual laborers and should only present comprehensive legal principles about it. Furthermore, this paper purports to show that the gap between legal norms and reality should be narrowed by adopting statistical measures in calculating damages, as it would enhance the specific justice. Regarding this point, this paper differs from the second concurring opinion, which contends that the Empirically Derived Working Age should be primarily determined in accordance with the legal retirement age set by the Act on Aged Employment.

This paper introduces a method of estimating the expected retirement age by age and gender groups using the Work-Life Table, and subsequently suggests using it as the new criterion for determining the Empirically Derived Working Age. The new method is expected to enhance the specific justice as it would resolve the problems that may arise when the Supreme Court uniformly declares a certain age as the Empirically Derived Working Age and ensure that legal norms reflect reality in a timely manner. Finally, whereas the second concurring opinion added that courts should not discriminate based on profession when determining the legal maximum working age, this paper concludes that the Supreme Court's current approach, which applies different Empirically Derived Working Age by profession, is more valid.

Keywords: Legal Maximum Working Age, Legal Working Period, Empirical Standard, Manual Labor, Compensatory Damages, Lost Earnings, Work-Life Table, Expected Retirement Age, 2018Da248909