



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

인신사고로 인한 손해배상사건에 있어서의 일실수입의 산정

- 통계자료에 의한

배상액 산정기준의 재정립을 중심으로 -

2017년 2월

서울대학교 대학원

법학과

김 은 성

인신사고로 인한 손해배상사건에 있어서의 일실수입의 산정

김은성

서울대학교 대학원 법학과

인신에 피해가 발생하는 불법행위는 자주 발생하고 있고, 그 손해액 산정에 있어서 일실수입은 큰 부분을 차지한다. 손해의 배상을 인정하려면 손해의 발생사실과 손해액이 모두 증명되어야 하고, 민사소송에서 요구되는 증명의 정도는 ‘고도의 개연성에 대한 법관의 확신’인데, 현재 일실수입액 산정의 기준값은 최저한의 기본임금인 일용노임이므로, 그 이상의 기대수입에 관한 주장은 모두 피해자가 증명하여야 한다. 높은 수준의 증명을 요구하면서 손해액의 산정기준은 낮기 때문에, 피해자는 대부분 자신의 실제 손해보다 적은 배상을 받는 현상이 발생한다. 이 연구는 장기간 재판업무에 종사하면서 접하게 된 이러한 문제에서 출발한다.

이 논문은 가장 적절한 일실수입액 산정의 기준을 탐구하기 위하여 작성되었다. 먼저 손해의 본질이 무엇인지, 그리고 재량에 의한 손해액 인정에 관한 민사소송법 제202조의2의 신설 취지는 무엇인지를 검토하고, 일실수입액 산정기준 설정에서 통계자료를 이용할 수 있는지를 살펴본다. 이를 토대로 얻은 인식들을 기본적인 몇몇 손해액 산정 개별요소에 적용하여 일실수입액 산정 기준 정립의 구체적인 방향을 도출하기로 한다.

일실수입에서 손해의 본질은 노동소득능력의 상실이고, 노동소득능력의 평가액은 피해자가 불법행위 이전에 얻고 있었던 현실수입이 아니라

장래에 얻을 수 있었다고 기대되는 수입이다. 이 기대수입의 산정과정에서는 피해자와 가해자 모두에게 공평, 타당한 손해액 산정기준이 제시되어야 한다. 신설된 민사소송법 제202조의2는 피해자의 증명책임 수준을 경감함과 동시에, 법관의 재량에 의하여 시대 상황에 맞는 손해액의 기준을 재정립할 것을 요청한다. 그 기준은 피해자의 장래의 가능성을 확률적으로 포섭할 수 있고, 발전된 오늘날의 사회, 경제적 현실을 반영할 수 있는 객관적인 것이어야 한다. 현대의 과학적인 소득통계자료는 피해자의 장래의 가능성과 객관성을 뒷받침할 수 있다.

사회적, 경제적 여건과 평균수명, 인구동태, 정년연장 의무화, 공적 연금제도 등의 전면적 변화가 발생한 점에 비추어, 가동연한의 기준은 65세로 변경되어야 한다. 나아가, 일실수입 산정에서 무직자의 최저한도의 기본임금인 일용노임의 기준은, 피해자의 거주지와 관계 없이 도시일용노임으로 통일하여 적용하여야 한다. 학생과 미취학아동의 일실수입은 더 이상 일용노임을 기준으로 삼아서는 안 되고, 장래의 가능성을 확률적으로 반영하여 학력별 평균임금을 가중평균한 기대수입액을 기준으로 삼아야 한다. 가사노동가치는 통계에 의하여 산정할 수 있고, 가사분담자는 직업에 종사하는 것을 전제로 한 노동소득능력 상실과 별도로 그 가사노동가치를 일실수입으로 평가하여 배상받을 수 있어야 한다.

급여소득자나 사업소득자의 경우에도, 불법행위 이전에 얻고 있었던 현실수입을 손해액 산정의 기준으로 하는 종전의 원칙을 개선하여, 통계적 수입을 피해자의 장래 기대수입의 근거로 하는 새로운 기준을 정립하여야 하고, 그 통계에 의하여 뒷받침되는 경력 증가에 의한 기대수입의 증가도 일실수입액 산정기준에 반영되어야 한다.

이처럼 일실수입의 산정기준은 피해자의 장래를 과학적으로 예측할 수 있는 통계자료에 의하여 적절하게 재정립될 필요가 있다. 적절한 기준은 소송당사자의 증명 부담의 경감과 피해자의 적절한 구제, 배상액의 예측가

능성 상승과 분쟁의 화해적 해결에 도움을 줄 수 있다.

주제어 : 일실수입, 노동소득능력상실, 기대수입, 손해액 산정기준, 소득통계자료, 가동연한, 일용노임, 가사노동가치

학번 : 94275-510

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위 및 방법	6
제2장 손해의 본질과 일실수입액의 기준	8
제1절 인신사고에서 손해의 본질	8
1. 총설	8
2. 차액설(현실손해설)	9
3. 평가설(노동능력상실설, 사상손해설)	11
4. 제3의 견해들	13
가. 평가단계설(일본)	13
나. 생활수입원상실설(중국)	15
다. 미국의 산정방식	18
5. 판례 및 실무의 태도	19
6. 비판과 검토	23
제2절 재량에 의한 손해액 인정조항 신설에 관한 검토	28
1. 배경	28
2. 외국의 사례	29
3. 규정 신설 이전의 판례 변천	32
4. 신설조항의 취지와 바람직한 방향	35
제3절 일실수입액 산정에서의 통계자료 이용가능성	43

제3장 일실수입액 산정요소의 구체적 기준 재정립 .. 49

제1절 가동기간의 문제	49
1. 기대여명	49
2. 가동개시연령과 군 복무기간	50
가. 가동개시연령	50
나. 군 복무기간의 공제와 그 당부	52
3. 가동종료연령	55
가. 가동종료연령의 결정요인	55
나. 종전의 논의	55
1) 정년제 직장인	55
2) 직종별 가동연한	57
다. 새로운 기준의 정립방향	60
1) 정년제 직장인 : 해당 직종에서 60세	60
2) 조건성취 여부에 따라 정년이 달라지는 경우의 문제	61
3) 일용노동자에 대한 관례의 입장 및 비판적 검토	64
가) 관례의 변화 추이	64
나) 농업종사자의 경우 : 65세	65
다) 도시 지역 육체노동자의 경우	67
(1) 문제의 제기	67
(2) 평균수명과 인구동태	68
(3) 경제활동인구	69
(4) 경제수준의 향상	69
(5) 중도퇴직의 증가	69
(6) 기능직공무원 및 민간기업들의 정년 연장	71
(7) 공적 연금제도의 변화	71
(8) 외국의 사례	72
(9) 검토 : 65세로의 상향	73

제2절 일실수입기준으로서의 일용노임에 대한 검토	77
1. 종전의 논의 : 최저한도의 기본임금	77
2. 일용노임의 유형	77
3. 농촌 거주자에 대한 농촌일용노임의 일반적용 타당성 문제	80
4. 현실수입 없는 피해자에 대한 일용노임의 일률적 적용에 대한 비 판	82
제3절 학생 및 미취학아동의 일실수입	85
1. 문제의 제기	85
2. 현재의 일용노임에 의한 산정방법	86
3. 검토 및 비판	88
가. 가동개시연령 이전의 일실수입의 인정 여부	88
나. 학생 및 미취학아동에 대한 일용노임 적용의 당부	91
다. 학생 및 미취학아동에 대한 일실수입 산정기준의 개선방향	94
제4절 가사노동상실로 인한 배상액 산정	100
1. 종전의 논의	100
2. 가사노동상실로 인한 손해를 전업주부에게만 인정할 것인가	101
3. 가사노동의 평가방법론	103
4. 가사노동의 구체적 평가방안	107
가. 가사소요시간의 기준	108
나. 배상기준액	111
5. 결어	113
제5절 급여/사업소득자에 대한 통계소득 인정 문제	114
1. 종전의 논의	114
2. 현실수입이 있는 자에 대한 소득능력상실의 평가	115
3. 소득통계의 구조	116
4. 개별적인 사안에서의 기준 설정방향	118

가. 급여소득자	118
1) 신분이 보장된 공무원 등	118
2) 기타 급여소득자	120
나. 사업소득자	121
다. 경력년수의 증가에 따른 기대수입의 증가 인정 여부	123
제6절 중간이자공제방식에 대한 반성적 검토	127
1. 현행 중간이자 공제 방식	127
2. 외국의 사례	127
3. 검토	128
제4장 결론	131
참고문헌	136
Abstract	141
< 그림 목차 >	
그림1. 캘리포니아 주의 노동능력 상실률 결정 방법	19
그림2. 한국인의 평균수명 변화추이 (통계청)	68

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 목적

현재 인신사고로 인한 손해배상사건은 법원에 접수되는 사건 수의 상당 부분을 차지하고 있다.¹⁾ 민법 제750조에 의하면 타인으로부터 위법하게 신체침해로 인한 손해를 입게 된 피해자는 그 타인, 즉 가해자에 대하여 손해배상청구권을 가지게 된다. 이는 절대적 법익에 대한 침해이기에 불법행위법에 있어 그 만큼 중요하고, 동시에 실무적으로 난해한 쟁점들이 제기되고 있다.

인신사고의 불법행위로 인하여 나타나는 손해의 형태는 재산상 손해와 비재산적 손해(정신적 손해)로 나뉘고, 재산상 손해의 형태는 통상 적극적 손해와 소극적 손해로 나뉜다(이른바 손해3분설).²⁾³⁾⁴⁾ 적극적 손해는 불법

- 1) 법원에 접수되는 손해배상사건의 비중은 2006년 7.4%에서 2015년 9.5%까지 증가하였고, 소액사건을 제외한 2015년의 합의, 단독사건 304,319건 중 자동차사고, 산업재해, 의료, 공해 등 그 사건명 자체로 인신사고임이 명백한 사건은 5,044건으로 1.7%이다. 법원행정처, 2016 사법연감, 613쪽.
사건명이 손해배상(기)인 경우에도 약 20% 가량은 인신사고에 관한 사건이므로 그 23,012건을 고려하면 인신사고로 인한 손해배상사건의 비중은 3%를 상회할 것으로 보인다.
- 2) 대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313 판결, 대법원 1977. 3. 22. 선고 76다839 판결이 연이어 선고된 이래 확립된 대법원의 판례이다. 그러나 이러한 손해3분설에 대하여 여러 가지 손해항목은 하나의 손해를 평가하기 위한 자료에 지나지 아니하다고 보아 종래의 소송물 3분설은 재검토되어야 한다는 비판도 있다. 곽윤직 대표집필, 민법주해[IX] 채권(2), 박영사 (1995), 480쪽 이하; 김재형, “프로스포츠 선수계약의 불이행으로 인한 손해배상책임”, 인권과 정의 제345호 (2005. 5.), 100쪽.
- 3) 단순히 재산적 손해와 비재산적 손해로 나누어 소송물을 정해야 한다는 손해2분설도 제시되고 있다. 호문혁, 민사소송법(제4판), 법문사 (2005), 298쪽.
- 4) 다만 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다99105 판결은 소멸시효의 중단에 관한 판단에서, 적극적 손해 부분에 대한 중단사유만 발생한 경우에도 소극적 손해와 위자료 청구권의 소멸시효도 중단된다고 보아, 각 청구권별로 시효기간을 별개로 판단하여 보험회사의 시효완성 항변을 받아들인 원심을 파기하였

행위로 인하여 기존의 이익이 멸실 또는 감소되는 것을 의미하고, 소극적 손해는 불법행위가 없었더라면 이를 얻을 수 있었다고 예정되어 있었는데 불법행위가 발생함으로 인하여 얻을 수 없게 된 이익을 말한다.

인신사고는 피해자의 피해 결과에 따라 크게 사망사고와 상해사고로 나뉘는데, 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 상실하는 손해를 입게 된다. 즉 소극적 손해로서의 일실수입이란 사고가 없었을 경우를 가정하여 피해자가 장래 얻을 수 있었으리라고 예측되는 수입을 말한다.

실제 인신사고로 인한 손해배상소송에서 청구되는 적극적 손해의 항목은 입원비, 치료비, 장래의 수술비, 투약비, 의족대 등의 보조구 구입비, 간호비, 장례비 등 비교적 유형화된 것들이어서 이미 지출한 것을 사후적으로 계산하는 경우가 대부분이므로 그 수액의 산정에 별로 문제될 것이 없고, 위자료도 법원이 재량을 가지고 손해액을 조정하는 입장에서 재산상 손해에 대한 보완적 기능을 아울러 고려하여 어느 정도 정책적으로 위자료액을 책정하고 있는 것이 보통이며, 적극적 손해나 위자료의 액수는 대체로 신체적인 손상의 정도에 비례하므로 이에 대하여는 문제제기의 빈도가 그다지 높지 않다.

그러나 소극적 손해인 일실수입, 일실퇴직금 등의 산정에 있어서는 사정이 다르다. 경제의 발전에 따라 사람들의 직업은 매우 다양해졌고, 대부분의 직장이 단순한 호봉제 형태를 취하고 있었던 과거와 달리 신자유주의가 세계 경제 시스템의 대세로 자리잡으면서, 같은 직종에 종사하거나 심지어 동일 기업의 같은 직급을 가진 근로자라 하더라도 개개인마다 근로조건 등의 태양과 그로부터 얻을 수 있는 수익의 귀속형태, 보수체계는 개별적인 차이가 많고, 개개인의 소득도 고정되어 있지 않아 이직, 승급,

는바, 향후 손해3분설에 대하여 전향적인 태도를 보일 여지를 남겼다고 평가된다.

승진 등 유동적 요소가 다수 있으며, 여러 사회경제적 여건의 변동에 따라 영향을 받기도 한다. 결국 인신사고로 인하여 손해를 입게 된 피해자의 향후 장기간에 걸쳐 발생할 일실수입액이 얼마인지를 산정하는 것은 쉽지 않은 일이다.

또한 일실수입은 대체로 그 사람이 얻고 있던 소득에 비례하는 경우가 많으므로, 소득이 높은 피해자의 경우에는 가벼운 장애만을 입었음에도 가해자의 예측을 벗어난 엄청난 배상액이 인용되는 사례도 자주 발생하게 되는데, 손해배상제도의 사회적 기능을 강조하여 민법 제765조의 경감청구권을 적극적으로 참작하여 손해배상액의 최고한도액을 설정하여야 한다는 비판적 견해도 있다.⁵⁾ 이와 같은 손해배상액의 고액화와 관련하여 피해자의 연령, 부양가족, 건강상태 등을 고려함은 무방하지만, 소득액의 차이가 배상액의 다과를 크게 좌우하여서는 안 된다는 견해도 있다.⁶⁾ 소득액에 차이가 있다 하더라도 원래 건강한 정상인의 능력에 그 소득만큼의 격차가 있는 것은 아니며 오히려 우연한 요소에 의하여 현실의 소득차를 생기게 하고 있다는 전제하에서 개개의 사안에서의 특수성을 어느 정도 고려하여 손해배상액에 있어서의 개인차를 줄여 나가도록 규범적 손해개념을 도입하여야 한다는 것이다.

불법행위로 인하여 배상책임이 있는 것으로 인정되면 법원은 피해자가 청구하는 범위 내에서 배상금액을 산정하지 않으면 안 된다. 인신사고로 인하여 사람의 생명이나 신체에 침해가 발생한 경우, 가해자의 부담으로 피해자를 구제하든가 사회보장제도에 의하여 피해자에게 사고 전의 법익상태를 회복시키도록 하는 것이 이상적이지만, 우리 법제는 인신사고 중 가장 대표적인 자동차사고로 인한 책임이나 제조물책임에 관하여만 손해배상발생사실 부분에 한하여 증명책임을 완화하고,⁷⁾ 일부 손해액에 대하

5) 양승규, “자동차책임보험과 손해배상체계”, 법률신문 1507호, 법률신문사(1983), 4쪽

6) 니시하라 미사오(西原道雄), “人身事故における損害賠償額の法理”, JURIST 339号(1966. 2.), 25쪽.

7) 자동차손해배상 보장법 제3조, 제조물책임법 제3-4조.

여만 사회보장적 뒷받침을 하고 있을 뿐,⁸⁾ 나머지 대부분의 손해배상책임의 발생과 손해액의 범위에 관하여는 민법상의 손해배상법리를 그대로 적용하므로, 손해배상책임의 발생 및 범위에 관하여 모두 피해자가 증명책임을 부담하는 것이 원칙이 된다. 즉 불법행위로 인한 피해자의 손해액은 피해자 스스로 이를 증명하여야 하고, 그 결과로서 손해배상책임의 발생이 인정되는 경우에도 손해액의 증명을 하지 못하여 패소하는 사례가 발생할 여지가 있는 것이다.

이와 같은 사례는 실제로 발생하여서는 안 되는 일이겠지만, 민사소송에서 변론주의를 기본원칙으로 하고 있는 이상 당사자는 법원의 증명 촉구나 직권조사만을 기다릴 수는 없고, 스스로 적극적인 증명에 나서지 않으면 안 된다. 민사소송법에 규정된 석명권⁹⁾의 행사나 직권증거조사¹⁰⁾의 적극적인 활용에 의하여 어느 정도까지는 그러한 피해의 구제가 가능하기는 하지만, 석명권의 행사나 직권증거조사는 어디까지나 변론주의에 대하여 보충적 의미를 가지는 것으로서, 분쟁의 공정, 타당한 해결을 도모하여야 할 법원이 사실상, 법률상 주장에 대하여 불완전한 부분을 지적하거나 쟁점에 대한 증명을 촉구함으로써 심리의 충실을 기하기 위한 것이므로, 중립적 입장에 서야 할 재판부로서는 그 행사에 어느 정도 한계가 있을 수 밖에 없다.

현재 법원의 판례로 형성된 실무상의 법리는 기대수입을 얼마로 보아야 하는지의 쟁점에 대하여 피해자에게 증명책임을 있음을 선언하고 있으면서도, 한편으로는 그 증명의 인정에 있어 피해자의 개별 사정과 무관한 현황자료 등에 과도하게 의존함으로써, 그러한 현황자료가 피해자에게 이

8) 자동차손해배상 보장법 제5장 자동차사고 피해지원사업. 의무보험(대인배상 I)의 한도에서 피해자에게 보상금을 선지급하고 가해자에게 구상한다.

9) 민사소송법 제136조(석명권, 구문권 등) ① 재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.

10) 민사소송법 제292조(직권에 의한 증거조사) 법원은 당사자가 신청한 증거에 의하여 심증을 얻을 수 없거나, 그 밖에 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다.

미 불리하게 작성되어 있는 이상 그 증명책임을 다할 방법이 없는 사례가 발생할 여지가 있다. 그 가능성이 상당히 높은 것이든 매우 희박한 것이든 개인에 따라 다르기는 하지만, 분명히 피해자는 사고를 당하기 전에는 0에서 1 사이의 어떤 지점에서 일부라도 가능성을 보유하고 있었는데, 불법행위로 인한 피해를 당함으로써 그 가능성에 대한 평가가 0으로 떨어져 버린 기준점에서 증명을 시작하게 되어, 그 증명을 하지 못하는 한 최저한의 기본임금만을 배상받을 가능성이 커지게 되는 것이다.

이러한 결과에 이르게 된다면, 위에서 그 부당성이 지적된 것과 마찬가지로, 법원이 손해배상책임의 발생을 인정하면서도 특정 항목에 관한 손해액의 증명을 하지 못하였다는 이유로 일부 패소판결을 선고하는 것과 다르지 않다. 그동안 이에 관하여 특별한 문제가 제기되지 않았던 것은, 소송 당사자는 어차피 배상액의 총액에만 관심이 있는데, 불법행위가 인정되는 이상 판결에서는 배상의무가 일부라도 선언되기 마련이고, 소송에서 주장이 일부 배척된 부분이 있다 하더라도 그 부분에 대한 큰 문제의식이 없어 손해액의 본질에 대하여 깊이 생각하기 어렵기도 하거니와, 1990년대 이후 인신사고에 관한 손해배상의 각종 쟁점이 어느 정도 정리되면서, 기존 법리에 대한 큰 의문 없이 법원 및 쌍방 소송대리인 등이 이른바 ‘인신피해의 손해배상사건은 간단한 사건’이라는 전제 하에서 만연히 사건을 대하여 온 것과도 관계가 있다고 생각된다.

최근에 2016. 3. 29. 법률 제14103호로 민사소송법이 개정되면서, “손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다”는 내용의 제202조의2가 신설되어 2016. 9. 30.부터 시행되었고,¹¹⁾ 향후 인신사고로 인한 손해배상사건에 있어서도 그

11) 이미 특허법 제128조 제7항, 저작권법 제126조, 부정경쟁방지법 제14조의2 제5항 등 지적재산권 관련 특별법들에서는 유사한 규정을 두고 있었던 것을 일반화한 것이다.

손해배상액의 산정에 재판부의 재량 내지 직권이 개입할 여지가 크게 늘어났다. 물론 이는 현대형 불법행위를 상정하고 만들어진 조항이기는 하나, 고전적 불법행위에 대한 적용을 배제하는 것은 아니라고 할 것이다.

이에 그동안 법원에서 계속되어 온 도식적이고 기계적인 사건처리에 대한 발전적 반성을 계기로 하여, 우리나라의 인신사고로 인한 손해배상 중 피해자의 구체적 사정에 따라 가장 개인적인 편차가 클 수밖에 없는 일실수입 부분에 관하여, 관련 규정, 분쟁 유형, 기존의 판례 및 연구결과 등을 종합하여 그 일반적인 요건과 법리를 개관한 후, 개별적인 여러 가지의 특수한 경우에 관한 쟁점과 문제점을 검토하고, 이러한 문제점을 보완하기 위한 구체적인 개선방안 및 위 민사소송법 제202조의2의 취지를 충분히 반영하여, 향후 나아가야 할 방향을 검토하여 일응의 기준을 제시해 보고자 한다.

제 2 절 연구의 범위 및 방법

이 논문은 인신사고로 인한 일실수입의 산정에 있어서, 손해의 공평, 타당한 분담을 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상과 목적, 기능 등에 부합하는 손해의 본질이 무엇이고 그 손해액은 어떠한 내용으로 산정됨이 바람직한 것인지에 관한 문제의식을 기초로 하여, 현재 일실수입 산정방법의 문제점 및 발전방향에 관한 내용에 중점을 두었다. 특히 법원 재직 중 쟁송사건의 상당 부분을 차지하는 손해배상사건의 전담재판부에 4년 이상 종사하였고, 사법연수원에서 수년 동안 관련 실무강의를 해 왔던 실무경험을 바탕으로, 이론적인 부분만이 아니라 실무적인 관점도 충실히 반영하였다. 종전의 논의에서 통계자료를 널리 이용하지 못하였던 사회, 경제적 원인을 밝히고, 오늘날 통계청 등 각종 기관에서 조사되고 있는 과학적, 객관적 통계자료를 향후의 방향 설정에 적극적으로 반영함으로써, 일실수입 배상액 기준 재정립에 대한 나름대로의 해법을 제시하였다.

II.에서는 인신사고에서의 손해의 본질에 관한 학설을 소개하고, 민사소

송법 제202조의2의 입법과정 및 그 취지와 이에 대한 외국제도와의 비교를 통하여 일실수입의 산정기준 설정에 있어서 어떠한 원칙을 취하는 것이 바람직한지, 그리고 일실수입 산정에 있어 통계자료의 이용가능성에 관하여 살펴본다.

III.에서는 위에서 검토한 일실수입의 산정의 기본적인 원칙에 비추어 현재 문제가 제기되고 있거나 향후 쟁점화될 가능성이 높은 몇몇 문제점에 대하여 종전의 논의를 정리하고 각각의 손해액 산정요소들에 대한 구체적 산정기준과 향후 나아가야 할 방향을 밝힌 후, IV.에서는 위의 내용을 정리하여 결론을 맺어 보았다.

제 2 장 손해의 본질과 일실수입액의 기준

제 1 절 인신사고에서 손해의 본질

1. 총설

손해배상에서의 중심개념은 손해가 무엇인가이다. 그러나 우리 민법에는 손해의 개념에 대한 명문규정을 두고 있지 않고, 이는 대부분의 외국의 입법례에서도 마찬가지이다.¹²⁾ 결국 그 개념은 학설 내지 판례에 의존할 수밖에 없게 된다.

신체침해로 인하여 후유장해가 초래된 경우에는 대부분 일실수입 손해액의 산정문제가 수반되는바, 이를 산정함에 있어서는 일실수입손해의 본질을 어떻게 파악할 것인가가 큰 의미를 갖게 된다. 어떤 방식을 취하는지에 따라 일실수입의 산정방법에 근본적인 차이를 발생시키고, 나아가 그 산정의 기초가 되는 소득액을 어떤 것으로 볼 것인가에도 차이가 발생하기 때문이다.

전통적으로 인신사고에서 신체침해 피해자가 입은 일실수입의 산정방법으로 차액설(소득상실설)과 평가설(가동능력상실설)이 논의되어 왔다. 각국의 입법이나 소송실무는 그 명칭은 어떻든 간에 위 두 이론 중 하나를 채택하거나, 두 이론을 절충한 후 다른 방법을 가미하는 방법을 취하고 있다.¹³⁾

12) 서광민, “손해의 개념”, 서강법학연구 6권 (2004. 5.), 124쪽.

13) 일본의 논의는 우리나라와 동일하다. 영국은 차액설을 기본으로 장래의 일실수입에 대하여는 평가설을 참작하는 입장이고, 독일은 원칙적으로 차액설에 의하되, 사망의 경우에는 생활보장설에 의한다. 미국은 원칙적으로 평가설에 의한다. 외국사법제도연구반, 외국사법제도연구(1), 법원행정처 (2007), 43, 222, 251, 405쪽.

2. 차액설(현실손해설)¹⁴⁾

차액설¹⁵⁾은 우리나라에서 통설로 받아들여졌던 설로서, 법익에 관하여 받은 불이익으로서 가해원인이 없었다면 존재하였을 이익상태와 가해가 있는 현재의 이익상태와의 차이를 손해라고 본다.¹⁶⁾ 이는 독일 손해배상법의 기초를 이룬 F. 몸젠의 "이익론"(Mommson, Zur Lehre von dem Interesse, Beitrage zum Obliegenrecht, 1855)에서 영향을 받은 것으로서, 몸젠은 가해사태 전후의 이익차이가 배상의 전제가 되는 손해라고 설명하는 이른바 차액설과 인과관계론을 정립하였는데 이러한 몸젠의 이익개념, 손해개념, 배상범위론은 오랫동안 당연한 해석론으로 받아들여졌다고 한다.¹⁷⁾

이에 의하면 일실수입은 불법행위가 없었더라면 피해자가 얻을 수 있는 소득의 상실(loss of earnings)이 되고, 그 산정은 불법행위 당시의 소득과 불법행위 후의 향후 소득과의 차액을 산출하는 방법에 의하게 된다. 현실손해설이라고 표현하기도 한다. 현실적으로 발생하는 손해의 다양한 모습과 관련하여 일정한 침해원인사실에 의하여 생기는 손해를 통일적으로

14) 황현호, '손해배상소송에 있어서 증명의 정도 및 범위', 법조 52권2호 (2003. 02.), 40쪽은, 현실손해설과 사상손해설은 손해배상청구에 있어서 손해의 개념에 대한 일반적인 학설이고, 차액설과 평가설은 손해의 측정방법에 관한 학설로서 작용 영역이 다르나 학설의 원리가 동일하므로 같은 학설로 본다는 취지로 설명한다.

15) 차액설이라는 용어에 대하여 박동진, "독일손해배상법상 손해의 인식과 산정방법", 연세법학연구 제4집 (1997. 9.), 201쪽 이하에서는 독일의 Differenztheorie(차이설)은 가해사건이 없었다면 존재했을 상태를 회복시켜 주어야 한다는 것으로, 우리 또는 일본에서의 차액설은 그 차이를 금전으로 평가한 총재산상태의 차이를 손해로 파악하는 것으로 보아 서로 상이한 측면이 있다고 파악하고 있다. 일견 수긍이 가는 견해이나, 이 글에서는 일반적으로 사용되는 용법에 따라 차액설이라는 용어를 그대로 사용한다.

16) 광윤직, 채권총론(제6판), 박영사 (2003), 112쪽; 김증한, 채권총론, 박영사 (1988), 87쪽; 현승중, 채권총론, 일신사 (1975), 155쪽.

17) Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im BGB (1965), 17 이하, 광윤직 대표집필, 민법주해[IX] 채권(2), 박영사 (1995), 460에서 재인용.

파악할 수 있다는 점에서 우수성이 있다고 평가된다.

차액설에 의할 때, 신체에 가하여진 손해가 경미하여 노동능력의 상실이 없더라도, 실제 수입의 감소가 있다면 일실수입이 인정된다. 반대로 노동능력상실이 있었으나 수입의 감소가 없다면 일실수입은 부정된다. 노동능력의 상실이 있고 수입의 감소도 있다면 그 일실수입은 종전직업의 소득으로부터 잔존한 신체기능을 가지고 장차 다른 직업에 종사하여 얻을 수 있을 것이 예상되는 향후소득을 공제하는 방법으로 산정된다.¹⁸⁾

이는 우리나라와 일본뿐만 아니라 대부분의 나라에서 통설 및 판례로 받아들여졌는데, 막상 이에 따라 진행된 인신사고에 관한 손해배상재판에서는 여러 가지 문제점이 발견되었다. 불법행위에 의하여 인신의 피해를 입었을 때, 얼마 후에 다른 사정에 의하여 동일한 손해가 발생한 경우 가해사건이 없었다고 가정할 경우의 재산상태와 현실의 재산상태 사이에 차이가 없게 되었던 것이다. 예컨대 교통사고가 발생한 후 별개의 사고로 사망한 경우, 별개의 사고 이후의 기간에 대해서는 재산상태의 변동이 없게 되므로 사망 후의 기간에 대해서는 교통사고로 인한 일실수입을 청구할 수 없게 되는데, 이러한 결론이 불합리함은 당연하다. 또한 신체침해로 인하여 피해자의 부상이 발생한 경우, 피해자가 의료기관에서 치료를 받지 않았음에도 시간의 경과로 자연히 치유되었다면 재산상태의 변동이 없어 손해를 인정할 수 없게 된다.

이러한 문제가 노정됨에 따라 단순한 차액설은 각국의 법제도와 재판

18) 대법원 1985. 9. 24. 선고 85다카449 판결(KBS 직원 사건)을 보면 당시 우리 법원이 취하고 있던 차액설에 의한 일실수입 산정방법이 쉽게 드러난다. 이 사건은 방송국 직원인 피해자가 다쳐서 25%의 노동능력을 상실한 사례인데, 당시에는 실무에서 차액설을 취하고 있었으므로 노동능력상실률보다는 감소된 노동능력을 가진 상태에서 어떤 직업에 종사할 수 있는지가 중요하였다. 원심은 특별한 심리 없이 피해자가 도시일용노동에만 종사할 수 있다고 보아 '원래 얻고 있던 수입의 100%'에서 '도시일용노동의 75%'를 뺀 금액을 일실수입으로 계산하였고, 피고가 이에 상고하였다. 대법원은 피해자의 연령, 교육정도, 경력, 기능자격 등에 비추어 자기의 능력에 상응하는 일용노동임금보다 고소득인 직업이나 직종에 종사할 수도 있는데, 그러한 사정이 있는지 여부를 심리하지 않았다는 이유로 원심을 파기환송하였다.

의 실무가 발전되면서 점차 변경, 보완되어 갔고, 마침내 규범적 손해개념의 일종인 아래의 평가설이 등장하게 된다.

3. 평가설(노동능력상실설, 사상손해설)¹⁹⁾

위에서 지적된 바와 같이 차액설에 의해서는 손해를 인정할 수 없으나 손해를 인정하지 않으면 부당해 보이는 경우의 문제를 해결하기 위하여 이른바 규범적 손해개념이 주장되었는데, 인신손해에 있어서는 그와 같은 규범적 손해개념 중 하나로서 평가설이 등장하였다.

평가설은 사망이나 상해 자체를 하나의 비재산적 손해로 파악하고, 치료비, 일실수입, 정신적 고통 등은 각각이 별개의 손해가 아니라 사상(死傷)이라고 하는 손해의 금전적 평가를 위한 요소 중 하나로 취급되므로, 이 설에 의하면 손해는 사망 또는 상해 그 자체라고 한다. 손해는 하나이고 소송물도 1개로 되어야 하며²⁰⁾ 여기서 더 나아가 배상액은 개인차를

19) 우리나라에서는 노동능력상실설과 사상손해설이 사실상 같은 종류의 이론으로 소개되고 있으나, 昭和 30년대 말(1960년대 초)에 차액설의 극단적인 개별주의, 실비주의에 대한 의문 및 인신사고로 인한 손해의 특수성과 사고의 대량처리 필요성을 고려하여 손해의 유형화, 배상액의 정형화를 특징으로 한 사상손해설이 등장하여 실무에 적용되기 시작하였고, 昭和 40년대 초(1960년대 말)에 이르러 유아에 대한 장래 일실수입의 판단을 어떻게 할 것인가의 문제가 발생하면서 소극적 손해의 본질을 피해자의 가동능력 상실로 파악하는 노동능력상실설이 등장하였으며, 大阪高判 昭和 40. 10. 26. 判決(5세 여아의 사망 일실이익이 가동능력의 상실 자체에 의한 손해로 산정됨)부터 실무에 적용되기 시작하여 현재의 대세를 이루게 되었다. 이에 따라 일본의 문헌들은 사상손해설과 노동능력상실설을 별개의 이론으로 소개하고 있는 경우가 많다. 후지무라 카즈오/야마노 요시로(藤村和夫/山野嘉郎), 概説交通事故賠償法(제3판), 日本評論社 (2014), 180쪽; 시오자키 츠토무(塩崎勤), 現代損害賠償法の諸問題, 判例タイムズ社 (1999), 162쪽; 고영아(高影娥), “人身損害賠償請求權の日韓比較法研究(1) : 生命侵害の場合を中心に”, 北大法學論集 第58卷 第6号, 北海道大學大學院 (2008. 3.), 72쪽 등.

20) 다만 우리 판례는 위에서 보는 바와 같이 평가설에 의한 계산방법을 일실수입 산정의 한 방법으로 긍정하면서도 손해3분설은 그대로 유지하여 적극적 손해, 소극적 손해, 위자료를 준별하고 있다. 대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313 판결, 대법원 2002. 9. 10. 선고 2002다34581 판결.

인정하지 않고 정형화되어야 한다는 견해까지 등장하기도 하였다.²¹⁾ 평가설적 입장에서는 차액설에 의할 때 무직자, 영유아, 학생, 전업주부 등의 손해를 산정하기 어렵고, 극단적인 개별주의, 실비주의에 치우친 결과, 고소득자에게 유리하고 저소득자에게 불리하여 인간평등의 정신에 반할 뿐만 아니라, 피해자측의 개별적 차이는 가해자측에서 보면 우연한 사정이어서 사상에 의한 ‘통상의 손해’라고 할 수 없고 또 예견가능성도 없기 때문에 부당하다고 한다.

결국 이는 일실수입의 본질을 소득창출의 근거가 되는 노동능력의 상실(loss of earning capacity)로 보아 상실된 노동능력의 가치를 장래의 추정소득에 의하여 평가하게 되고, 그 손해의 산정에 있어서도 가동능력을 금액으로 환산한 평가액, 즉 장래의 기대수입에 노동능력상실률을 곱하는 방식을 취하게 된다.²²⁾ 노동능력상실률을 정함에 있어서는 신체장애율이 가장 큰 영향을 미치지만, 반드시 신체장애율만으로 그 평가가 마무리되는 것은 아니며, 그 외에도 장래의 가동능력증감에 영향을 미칠 여러 가지 사정들, 즉 피해자의 연령, 지능정도, 건강상태, 직업의 성질, 기술의 숙련도,

21) 니시하라 미사오(西原道雄), 人身事故における損害賠償額の法理, ジュリスト 339号 (1966. 2.), 25쪽. 이 정형화이론은 다음과 같이 요약되며, 뒤에서 언급하는 중국의 생활수입원상실설에 의하여 유사한 형태로 구현되었다.

1. 사상에 의하여 실제로 생긴 손해액과 배상하여야 할 손해액은 반드시 일치되어야 하는 것은 아닌데도 종전에는 이것이 혼동되어 왔다.
2. 종전 손해배상의 실무는 사상에 의한 손해를 재산적, 정신적 손해로 나누어 전자를 중시하고 후자를 보완적인 것으로 다루어 왔는데 이것은 인간의 보호가 아니라 재산의 보호이다. 이것은 부자에게 유리하게, 가난한 자에게 불리하게 작용하여 인간의 생명, 신체의 존중과 평등에 반하고, 가해자 입장에서 보더라도 우연한 사정에 따라 배상액이 달라지게 되는 것으로 불합리하다.
3. 생명, 신체의 손상에 의한 손해는 총합하여 하나의 손해가 발생한 것으로 보고 재판관이 적당하다고 생각되는 액을 전체로써 판단하여야 한다.
4. 배상액의 정형화, 정액화가 이루어지면 원고의 증명 부담이 경감되고, 소송기술의 우열에 따른 영향이 배제되며, 구제가 신속해지고, 배상액에 예측가능성이 높아지며, 화해의 촉진에 도움을 준다.

22) 현 시점에서 현실화된 상실노동능력 자체를 손해로 평가, 파악하였다고 보아 평가설에 의한 일실수입의 산정을 소극적 손해가 아닌 적극적 손해로 보는 입장도 있다. 이주홍, 실무손해배상책임법, 박영사 (1996), 279쪽.

후유장해의 정도, 예후 등과 승급, 승진의 전망, 전직, 실직의 가능성 등 유동적인 평가자료 등도 종합적인 고려대상이 되는 것이라고 한다.

4. 제3의 견해들

가. 평가단계설(일본)

손해 산정은 차액설과 같이 개별항목의 합계에 의하지만, 그 산정된 액수의 증명이 없을 경우 법원의 재량으로 손해액을 산출한다는 일본의 소수설이다.²³⁾ 평가설의 한 형태로 취급된다.²⁴⁾ 사실심 판사에게 손해액의 평가와 배상방법에 대한 전권을 부여하고, 손해배상방법과 범위는 파기원의 심리대상이 되지 않으며, 판사가 전권을 극단적으로 행사하여 배상액을 손해항목별로 결정하지 않고 통합하여 결정하는 방법까지 허용하고, 어떤 계산 방법에도 구속되지 않고, 손해 항목의 평가를 위해 고려한 개별 요소들을 판시할 의무조차 없는 프랑스의 손해배상액 산정방법과 유사하다.

이 평가단계설은 인신사고의 등급을 나누어 상당 부분 정액화, 정형화한 후 그렇게 정액화, 정형화된 기준을 일본변호사회 주관의 세미나 등을 통하여 법원의 입장을 사실상 대외적으로 공표하는 방식으로 형성된 일본의 재판실무²⁵⁾를 전제로 한 것이며, 법관에게 지나친 재량을 부여하게 되면 법적 불안정성을 초래할 수도 있다는 점에서, 아직 손해3분설을 취하고 있는 우리나라 재판실무 하에서는 손해3분설을 비롯한 손해배상의 다른 법리까지 모두 함께 전체적으로 변경하는 것을 검토하지 않는 한 이를 그

23) 아와지 다케히사(淡路剛久), “損害と損害の金銭的評価に關する考察”, 交通事故賠償の形狀と課題, 186쪽. 조무제, “도시 또는 농촌일반노임의 인정과 거주문제”, 판례연구 제6집, 부산판례연구회 (1996), 309쪽에서 재인용.

24) 후지무라 카즈오/야마노 요시로(藤村和夫/山野嘉郎), 概説交通事故賠償法(제3판), 日本評論社 (2014), 182쪽.

25) 일본은 위와 같은 정형화에 따라 손해3분설을 폐기하였다. 외국사법제도연구반, 앞의 책, 401쪽.

대로 적용하기는 어렵다고 본다.

그러나 우리나라에서도 민사소송법 제202조의2가 신설됨으로써 법원의 재량이 크게 확대되었고, 일정한 기준을 정립하는 등으로 피해자의 증명의 부담을 완화함으로써 손해배상액을 정형화하는 것은 어느 정도 가능한 일이며, 비록 소극적 손해에 관한 부분은 아니지만 실제로도 우리나라 법원에서도 손해배상에 대하여는 이미 위자료 기준을 손해배상전담법관의 세미나 결과나 보도자료 등의 형식으로 대외적으로 공표함으로써²⁶⁾ 사실상 소송당사자에 대한 안내의 기능을 하고 있고, 이러한 내용들은 대한변호사협회 산하 변호사연수원이 주관하는 손해배상특별연수에 출강하는 법관들이나²⁷⁾ 다수의 교통사고 전문 변호사들의 홈페이지, 언론보도 등을 통하여

26) 서울중앙지방법원 교통산재전담재판부에서는 단순과실로 인한 사망사고의 경우 1억 원을 기준으로 책정하고, 상해로 인하여 신체에 장애가 잔존하게 된 경우에는 1억 원에 노동능력상실률을 곱하는 것을 원칙으로 하여, 고의, 중과실 여부, 피해자가 유아 또는 고령인지 여부 등을 참작사유로 하여 위자료를 정하고 있었다.

- 사망 및 100% 노동능력상실 위자료액의 실무상 변천(사고일 기준)
 - ~ 1991. : 2,000만 원
 - 1991. ~ 1996. : 3,000만 원
 - 1996. ~ 1999. : 4,000만 원
 - 1999. ~ 2006. 4. : 5,000만 원
 - 2006. 5. ~ 2008. 6. : 6,000만 원
 - 2008. 7. ~ 2014. : 8,000만 원
 - 2015. ~ 현재 : 1억 원

또한 2016년 7월 전국민사법관포럼을 시작으로 불법행위 유형별 기준금액, 특별 가중사유 및 가중 기준금액, 일반 증액, 감액사유 등에 관한 내용을 망라한 ‘불법행위 유형별 적정한 위자료 산정방안’을 만드는 것에 대한 논의를 계속하여 2016. 10. 24. 보도자료에 의하여 그 초안이 공표되었다. 이제 인신손해로 인한 비재산적 손해에 대하여는 일본과 마찬가지로 일응의 정형화가 완료된 셈이다.

27) 모든 변호사는 변호사법 제85조, 변호사법 시행령 제17조의2에 따라 1년에 법조윤리과목 1시간 이상을 포함하여 8시간 이상의 연수를 받아야 하고, 이 연수를 위하여 대한변호사협회 산하에 변호사연수원이 설치되어 있으며, 변호사연수원은 매년 수십 가지의 과정을 개설하고 있다. 그 중 손해배상과정은 대체로 매년 1회씩 편성된다.

변호사법 제85조(변호사의 연수) ① 변호사는 변호사의 전문성과 윤리의식을 높이기 위하여 대한변호사협회가 실시하는 연수교육(이하 "연수교육"이

반복적으로 소개되고 있다. 이와 같은 환경의 변화에 비추어 볼 때, 모든 손해액 산정요소를 정액화, 정형화하는 것은 불가능하다 하더라도, 위자료와 마찬가지로 소극적 손해에 대하여도 법원에서 정립된 기준을 대외적으로 공표함으로써 일응의 정형화를 이룬 후 구체적 사안에서 이를 변경할 사정이 있는지 여부를 심리하는 방식이 가능하다고 할 것이므로, 이러한 ‘합리적 재량에 의한 정형화’에 관한 논의는 일실수입 손해액의 기준 정립에 있어서도 충분히 고려될 수 있다고 할 것이다.

나. 생활수입원상실설(중국)

중국의 법원은 사람의 생명과 신체의 가치에 차등이 있을 수 없다는 사회주의적 평등사상, 비교적 낮은 경제수준, 광활한 국토 면적 등의 제반 여건으로부터 영향을 받은 것으로 보이는 이른바 ‘생활수입원상실설’을 취하고 있었고, 이는 ‘인신손해배상사건을 심리하는 데 적용하는 법률의 약간의 문제에 대한 최고법원의 해석’(이하 ‘인신손해배상 사법해석’이라고만 함)²⁸⁾과 침권책임법²⁹⁾에 의하여 구체화되었다. 즉 중국의 법령이나 소송실무는 소극적 손해에 관하여 그 배상의 근거를 사망이나 상해 전후의 노동수입의 차액에 두고 있지 않고 있으므로 피해자의 소득상실과도 밀접한 관련이 없고, 후유장애에 대한 손해배상에 있어서 노동능력의 상실을 참작하기는 하지만 그렇다고 하여 원래 얻고 있었던 소득액을 노동능력상실률에 곱하는 것도 아니다.

라 한다)을 대통령령으로 정하는 시간 이상 받아야 한다.

변호사법 시행령 제17조의2(변호사의 연수교육시간) 법 제85조제1항에 따른 변호사의 연수교육 시간은 1년에 법조윤리과목 1시간 이상을 포함하여 8시간 이상으로 하되, 연수교육 이수시간의 계산방법 및 연수교육 이수의 주기 등에 관한 사항은 대한변호사협회가 정한다.

28) “最高人民法院關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋 (2003年12月4日 最高人民法院審判委員會第1299次會議通過)

29) 부칙 포함 12장 91개 조문으로 구성되어 있고, 그 중 손해배상과 관련된 규정은 제2장의 제6조부터 제25조까지의 20개 조문이다.

위 이론은 피해자 개개인의 실제 노동능력의 상실보다는, 불법행위로 인하여 노동능력을 상실한 피해자의 생계유지에 주안점을 두고 있다. 따라서 가해자가 배상할 내용은 일실수입이 아니라 피해자의 생활비 상당액에 가깝고, 배상액의 산정기준기간도 잔존 가동기간이 아니라 80세의 범위 내에서 최소 5년 최대 20년으로 제한되며, 그 배상의 기준액은 피해자가 상실한 실제 소득이 아니고 현지 주민의 평균 가처분수입³⁰⁾에 사안에 따라 평균 생활비가 더해진 금액이다.³¹⁾

30) 인신손해배상 사법해석 제25조, 제29조.

第二十五條 殘疾賠償金根據受害人喪失勞動能力程度或者傷殘等級，按照受訴法院所在地上一年度城鎮居民人均可支配收入(공과금 등을 공제하고 실제로 쓸 수 있는 수입, 즉 가처분수입을 의미)或者農村居民人均純收入標準，自定殘之日起按二十年計算。但六十周歲以上的，年齡每增加一歲減少一年；七十五周歲以上的，按五年計算。(장해배상금은 상실된 노동능력의 정도에 따라 산정하되 그 기준은 수소법원 소재지의 종전 1년치 평균 가처분수입이고, 20년분을 계산하되, 60세 이상인 경우 1세 증가시마다 1년씩 감하고, 75세 이상인 경우 일률적으로 5년으로 계산)

第二十九條 死亡賠償金按照受訴法院所在地上一年度城鎮居民人均可支配收入或者農村居民人均純收入標準，按二十年計算。但六十周歲以上的，年齡每增加一歲減少一年；七十五周歲以上的，按五年計算。(사망배상금, 노동능력상실 부분을 제외하면 25조와 동일함)

31) 인신손해배상 사법해석 제28조와 제30조는 별도로 장해배상금이나 사망배상금 외에 별도로 피부양인생활비(被扶養人生活費, 피부양자가 고령 등으로 생활능력이 없으면 피해자의 장해배상금이나 사망배상금과 같은 기준에 의한 기간에 따라 산정되고, 피부양자가 연소자인 경우에는 18세에 달할 때까지의 기간에 따라 산정되며, 평균가처분수입이 아닌 평균생활비를 기준으로 한다)를 산정할 것을 규정하고 있으나, 침권책임법에서는 피부양인생활비가 배상항목에서 제외되어 있는바, 법령의 개정으로 보아 장해배상금이나 사망배상금이 지급되는 경우 피부양인생활비 채무는 소멸한다는 실무례와 여전히 이를 별도로 인정하는 실무례가 대립되고 있다고 한다. 이도식, “중국의 인신손해배상 산정방식”, 재판자료 134집 (2016), 256쪽.

다만 침권책임법 제정 전에는 위자료를 장해배상금과 사망배상금에 포괄하여 산정하도록 함으로써 장해배상금과 사망배상금이 사실상 위자료의 기능을 하고 있었고, 현재는 침권책임법 제22조에 따라 위자료를 명시적으로 별도로 인정하고 있는데, 현재도 포괄산정하여야 한다는 견해와 침권책임법의 제정으로 포괄산정방식은 폐기되어 위자료를 별도로 인정하여야 한다는 견해로 나뉘어져 있으며, 후자의 견해에 의할 경우 배상액이 늘어나게 되는 효과가 있다. 린지앤준(林建軍), 人身損害賠償糾紛訴訟指引与法務解答, 法律出版社 (2014), 254쪽은 위 견해들을 소개하면서 후설을 지지하고 있다.

이는 사망사건의 손해배상에 있어 우리나라와 일본의 판례에 의하여 형성된 상속구성론³²⁾에 반대하여 제기되고 있는 부양구성론³³⁾과도 그 궤를 같이한다.

이 이론에 의하면 피해자의 직업, 소득과 무관하게 손해액이 일률적으로 결정되어 손해액 산정이 간명해지고, 피해자가 무직자이거나, 수입이 평균에 미달하는 경우에도 피해자가 생활을 영위하는 데 충분한 배상을 받을 수 있는 장점이 있는 반면, 가해자가 발생시킨 손실에 상응하는 책임을 부과하지 아니하고 사실상 일정액의 배상을 명하게 됨으로써 고소득자를 상대로 한 인신침해행위의 유인이 발생하는 점 등의 문제가 있다. 물론 고소득자에 대한 고의적인 인신침해가 있는 경우 이를 위자료에서 참작하는 것이 불가능하지는 않으나, 이는 고소득자이기 때문이 아니라 침해에 있어 고의가 있기 때문이므로 과실에 의한 경우보다 위자료액이 커지는 것은 당연하다. 그런데 우리나라를 비롯하여 대부분의 국가에서의 인신손해 산정에 있어 피해자의 직업 등에 대한 고려가 상대적으로 적고 가장 공평하게 적용되고 있는 항목이 위자료이므로, 일실수입에서 평등 원칙을 적용하고 위자료를 소득에 따라 차등 적용한다는 것은 사회주의 법 체계가

32) 대법원 1966. 10. 18. 선고 66다1335판결, 정신적 손해에 대한 배상(위자료) 청구권은 피해자가 이를 과기하거나 면제했다고 볼 수 있는 특별한 사정이 없는 한 생전에 청구의 의사를 표시할 필요없이 원칙적으로 상속되는 것이라고 해석함이 상당하다는 것이다. 대법원의 이 판결은, 위자료청구권의 상속성에 관하여 피해자가 사망함에 있어 그 청구의 의사표시를 한 경우에 상속성이 있다는 종래의 최고재판례를 폐기하면서, 피해자가 청구의 의사표시를 하지 않아도 그 청구권이 당연히 상속인에게 상속된다고 한 日本最高裁 昭 42. 11. 1 大法廷判決이 선고되기 전의 것으로서, 일본 판례에 앞서 우리나라에서 선제적으로 상속구성론을 받아들인 것이라는 점에 의의가 있다.

33) 부양의무자가 인신사고로 인해 사망하게 되면 부양권리자는 피해자에게 일단 발생한 손해배상청구권을 상속하는 것이 아니라 부양의무자로부터 그 부양을 받을 수 없게 되어 피부양이익의 침해로 받게 된다는 전제 하에 피부양이익을 침해받게 되는 그 유족이 그 침해를 원인으로 한 손해배상청구권을 직접 취득하게 된다는 견해이다. 정귀호, “손해배상법리의 재구성”, 재판자료 제20집 (1984), 403쪽; 오지용, “새로운 손해배상 산정방식의 모색”, 법조 제57권 11호 (2008. 11.), 38쪽.

전제된 것이 아닌 한 그대로 따르기는 어렵다.

위 이론은 가해자의 이익을 위하여 피해자만을 희생시키게 되고, 특히 피해자가 무직 가해자가 야기한 손실에 상응하는 책임을 부과하지 아니하여 사회교육 및 불법행위 예방에 효과적이지 못하다는 문제가 있다. 같은 이유로 많은 중국학자들도 위 이론을 폐기할 것을 주장하고 있고, 일부 법원에서도 위 이론을 융통성 있게 적용하고 있다고 한다.³⁴⁾

다만 이러한 중국 제도는 인신사고로 인하여 피해를 입은 경우 원래 피해자가 얻고 있던 수입이 얼마인지를 크게 따지지 않고 손해액을 정형화함으로써, 피해자의 ‘손해액에 대한 규범적 판단’에 있어 가장 크게 나아간 형태로 볼 수 있다. 이러한 ‘규범적 손해액’의 취지는 우리의 방향에 있어 참고가 될 것이다.

다. 미국의 산정방식

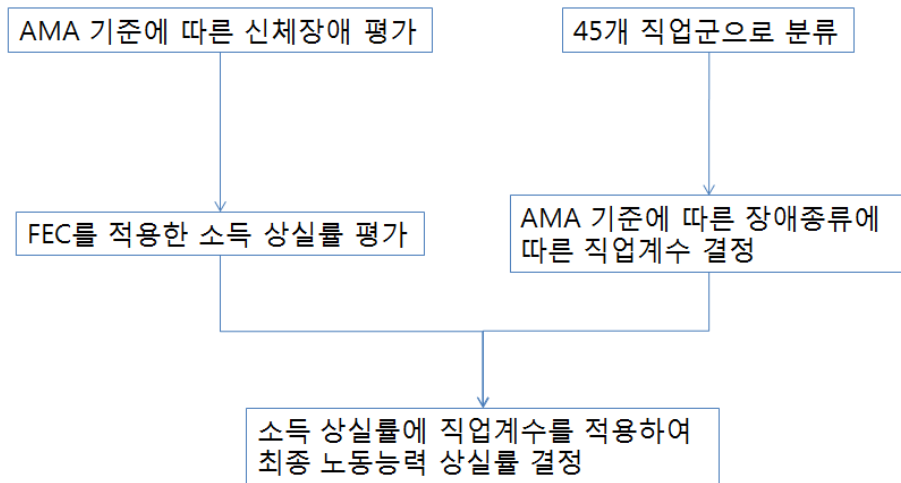
미국은 대부분의 주에서 평가설을 취하는데, 단순히 신체장애율과 노동능력상실률을 동일시하는 것이 아니라, 신체장애율을 노동능력상실률로 보정함에 있어 광범위하게 수집된 소득통계를 반영한다는 점에 그 특색이 있다. 즉 통계에 비추어 장애가 없었다면 얻을 수 있었던 평균수익과 동일한 장애를 가진 자의 평균수익을 비교하여 그 차액을 상실액으로 평가한다.³⁵⁾

예컨대 캘리포니아 주의 경우에는 신체장애율을 산출한 후 거기에 해당 신체 부위의 장애를 수상한 사람들에 관한 실제 소득 손실액 자료를 기초로 한 미래 소득능력 보정(Future Earnings Capacity adjustment; FEC)과 직업 및 연령 보정(Occupational and Age adjustment)을 하여 노동능력상실률을 산출하게 된다.³⁶⁾

34) 외국사법제도연구반, 앞의 책, 434쪽.

35) 외국사법제도연구반, 앞의 책, 41쪽 이하.

36) 대한의학회, “손해배상 사건의 노동능력 상실률 산정을 위한 의학적 기준



<그림1> 캘리포니아 주의 노동능력 상실률 결정 방법

미국은 이와 같이 광범위한 통계자료를 바탕으로 상정가능한 모든 손해를 노동능력의 상실에 반영하므로, 단순히 최소한의 손해 보전에 그치는 것이 아니라 ‘장래의 기대수입액을 확률적으로 구성’하는 것이 가능하게 된다. 이와 같은 전제 하에서는 무직자, 학생, 전업주부 등에 있어서도 평균적인 보통 사람이 얻을 수 있는 소득을 기초로 하므로, 최저한의 기본임금인 일용노임만을 배상액의 기준으로 하는 우리나라와 대비되는 면이 있다. 미국과 우리나라의 이러한 차이는, 미국에서는 일찍부터 통계자료의 조사가 발달되고 이를 재판에 이용하여 온 데 기인하는바, 오늘날 우리나라에서도 과거와 달리 여러 가지 ‘통계자료’가 조사, 공표되고 있다는 점에 비추어 이와 같은 방식을 고려할 수 있는지 검토가 필요할 것이다.

5. 판례 및 실무의 태도

우리 판례는 종래 차액설에 입각하여 노동능력상실이 없더라도 수입의

재정립 연구”, 법원행정처 (2009), 39-43쪽.

감소가 있으면 손해가 발생한 것으로 보고, 노동능력상실이 있더라도 수입의 감소가 없으면 손해가 없는 것으로 보았다.³⁷⁾ 그러나 실무에서는 사고 전후에 있어서 현실적인 소득의 차액이 변론과정에서 밝혀지지 않는 경우가 많았고, 또한 직업이 있는 자가 사고 후 그 후유증으로 종전직업에 종사할 수 없다고 판단될 경우 피해자의 향후소득을 대부분 일용노임액 또는 그 일부액을 기준으로 함으로써 종전 소득에서 일용노임을 공제하는 방식이 되었는데, 결국 고소득 피해자는 노동능력의 상실 정도에 따라 상대적으로 많은 배상을 받게 되고, 저소득 피해자는 노동능력이 완전히 상실되지 않는 한 배상액이 지나치게 작아지게 되는 비합리가 발생하였다.³⁸⁾ 또한 현실수입이 없는 무직자, 학생, 전업주부 등의 경우에도 단순히 그와 같은 사정만으로는 일실수입을 인정할 수 없다는 결론은 직관적으로도 부당하므로, 이러한 문제점을 해결하기 위하여 불법행위로 인한 상실수입액의 산정에 있어서 특별한 사정이 없는 한 건강한 사람이라면 누구나 최소한 일용노동에 종사하여 그 임금 상당의 수입을 얻는다는 개연성이 있다고 할 것³⁹⁾이라고 하여 차액설을 다소 수정할 수밖에 없었다.

이에 대법원은 “생명이나 신체에 대한 불법행위로 인하여 가동능력의 전부 또는 일부를 상실함으로써 일실하는 이익의 액은 그 피해자가 그로 인하여 상실하게 된 가동능력에 대한 총평가액”이라는 판시를 하였다가,⁴⁰⁾

37) 대법원 1980. 9. 30. 선고 79다1796 판결, 위 85다카449 판결(방송국 직원 사건), 대법원 1988. 3. 22. 선고 87다카1958 판결.

38) 피해자가 사망하였거나 노동능력을 100% 상실하여 어떤 노동에도 종사할 수 없다면 차액설과 평가설 사이에 사실상 차이는 발생하지 않으나, 노동능력을 일부 상실하여 노동에 종사할 수 있는 가동능력이 남아 있는 경우에는 꽤 큰 차이가 발생하게 되었다. 예컨대 도시일용노임이 월 100만 원이어서 노동능력상실률이 20%인 경우 일용노동에만 종사하여 80만 원의 수입을 얻을 수 있다고 가정하면, 월급 300만 원이던 사람은 월 220만 원(=300만 원-80만 원)의 일실수입이 발생한 것이 되고 월급 150만 원이던 사람은 월 70만 원(=150만 원-80만 원)의 일실수입이 발생한 것이 되는데, 동일한 노동능력상실이 있었고 종전 소득은 2배 차이임에도 일실수입은 3배 넘는 차이가 발생하여 고소득자에게 유리한 방향으로 비례성이 깨지게 된다.

39) 대법원 1980. 9. 24. 선고 80다1767 판결

한발 더 나아가 “불법행위 전후의 수입을 비교하여 사고 후 수입이 감소된 부분을 수익상실로 산정함은 부당하다”는 입장을 취하면서,⁴¹⁾ 이후 “노동능력의 일부상실로 종전 직업에 종사할 수 없게 된 경우, 이 사실만으로 바로 피해자가 장래 일용노동에 종사하게 될 것이라고 추정”할 수 없고, 그렇게 볼 만한 특별한 사정이 있어야만 한다고 하여 차액설에 의한 일실수입을 산정하는 경우에도 평가설의 경우와 차이를 좁히는 취지의 판시를 연이어 하기 시작하였다.⁴²⁾⁴³⁾

마침내 대법원은 “종전 직업의 소득으로부터 잔존한 신체기능을 가지고 장차 다른 직업에 종사하여 얻을 수 있을 것이 예상되는 향후소득을 공제하는 방법으로 산정할 수 있음은 물론 종전 직업의 소득에 피해자의 노동능력상실률을 곱하는 방법으로 일실수입을 산정할 수도 있”고, “당해 사건에서 어느 방법을 채택할 것인가는 구체적으로 현출된 증거와 사실을 기초로 하여 어느 방법이 보다 합리적이고 객관성 있는 장래가득수익을 반영하는 것인가에 따라 결정되어야 한다”고 판시함으로써 합리성과 객관

40) 대법원 1979. 2. 13. 선고 78다1491 전원합의체 판결. 이보환, “인신손해액의 산정”, 사법논집 제12집 (1981), 211쪽은 이 판결로서 대법원이 평가설을 채택하였음을 선언한 것이라고 하였으나, 그 이후 나온 아래의 판결들에 의하면 그렇게 단정하기는 곤란하다.

41) 대법원 1984. 10. 23. 선고 84다카325 판결. 이 판결 역시 평가설 채택을 선언한 것은 아니다. 이 사건은 산부인과 의사의 사례인바, 원심은 단순히 사고 전후의 수입에서 경비를 공제한 금액을 소득액으로 보아 이를 비교하여 차액을 계산하였는데, 사고 전에 비하여 사고 후 경비가 차지하는 비율이 현저하게 줄어들어(즉 수입 대비 소득률이 현저히 증가) 사고 전후의 조건이 동일하지 않은 사정이 엿보임에도 불구하고 단순히 차액을 계산함으로써 피해자에게 지나치게 불리하게 되었고, 결국 대법원은 원심이 계산한 차액이 적정한 것으로 볼 수 없다는 점을 지적하여 파기환송한 것이다.

42) 대법원 1985. 11. 26. 선고 85다카595 판결, 대법원 1987. 5. 12. 선고 85다카1195 판결, 1989. 3. 14. 선고 86다카2731 판결.

43) 특히 위 85다카449 판결(방송국 직원 사건)은 사고 후의 수입에 대하여 일률적으로 일용노임을 적용해 오던 실무에 제한을 가함으로써, 결국 이러한 과도한 배상에 대해 일정 정도 제동을 건 판결로 평가된다. 박우동, “인신사고의 손해배상”, 민법학의 회고와 전망 : 민법전시행30주년기념논문집, 한국민사법학회 (1993), 633-634쪽.

성만 담보된다면 차액설적 산정방법이든 평가설적 산정방법이든 무방하다는 입장을 취하게 되었다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾

위 판결 이후 하급심 실무는 사고 후 감소되는 소득의 예측이 쉽지 않은 점을 고려하여, 심리의 편의상 주로 피해자의 소득에 노동능력상실률을 곱하는 평가설적 산정방법에 의하여 일실수입을 산정하는 방식이 대세를 이루게 되었지만, 그 상실된 소득능력의 평가에 대하여는 ‘장래의 기대수입’이 아니라 과거의 차액설 시절의 대법원 판례⁴⁶⁾를 그대로 승계하여 여전히 ‘불법행위 이전에 피해자가 얻고 있던 현실수입’을 기준으로 하고 있는 것이 현실이다. 대법원도 피해자의 수입에 노동능력상실률을 곱하는 방식의 평가설적 산정방법을 취한 사건에서, 여전히 피해자의 일실수입손해액은 객관적이고 합리적인 자료에 의하여 피해자가 ‘사고 당시에 실제로 얻고 있었던 수입금액’을 확정하여 이를 기초로 산정하여야 한다는 입장을 견지하고 있다.⁴⁷⁾

44) 대법원 1986. 3. 25. 선고 85다카538 판결, 대법원 1987. 1. 20. 선고 86다카1106 판결, 대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카331 판결 등.

45) 윤석찬, “신체침해에 따른 비재산적 손해배상에 관한 법리”, 법조 통권634호 (2009. 7.), 125쪽에서는 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카21022 판결의 “후유장애에도 불구하고 원심 변론종결시까지 종전과 같은 직장에서 종전과 다름없는 보수를 지급받고 있다는 이유만으로 위와 같은 신체훼손으로 인한 재산상의 손해가 없다고 단정하는 것은 잘못이다”라는 판시를 들어 대법원이 평가설을 정면으로 지지하고 있다고 보고 있으나, 위 사건은 피해자가 종전과 동일한 수입을 얻기 위하여 피해자 자신이 특별한 노력을 하고 있었던 사례로서 해당 사건에서는 차액설에 의한 계산방식이 합리적, 객관적이지 않다는 취지의 판시로 보아야 하고, 이를 들어 대법원이 어느 한 쪽을 정면으로 지지하고 있다고 단정하기는 어렵다고 볼 것이다. 오히려 그 이후 선고된 대법원 1993. 11. 23. 선고 93다11180 판결, 1997. 7. 22. 선고 95다6991 판결 등을 보면, 차액설의 적용이 더 합리적, 객관적으로 보이는 사안에서는 차액설에 의한 계산을 할 수도 있다는 입장을 대법원이 여전히 유지하고 있음을 보여 주고 있다.

46) 급여생활자의 일실수입을 산정함에는 사고당시의 급여를 기준으로 하는 것이 원칙이라는 대법원 1971. 7. 27. 선고 71다1349 판결, 대법원 1977. 7. 26. 선고 77다481 판결 등.

47) 대법원 2001. 7. 27. 선고 2001다29001 판결, 대법원 2006. 3. 9. 선고 2005다16904 판결, 대법원 2016. 6. 28. 선고 2015다23024 판결 등 다수.

산정방법에 대하여는 평가설적 입장을 용인하기는 하였으나, 손해액의 본질적 측면에 대하여는 여전히 차액설의 입장을 유지하고 있는 셈이다.

6. 비판과 검토

인신사고에서의 손해는 불법행위가 없었다면 기대되는 상태와 비교할 때, 불법행위로 인하여 피해자의 법익에 생긴 불이익이라고 생각되는 변화의 폭이라고 말할 수 있을 것이다. 여기서 어떠한 것을 법익, 즉 법적으로 보호할 만한 가치가 있는 이익으로 볼 것인가에 대하여는 법적인 가치평가가 필요하게 된다. 그리고 어떠한 변화를 불이익으로 볼 것인가 하는 것 또한 법적인 가치평가를 거칠 수밖에 없다.

위 불이익, 즉 법익 상태의 변화로서의 손해는 불법행위 발생 후의 실제 법익상태와 불법행위가 없었으면 존재하였을 법익상태를 비교하는 방법으로 확인된다. 여기서 불법행위가 없었으면 존재하였을 법익상태란 반드시 불법행위가 있기 전의 법익상태만을 의미하는 것은 아니고, 불법행위가 없었다면 기대되는 상태까지를 포함하여야 한다. 그리고 그 중 어느 범위까지를 불법행위를 한 가해자의 책임으로 귀속시킬 것인가 하는 것이 손해배상의 범위의 문제가 될 것이다.

일실수입의 산정과정에서 중요한 것은, 피해자가 노동능력을 상실함으로써 인하여 줄어든 재산적 가치를 정당하게 반영하도록 당해 사건에 현출된 구체적 사정을 기초로 객관적이고 합리적인 자료에 의하여 피해자의 기대수입 금액을 확정하는 것이므로, 그것이 사고 전 실제 소득과 사고 후 소득과의 차액이든, 사고 전의 현실수입에 노동능력상실률을 곱한 금액이든, 아니면 기능이나 자격 또는 학력에 따라 개연성을 인정할 수 있는 추정 기대수입에 노동능력상실률을 곱한 금액이든 간에, 가장 합리적이고 객관적인 방법이 있다면 이에 따라야 하는 것이 옳다. 이 점에서 대법원이 손해의 본질과 산정방법에 있어 차액설과 평가설의 견해를 반드시 논리정합성만을 따져 적용하지 않고 다른 방법의 적용 여지를 남겨둔 것은 일면

이해될 수도 있는 부분이다.

그러나 인신사고로 인한 일실수입의 산정은 아무리 객관적인 증거를 조사하고 다수의 증언을 청취하여 산정하더라도 어느 정도 추측에 의한 가공의 사실이 전제될 수밖에 없다. 사고가 없었을 경우에 피해자의 인생이 장래 어떠한 것이며 얼마만큼의 수입을 얻을 수 있었을 것인가는 누구도 미리 정확히 예측할 수 없는 성질의 일이므로, 장래의 소득 예측이란 어차피 불확실한 것이고 의제적인 성격이 크고, 누구에게나 언제든지 적용되는 일관된 방법이란 상정하기 쉬운 것이 아니다.

현대의 경제구조에 있어서 노동능력 그 자체의 교환가치는 사람의 인격과 분리하여 존재할 수 없다 하더라도, 고용계약, 근로계약, 위임계약, 노무도급계약 등의 모습으로 사실상 상품화되고 있으며 그 대가인 노동소득을 얻어내는 기초적인 노동능력을 손해액의 산정과정에서 자본과 비슷하게 평가하는 것은 충분히 가능한 일이다. 또한 정보가 제한되고 오로지 피해자의 주변 사정이나 극히 제한된 통계자료 정도로부터만 손해액 산정의 기초자료를 찾을 수 있어 주로 피해자의 사고 전 현실수입이 판단의 주된 근거가 될 수밖에 없었던 종전과 달리, 현대의 인터넷 시대에는 국가뿐만 아니라 각종 공공, 민간 단체에 의하여 피해자에게 장래 일어날 일들을 규범적으로 판단할 수 있는 각종 정보자료가 정밀한 형태로 가공, 생산되고 있으므로, 피해자의 기대수입을 규범적으로 예측하는 것이 좀더 용이해지기도 하였다.

따라서 현대의 정보화사회에 이르러 수입의 상실액을 파악함에 있어서는 지금까지와 같이 불법행위 이전에 현실적으로 얻고 있던 수입이 얼마인지에 중점을 둘 것이 아니라, 장래 기대되는 수입의 상실, 즉 잠재적 노동능력의 상실에 좀더 중점을 두어 손해의 개념을 파악하는 것이, 손해의 공평, 타당한 분담을 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상이나 목적, 기능에 좀더 부합하고, 객관적이고 합리적인 결과를 도출할 수 있는 방식이라고 생각된다. 즉 불법행위 전후의 실제로 감소한 소득(lost earnings)을 손해로 보는 전통적인 관념은 수정되어야 할 것이고, 소득을 얻을 수 있었

던 능력의 상실(lost earning capacity), 특히 노동소득능력상실을 손해로 봄이 상당하다.

이러한 점에 비추어 볼 때, 단순히 불법행위 이전에 현실적으로 얻고 있던 수입에 노동능력상실률을 곱하는 것을 원칙으로 하고, 불법행위 이전의 현실수입이 없거나 증거가 곤란한 때에 한하여 통계적 수입에 노동능력상실률을 곱하는 현재의 절충적인 평가설적 산정방법은 바람직한 형태라고 보기는 어렵다. 예컨대 피해자가 임대소득자 등 오로지 자본으로 인한 이익만을 얻고 있는 경우에는 노동능력상실이 있더라도 일실수입의 감소가 있다고 보기는 어렵고, 이러한 경우 차액설적 산정방법에 의한 손해배상액 산정이 이루어지기도 한다. 또한 급여생활자의 일실수입은 그것이 일용노임에 미달하지 않는 한 ‘사고 당시 얻고 있었던 현실수입’이 배상액 산정의 기준값이 되고 있는데, 평가설적 산정방법을 취하고 있으면서도 손해액의 기초가 되는 제반 요소의 기준에 대하여는 종전에 논의되던 범위를 벗어나지 못하고 있는 것이다.

산정과정에서 발생한 이러한 문제는, 손해의 본질을 여전히 전통적인 개념인 불법행위 전후에 걸쳐 감소한 현실 수입의 차이로 보면서도, 그 손해액의 산정방법에서만 평가설의 방식을 차용하였기 때문에 발생한 것이다. 손해 자체를 ‘노동소득능력상실’로 보게 되면 임대소득은 신체의 완전성 여부와 별 관계가 없으므로, 신체적 노동능력의 상실에 불구하고 임대소득능력은 상실되지 않으므로 특별한 사정이 없는 한 임대소득은 배상에 고려할 것이 아니라는 결론에 쉽게 도달할 수 있다. 또한 한 직장에서 평생을 근무하지 않는 것이 일반화된 오늘날의 경제상황에서 장래 어떻게 변할지 모르는 급여생활자의 일실수입에 대하여도 ‘불법행위 이전의 현실수입’을 배상액 산정의 기준값으로 적용함은 더 이상 타당하지 않다. 오늘날 ‘불법행위 이전에 현실적으로 얻고 있던 수입’을 그대로 장래의 기대수입으로 치환한 후 노동능력상실률을 곱하고 있는 평가설적 산정방법은 반쪽짜리일 뿐이다.

평가설적 산정방법을 긍정하면서도 여전히 불법행위 이전의 현실수입

액에 노동능력상실률을 곱하는 방식이 대세를 이루게 된 것은, 당초의 손해액 산정에 관한 각각의 요소에 관한 법리가 차액설적 입장에서 출발하였다가 한참 후에서야 산정방법 부분에 관하여 노동능력상실률을 곱하는 방법이 도입되었기 때문에, 그러한 법리들이 형성되던 시기의 사회, 경제적 사정에 비추어 볼 때 장래의 불확실한 여러 가지 요소를 실제 손해액 산정에 반영하기 어렵다는 점에서 출발한 소송기술 내지 증명의 문제였다고 보인다. 이미 평가설적 산정방법을 도입하기 전에도 대법원은 현실의 수입이 일용노임에 미달할 경우 일용노임을 산정기준으로 적용함이 상당하다는 점을 밝힌 바도 있었으므로,⁴⁸⁾ 이직 등 장래의 기대수입에 대한 다양한 가능성을 전면적으로 배제하고 있는 것은 아니었다.

그러나 대법원은 평가설적 산정방법을 받아들인 이후에도, 일용노임 이외의 통계에 대하여는 “사고 당시에 실제로 얻고 있던 수입보다 높은 통계소득만큼의 수입을 장차 얻을 수 있으리라는 특별한 사정”을 요구하면서 사고 당시의 실제수입이 기준이 될 수 있을 뿐 통계소득은 기대수입의 기준이 아니라 개별 사안에서 추가로 그 적용의 타당성을 피해자가 증명하여야 할 대상이라는 점을 입장을 분명히 하였고,⁴⁹⁾ 법원 실무가 위와 같이 축적된 대법원의 판례에 따라 단순화, 간이화되어 감에 따라 법원뿐만 아니라 쌍방 소송대리인들도 점점 그 증명에 대한 노력을 포기하게 되었고, 이는 20년 이상에 걸친 관행으로 굳어져 갔다.

위와 같은 입장은 한 번 입사하면 정년까지 근무하던 고도성장 시기에 형성된 것으로서 그와 같은 경제적, 사회적 배경을 전제로 놓고 보면 일면 수긍되는 점이 있기는 하다. 그러나 현대에 이르러 급여소득자들의 이직은 매우 잦아져 첫 직장 평균 근속기간이 2년을 넘지 못하고, 정년퇴직자가 1/10도 되지 못하고 있다. 따라서 불법행위 전에 얻고 있었던 수입은 장래의 기대수입을 산정하기 위한 참고자료로서는 충분히 그 기능을 다할 수

48) 대법원 1980. 2. 26. 선고 79다1899 전원합의체 판결.

49) 대법원 1994. 9. 27. 선고 94다26134 판결(택시운전기사인 피해자의 기대수입에 대하여 자동차운전수의 통계소득을 적용한 원심을 파기한 사건) 이후 대법원의 확립된 견해이다.

있는 것이지만, 그 자체가 일실수입 손해액의 기준점이 되는 것은 곤란하다.

게다가 그동안의 논의를 보면 피해자가 증명해 낼 수 없는 기준을 손해액의 산정기초로 제시한 예가 다수 발견된다. 물론 불법행위로 손해를 입은 경우 손해가 모두 증거로 증명되는 것은 오히려 드문 일이다. 그러나 돈이나 물건에 손해가 발생한 경우와 달리, 생명과 신체의 손해는 궁극적으로는 인간의 존엄성에 대한 침해로 돈으로 환산하는 것이고, 그 존엄성이 얼마나 되는 것인지는 아무도 단정할 수 없다. 이러한 경우에까지도 물적 손해에서의 그것과 마찬가지로 엄격한 기준을 설정하고, 그 엄격한 기준에 미달하는 증명만이 이루어졌다는 이유로, 증거로 드러난 것 이상은 부당한 과잉배상액을 한 푼이라도 더 줘서는 안 된다는 측면에서 손해배상액의 산정 문제가 접근되어서는 안 된다고 생각한다. 손해액을 어떻게 산정할지의 문제는 그 손해를 피해자와 가해자에게 어떻게 공평하고 타당하게 분담시킬 것인가라는 손해배상의 원칙에 입각하여 일응의 기준을 먼저 세우고, 그와 같이 정립된 기준을 바탕으로 하여 쌍방에게 증명책임을 분담시켜야 하는 것에서부터 출발하여야 하는 것이지, 기준을 통과할 수 있는 허들을 지나치게 높인 후 매우 증명하기 어려운 사항에 대한 증명책임까지 피해자에게 부담시키는 것은 사실상 그 기준에 따른 최소액의 배상만을 강제하는 것으로서 쉽게 수긍하기 어려운 것이다.

다음에서는 이러한 문제와 밀접한 관련이 있는, 재량에 의한 손해배상액 인정에 관한 민사소송법 제202조의2의 신설 취지에 대하여 검토하고, 실제 일실수입의 산정기준을 어떻게 세울 것인가에 대하여 논해 보기로 한다.

제 2 절 재량에 의한 손해액 인정조항 신설에 관한 검토

1. 배경

현대에 이르러 일방 대 다수, 다수 대 다수 사이의 위법행위 태양이 증가하고, 지적재산권법, 환경법, 노동법 등에서 법률상 보호범위가 확대됨에 따라, 위법행위 주장의 근거가 보다 폭넓고 다양해지면서, 무언가 위법한 행위가 있어 손해는 발생하였다고 판단되나, 사안 성질상 구체적인 손해액을 산정하기 어려운 상황이 종종 등장하게 되었다. 이는 구체적인 손해 항목을 특정하거나 증명하기 곤란한 경우일 수도 있고, 손해 자체의 성질상 금전적 수치로의 계량화가 곤란한 경우도 있었다.⁵⁰⁾ 이러한 경우 위법행위가 인정되더라도 손해액 산정 및 증명이 난해하므로, 그 충분한 배상에 대한 한계를 노정하게 되었다.

즉 채무불이행이나 불법행위가 없었더라면 존재하였을 피해자의 재산 상태에 관해 가정적 판단을 하여야 하는데, 가정적 사실 또는 장래의 사실 존부가 다투어질 수 있고, 피해물품의 객관적인 가치에 관한 증거가 존재하지 않거나 그 객관성과 신빙성을 기대하기 어려울 수 있으며, 주장된 손해액에 비해 증명을 위한 감정비용이 과도하게 요구될 수도 있다는 소송

50) 2016. 3. 29. 법률 제14103호 민사소송법일부개정법률은 그 개정이유에서 제 202조의2의 신설취지를 다음과 같이 설명한다.

고전적 불법행위와 달리 다수가 관련되고 위법행위 주장의 근거가 다양해진 현대형 불법행위의 경우, 구체적 손해액의 입증이 어려운 경우가 많이 있을 뿐만 아니라 변호사를 선임하기 어려운 사회적 약자들의 경우 더더욱 손해액 입증이 어려운 경우가 많음. 그런데 손해발생 사실은 인정되나, 손해액에 대한 증명을 제대로 하지 못한다는 이유로 피해자인 원고에게 패소 판결을 선고함은 사회정의와 형평의 관념에 반한다고 할 것임. 이에 손해발생 사실은 인정되나 구체적 손해액 산정이 어려운 사건에서 손해의 공평, 타당한 분담원리를 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상과 기능을 실현하고자 손해액 증명을 완화할 필요가 있음.

상의 현실적 문제가 발생하는 경우도 있었다.

이에 따라 오래 전부터 채무불이행책임 부분에서는, 일반인들이 흔히 접할 수 있는 부동산매매 또는 임대차에서의 표준계약서에까지 포함될 정도로 손해배상액의 예정 제도가 널리 활용되었으나, 불법행위책임 부분에서는 그 특성상 손해배상액의 예정이라는 것을 상정하기 어려우므로, 여전히 손해의 발생 사실은 증명되나 구체적인 손해액의 증명이 사안의 성질상 곤란한 경우가 다수 발생하게 된다.

2. 외국의 사례

독일은 법 자체에서 손해의 존부 및 손해액 또는 배상하여야 할 이익의 금액에 관하여 당사자 간에 다툼이 있는 경우에는 법원은 이에 관하여 모든 사정을 고려하여 자유로운 심증으로 재판할 수 있다는 규정을 진작부터 두어 왔다.⁵¹⁾ 법관이 손해의 액수뿐만 아니라 손해의 성립 여부에 대해서도 제반사정을 참작하여 자유심증에 따라 정할 수 있도록 규정한 것에 특색이 있다.

오스트리아는 손해 등의 액수에 관한 증명을 면제하고, 법원에 그 액수

51) §287 ZPO, Schadensermittlung; Höhe der Forderung

(1) Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen. Das Gericht kann den Beweisführer über den Schaden oder das Interesse vernehmen. (후략)

독일 민사소송법 제287조(손해조사, 채권액의 산정) ① 손해가 발생했는지 여부 및 손해액 또는 배상해야 할 액수에 관하여 당사자는 배상할 이익의 범위에 대하여 당사자간에 다툼이 있는 경우, 법원은 이에 관하여 제반사정을 참작하여 자유로운 심증으로 판단한다. 신청된 증거조사 또는 직권으로 감정인의 감정을 명할 것인가 여부 및 범위에 관하여는 법원이 재량으로 정한다. 법원은 손해와 이익에 관하여 입증자를 심문할 수 있다.

확정에 대한 기속재량을 부여한다.⁵²⁾

스위스는 증명법칙의 예외로서 피해자로 하여금 손해 증명을 경감시켜 주고, 법관에게 이에 관한 재량을 부여하되,⁵³⁾ 다만 법관에게 이러한 사실 관계 인정에 관해 사물의 통상적인 경과를 고려하도록 하는 규정을 두고 있다.⁵⁴⁾

52) §273 ZPO

(1) Wenn feststeht, dass einer Partei der Ersatz eines Schadens oder des Interesses gebührt oder dass sie sonst eine Forderung zu stellen hat, der Beweis über den streitigen Betrag des zu ersetzenden Schadens oder Interesses oder der Forderung aber gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist, so kann das Gericht auf Antrag oder von amtswegen selbst mit Übergehung eines von der Partei angebotenen Beweises diesen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen. Der Festsetzung des Betrages kann auch die eidliche Vernehmung einer der Parteien über die für die Bestimmung des Betrages maßgebenden Umstände vorausgehen.

오스트리아 민사소송법 제273조 ① 당사자에게 손해 또는 이익의 배상이 인정되거나 그 밖의 채권의 존재를 인정하여야 하는데, 배상되어야 할 손해 또는 이익이나 채권에 관한 다툼 있는 액수에 관해 증명이 전혀 불가능하거나 가능하더라도 그것이 과도하게 어렵다는 점이 확인되면, 법원은 신청에 따라 또는 직권으로 당사자로부터 제출된 증거를 간과하고 자유로운 심증으로 위 금액을 결정할 수 있다. 금액을 확정하는 데 있어, 금액을 정하기 위해 기준이 되는 사정들에 관해 당사자 중 일방의 선서한 신문을 선행할 수 있다.

53) Code des obligations Art. 42

1 La preuve du dommage incombe au demandeur.

2 Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée.

스위스 채무법 제42조

① 손해배상을 청구하는 자는 손해를 증명하여야 한다.

② 금액상으로 증명이 불가능한 손해는 통상의 경과 및 피해자에게 강구되어야 할 조치를 고려하여 법관의 재량에 따라 이를 평가하여 인정할 수 있다.

54) Code des obligations Art. 43

Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute.

스위스 채무법 제43조

법관은 발생한 손해의 배상방법 및 손해배상액을 특정함에 있어서 여러 사

프랑스는 판례에 의하여 사실심 판사에게 손해액의 평가와 배상방법에 대한 전권을 부여하고, 손해배상방법과 범위는 파기원의 심리대상이 되지 않는다는 입장을 취하고 있으며, 판사가 전권을 극단적으로 행사하여 배상액을 손해항목별로 결정하지 않고 통합하여 결정하는 방법까지 허용하고, 어떤 계산 방법에도 구속되지 않으며, 손해 항목의 평가를 위해 고려한 개별 요소들을 판시할 의무조차 없다.⁵⁵⁾ 이는 손해액 산정 또는 증명이 어려운 경우만이 아니라 일반적인 재량권으로 이해된다.⁵⁶⁾

일본은 중전의 판례와 실무를 반영하여 1996. 6. 26. 개정된 일본 민사소송법에서 자유심증주의를 규정한 제247조 다음인 제248조에 손해배상액의 재량인정에 관한 규정을 마련하였고,⁵⁷⁾ 이에 따라 꽤 많은 하급심 판결이 선고되기도 하였다.⁵⁸⁾

정 및 과실의 정도를 참작하여야 한다.

55) 외국사법제도연구반, 앞의 책, 325-326쪽.

56) 파기원은 Civ. 2e, 15 fevr. 1962, Bull. civ., II, p. 130 등 다수의 판결에서, 법관은 손해의 액수를 결정할 때에 사용된 요소들을 명시할 의무를 지지 않고, 법관이 행하는 평가만으로 손해의 존재가 정당화된다고 한다.

57) 民事訴訟法 第二百四十八條 (損害額の認定) 損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる。

민사소송법 제248조 (손해액의 인정) 손해가 발생된 것이 인정되는 경우에, 손해의 성질상 그 액수를 입증하는 것이 매우 곤란한 때에는, 재판소는 구두변론의 전취지와 증거조사결과에 기하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

58) 東京地判 平成 11. 8. 31. 判例時報 1687-1639(화재 등으로 인해 동산이 멸실된 경우의 손해액), 東京地判 平成 14. 4. 22. 判例時報 1801-1897(토지 건물의 경매사건으로 건물 내에 남아 있던 동산이 위법하게 폐기되어 발생한 손해액), 東京地判 平成 15. 7. 1. 判例タイムズ 1157-1195(탱크로리의 탱크 폭발사고의 폭발에 의한 음식점 내의 식기비품, 식료재고의 멸실액), 東京地判 平成 13. 2. 28. 判例タイムズ 1068-1181(식재에 의한 식중독이 발생하여 영업정지를 명령받는 등 레스토랑에 발생한 신용손해액), 名古屋地判 平成 13. 9. 7. 判例時報 1788-1727, 東京地判 平成 18. 4. 28. 判例時報 1944-1986(각 공사의 입찰에 있어 담합에 의한 손해액).

3. 규정 신설 이전의 판례 변천

과거부터 대법원도 위와 같은 일반규정이 존재하지 않음에도 불구하고, 재산적 손해의 발생사실은 인정되나 구체적인 손해액을 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우의 손해액 인정 문제에 관하여 이를 해결하기 위한 여러 판례 법리를 발전시켜 왔다.

1단계는 하급심에 대하여 석명권의 활발한 행사를 촉구한 것이다. 손해배상책임의 발생을 인정한 법원으로서의 손해액에 관한 당사자의 주장과 증명이 미흡하더라도 적극적으로 석명권을 행사하여 증명을 촉구하여야 하며 경우에 따라서는 직권으로 손해액을 판단해야 한다는 것이다.⁵⁹⁾

2단계는 위자료의 보완적 기능에 주목한 시기이다. 다만 증명 회피책으로 전용되지 못하도록 한계를 설정함으로써 그것이 재산상 손해와 구분된다는 점을 명시하였다.⁶⁰⁾

3단계는 드디어 이와 같은 상황에서의 손해액 산정에 관해 보다 직접적이고 구체적인 판시를 하기 시작한 시기이다. 프로축구 선수의 약정위반에 따른 이적료 반환청구 사건에서는, 채무불이행으로 인한 손해배상청구소

59) 대법원 1967. 9. 5. 선고 67다1295 판결 등 다수.

60) 대법원 1984. 11. 13. 선고 84다카722 판결은, 법원은 위자료액을 산정함에 있어서 피해자 측과 가해자 측의 제반사정을 참작하여 그 금액을 정하여야 하므로 피해자가 가해자로부터 당해 사고로 입은 재산상 손해에 대하여 배상을 받을 수 있는지의 여부 및 그 배상액의 다과 등과 같은 사유도 위자료액 산정의 참작 사유가 되는 것은 물론이며 특히 재산상 손해의 발생이 인정되는데도 입증곤란 등의 이유로 그 손해액의 확정이 불가능하여 그 배상을 받을 수 없는 경우에 이러한 사정을 위자료의 증액사유로 참작할 수 있다고 할 것이라고 판시하기는 하였으나, 한편 이러한 위자료의 보완적 기능은 재산상 손해의 발생이 인정되는데도 손해액의 확정이 불가능하여 그 손해 전보를 받을 수 없게 됨으로써 피해회복이 충분히 이루어지지 않는 경우에 이를 참작하여 위자료액을 증액함으로써 손해전보의 불균형을 어느 정도 보완하고자 하는 것이므로 합부로 그 보완적 기능을 확장하여 그 재산상 손해액의 확정이 가능함에도 불구하고 편의한 방법으로 위자료의 명목 아래 사실상 손해의 전보를 피하는 것과 같은 일은 허용되어서는 안 될 일이라고 하였다.

송에 있어 재산적 손해의 발생사실이 인정되고 그의 최대한도인 수익은 드러났으나 거기에는 당해 채무불이행으로 인한 손해액 아닌 부분이 구분되지 않은 채 포함되었음이 밝혀지는 등으로 구체적인 손해의 액수를 입증하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 채무불이행과 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 제반 정황 등의 관련된 모든 간접사실들을 종합하여 상당인과관계 있는 손해의 범위인 수익을 판단할 수 있다고 하였고,⁶¹⁾ 아파트 재건축조합의 위법한 동호수 배정으로 인한 손해배상사건에서는, 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 재산적 손해의 발생사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 불법행위와 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 여러 정황 등 관련된 모든 간접사실을 종합하여 손해의 액수를 판단할 수 있다고 하였다.⁶²⁾

61) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002다6951, 6968 판결. 축구선수 A가 L구단에 입단할 당시 외국구단으로 이적할 경우 귀국할 때에는 L구단으로 조건 없이 복귀하기로 하고 이적료를 5:5로 배분하기로 약정하고, 6시즌 후 프랑스 구단으로 이적하면서 이적료 100만 달러를 반분하였는데, 2시즌 후 국내로 복귀하면서 S구단으로 입단한 사안에서, 해외이적료 금액뿐만 아니라 영입발로 인하여 L구단이 필요로 하는 팀의 구성과 운영에서 지장을 받았고, L구단의 홍보와 광고 등에서도 부정적 영향을 받는 손해를 입었다고 판단하여 3억 원의 손해배상을 인정한 원심 판단을 그대로 인정하였다.

다만 이 사건의 원심은 위자료의 보완적 기능을 들면서 3억 원을 인정하였는데, L구단은 위자료를 청구하지 않았으므로 손해3분설을 유지하고 있는 한 처분권주의, 변론주의 위반이 된다. 대법원은 이에 대하여 위자료를 언급한 원심의 판시는 단지 적절하지 않을 뿐 그 내용은 손해액의 증명이 곤란한 경우의 재산적 손해액 인정을 위한 법리를 실시한 것으로 보아 판결 결과에 영향이 없다고 보았으나, 위자료의 증액에 참작할 사유와 증명이 곤란한 재산적 손해액의 확정에 관한 참작요소가 완전히 동일한 것은 아니므로, 위와 같은 판시에는 의문이 있다.

62) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다65710 판결. 원심은 추첨이 정상적으로 이루어졌어도 원고들이 남향 등 좋은 호수를 분양받았을 가능성이 상당하다고 볼 수 없다고 하였으나, 대법원은 그러한 경우 추첨이 정상적으로 이루어졌

그러나 대법원은 이에 불구하고 위와 같은 법리가 법관에게 손해액의 산정에 관한 자유재량을 부여한 것은 아니라는 점은 수차에 걸쳐 명시하여 왔다. 예컨대 구 군법무관임용법 제5조 제3항과 군법무관임용 등에 관한 법률 제6조가 군법무관의 보수의 구체적 내용을 시행령에 위임했음에도 불구하고 행정부가 정당한 이유 없이 시행령을 제정하지 않은 것이 불법행위에 해당함을 이유로 국가를 상대로 하여 손해배상청구소송을 제기한 사안에 대한 판결⁶³⁾과, 위 2013다65710 판결(동호수추첨 사건)에서, 위와 같은 법리는 자유심증주의하에서 손해의 발생사실은 증명되었으나 사안의 성질상 손해액에 대한 증거가 곤란한 경우 증명의 정도를 경감함으로써 손해의 공평, 타당한 분담을 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상과 기능을 실현하는 데 그 취지가 있는 것이지, 법관에게 손해액의 산정에 관한 자유재량을 부여한 것은 아니라고 하면서, 법원이 위와 같은 방법으로 구체적 손해액을 판단하는 때에는, 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실의 탐색에 최선의 노력을 다하여야 하고, 그와 같이 탐색해 낸 간접사실을 합리적으로 평가하여 객관적으로 수증할 수 있는 손해액을 산정하여야 한다고 하였다.

이를 종합하여 보면 다음과 같다. ① 재산상 손해의 발생사실이 인정되고, 손해액을 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우에도 손해액은 산정되어야 한다. ② 그와 같이 산정되는 구체적 손해액은, 최선의 노력을 다하여 탐색해 낸 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실들을 합리적으로 평가하여 객관적으로 수증할 수 있는 것이어야 한다.

이러한 대법원의 태도는 손해액의 인정과 어떤 관계가 있는지 불명한 사실 또는 그와 관련이 없는 사실을 설시한 후 위 법리의 이름하에 적당히 손해액을 산정하는 등의 방식으로 당사자의 주장, 증명 활동을 무의미하게 해서는 안 되고, 손해액의 인정을 위한 어느 정도의 근거를 나타냄과 아울러

을 때의 분양받을 수 있었던 호실들에 대한 평균 기대수익에서 원고들이 분양받은 호수의 실제 수익을 뺀 차액을 배상함이 상당하다고 판시하여 원심을 파기하였다.

63) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다3561 판결

러 가능한 어느 정도의 폭을 가진 손해액을 제시한 후 “그 이상의 방법이 부족하나 이 정도로 인정할 수 있다”는 정도의 판시는 필요하며, 만약 손해액의 최저한도를 전혀 나타낼 수 없을 정도라면 그 경우는 손해의 발생 자체가 증명되지 않은 것으로 볼 수도 있을 것이라는 입장⁶⁴⁾과 같은 취지로 보인다.

4. 신설조항의 취지와 바람직한 방향

1998년 구 컴퓨터프로그램보호법⁶⁵⁾ 제27조⁶⁶⁾에 최초 도입된 이래, 지적재산권 법제 등에서 다수 도입되었다.⁶⁷⁾ 기존에는 손해액 추정조항만 있었

64) 이토 시게오(伊藤滋夫), “民事訴訟法二四八條の定める 相當な損害額の認定(下)”, 判例時報 1796號 (2002. 11.), 4쪽.

65) 1986. 12. 31, 법률 제3920호로 제정되어 2002년 법률 제6843호까지 9차례 개정되었다가, 2009. 4. 22. 개정된 저작권법에 그 내용이 편입되면서 2009. 7. 23. 폐지되었다.

66) <구 컴퓨터프로그램보호법>

제27조(손해배상청구)

⑤ 법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제3항 및 제4항의 규정에 의한 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 전취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

이후 2000. 1. 28. 전부개정되면서 제32조로 위치를 옮겨 저작권법에 흡수되어 폐지될 때까지 존속되었다.

67) <특허법>

제128조(손해배상청구권 등)

④ 제1항에 따라 손해배상을 청구하는 경우 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자가 그 침해행위로 인하여 얻은 이익액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 추정한다.

⑦ 법원은 특허권 또는 전용실시권의 침해에 관한 소송에서 손해가 발생한 것은 인정되나 그 손해액을 증명하기 위하여 필요한 사실을 증명하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 제2항부터 제6항까지의 규정에도 불구하고 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

<저작권법>

제126조(손해액의 인정) 법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의

으나, 실효적인 손해액 산정을 가능케 하고자 하는 의도에서 입법화되었던 것이다. 그러나 이 조항은 계속하여 민법이나 민사소송법에 규정함으로써 일반적인 손해배상산정의 지침으로 승격시킬 필요가 있다는 지적이 계속되었고,⁶⁸⁾ 이에 따라 2016. 3. 29. 법률 제14103호로 민사소송법이 개정되면서 제202조의2가 신설되어 2016. 9. 30. 시행에 이르렀다.

이러한 과정들에 비추어 신설규정의 취지는 불법행위에 따른 손해배상의 일반원칙을 규정한 민법 제750조와 그 구체적 범위를 정한 민법 제393조의 특칙으로서 손해배상액의 증명부담을 완화시키기 위한 대안을 마련하기 위한 것으로 이해되므로, 향후 손해배상액의 산정기준을 정함에 있어서는 이러한 점을 충분히 고려할 필요가 있다.

불법행위의 손해배상에 관한 일반원칙을 규정한 민법 제750조에 의하면 손해의 인정은 고의 또는 과실로 인한 가해행위, 가해행위의 위법성, 손해, 가해행위와 손해의 인과관계라는 요소로 이루어져 있는데, 그 중 핵심은 불법행위로 인한 손해 자체의 인정이고, 다른 하나는 그 손해의 구체적인 액수를 산출하는 과정이다. 그런데 인신사고 불법행위로 인한 손해액의

결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

제125조의2(법정손해배상의 청구) ① 저작재산권자등은 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 사실심(事實審)의 변론이 종결되기 전에는 실제 손해액이나 제125조 또는 제126조에 따라 정하여지는 손해액을 갈음하여 침해된 각 저작물등마다 1천만 원(영리를 목적으로 고의로 권리를 침해한 경우에는 5천만 원) 이하의 범위에서 상당한 금액의 배상을 청구할 수 있다.

<독점규제 및 공정거래에 관한 법률>

제57조(손해액의 인정) 이 법의 규정을 위반한 행위로 인하여 손해가 발생된 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

<표시·광고의 공정화에 관한 법률>

제11조(손해액의 인정) 제3조제1항을 위반한 행위로 인하여 손해가 발생된 사실은 인정되나 그 손해액을 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

68) 김재형, 앞의 글, 100쪽; 박창수, “아동의 일실이익 배상과 가동기간의 실무쟁점”, 저스티스 110호 (2009. 4.), 73쪽.

산정에 있어서, 개개의 적극적 지출을 수반하는 항목에 대하여는, 이미 개별적으로 지출한 치료비, 간호비, 보조구 구입비 등을 그대로 인정할 수 있고, 그것들이 장래에 지출된다 하더라도 거래가격이 특정되어 있는 이상 그 현재가치는 간단한 계산으로 쉽게 산정되지만, 어디까지나 가정에 기초하여 평가를 해야 하는 일실수입과 같은 손해와 관련하여서는 그 산정에 어려움이 있을 수밖에 없는 것이다.

이러한 가정적 손해의 인정은 전반적 사회 변화 속에서 지속적으로 확대되어, 위법성과 가해행위와 손해 사이의 인과관계를 완화시켜 사회적 변화에 따라 기존에 인정되지 않던 손해를 새롭게 인정하는 쪽으로 변화해 왔다.⁶⁹⁾ 차액설의 기초는 계속되었지만 불법행위 사건의 대부분을 차지하면서 법관의 손해산정에 관한 인식 형성에 상당한 영향을 미치는 교통사고 등에 의한 손해배상 사건에서, 실제 수입의 하락이나 없더라도 신체감정인의 평가 등에 의해 인정되는 노동능력상실률을 불법행위 이전의 현실수입에 곱하는 방식을 긍정하거나, 변론종결 이전에 실제 간호비 지출이 없었더라도 간호의 필요성이 있었다면 가족이 간호한 것으로 보아 간호비를 인정하는 등으로, 평가설적 산정방식이 도입되면서 손해배상 산정에 있어서 순수한 차액설은 사실상 사라졌다. 특히 위 대법원 2013다65710 판결(동호수 추첨 사건)에서는, 정상적으로 추첨이 이루어졌다면 얻을 수 있었던, 즉 위법행위가 없었더라면 존재하였을 피해자의 재산상태에 대하여 ‘평균기대수익’이라는 기준을 제시하였는바, 이는 위법행위가 없었더라면 존재하였을 피해자의 법익상태로서 ‘확률에 의한 기대수익’을 손해액 산정에 반영하여야 한다는 내용으로서 다분히 이러한 인식 전환을 반영한 것으로 볼 수 있을 것이다.

문제는 그 다음 단계에서, 손해의 구체적인 액수를 산출하는 과정에서 요구되는 증명의 정도로 볼 수 있다. 평가설적 입장을 취하더라도, 그 평가의 기초를 이루는 사실관계 인정은 필수적이기 때문이다. 그런데 기본적으로

69) 양창수, “불법행위법의 변천과 그 가능성 : 그 제도목적과 관련하여”, 민법연구 3권, 박영사 (1995), 310쪽 이하.

로 우리나라의 손해배상소송에서 요구되는 증명의 정도는 ‘고도의 개연성에 대한 법관의 확신’으로서, 피해자는 마치 형사소송에서 유죄를 인정하기 위한 검사의 증명과 비슷한 수준의 증명을 요구받고 있다.⁷⁰⁾ 물론 손해배상에 필요한 사실인정에 있어 증명의 정도를 증거의 우월성 또는 우월한 개연성 정도로 낮추어 보자는 독일의 논의를 국내에 소개한 입장이 일부 있기는 하지만,⁷¹⁾ 아직까지는 증거 자체의 우월성보다는 사실주장이 진실한지 아닌지를 법관의 내적 확신에 의하여 판단할 것으로 요구하는 자유심증주의에 따라 기존의 입장을 고수하는 입장이 보다 다수라고 보인다.⁷²⁾ 대법원도 ‘고도의 개연성’이 증명의 정도임을 명확히 하고 있다.⁷³⁾ 민사소송에서 이렇게 높은 수준의 증명을 요구받을 경우 그 증명의 곤란은, 피해의 대상이 돈이나 물건인 물적 손해보다는 그 대상이 신체, 생명인 인적 손해에서 가정적 판단을 하여야 하는 경우에 더 심하게 나타나고, 결국 소극적 손해에 대한 대부분의 사안에서 합리적, 객관적 평가를 통한 손해배상 산정을 어렵게 한다.

이러한 증명 곤란을 해결하는 방법 중 하나로 등장한 것이 증거법적으로 심증의 정도를 경감시키고 법원의 자유로운 평가를 인정하자는 견해이다.⁷⁴⁾ 즉 손해액이 얼마만큼인지 그 기준은 그대로 두고 증명도를 완화하자는 것이다. 실제로 손해배상 영역에 있어 전자의 방법에 대하여는 “사회정의와 형평의 이념에 입각하여” 예외적인 증명도 경감이 종종 이루어져 왔다. 자동차손해배상 보장법 제3조⁷⁵⁾나 제조물책임법 제3, 4조에 증명책

70) 설민수, “민사, 형사 재판에서의 입증의 정도에 대한 비교법적, 실증적 접근”, 인권과 정의 388호 (2008. 12.), 92쪽 이하.

71) 정동윤/유병현, 민사소송법(2판), 법문사 (2007), 490쪽.

72) 최우진, “구체적 액수로 조사 곤란한 재산적 손해의 조사 및 확정 : 사실심 법원 권능의 내용과 한계”, 사법논집 51집 (2011), 449-452쪽.

73) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다72578, 72585 판결

74) 황현호, ‘손해배상소송에 있어서 증명의 정도 및 범위’, 법조 52권2호 (2003. 02.), 37쪽; 강봉수, “불법행위로 인한 손해배상의 범위에 관한 입증의 정도”, 민사제판의 제문제 4권, 한국사법행정학회 (1986), 89쪽.

임의 사실상 전환을 규정하거나,⁷⁶⁾ 민사소송법 제202조⁷⁷⁾의 자유심증주의 조항에 기초하여, 판례에 의하여 사회정의와 형평의 이념을 사실인정 과정에 적극적으로 적용하는 방법으로 예외적으로 증명도까지 경감시킨 것이 그것이다.⁷⁸⁾ 그러나 민사소송법 제202조는 어디까지나 자유심증주의의 범

75) 제3조(자동차손해배상책임) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그러하지 아니하다.

1. 승객이 아닌 자가 사망하거나 부상을 당한 경우에 자기와 운전자가 자동차의 운행에 주의를 기울이지 아니하였고, 피해자 또는 자기 및 운전자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며, 자동차의 구조상의 결함이나 기능상의 장애가 없었다는 것을 증명한 경우
2. 승객이 고의나 자살행위로 사망하거나 부상을 당한 경우

76) 제3조(제조물 책임) ① 제조업자는 제조물의 결함으로 생명, 신체 또는 재산에 손해(그 제조물에 대하여만 발생한 손해는 제외한다)를 입은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다.

② 제조물의 제조업자를 알 수 없는 경우에 그 제조물을 영리 목적으로 판매, 대여 등의 방법으로 공급한 자는 제조물의 제조업자 또는 제조물을 자신에게 공급한 자를 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 상당한 기간 내에 그 제조업자나 공급한 자를 피해자 또는 그 법정대리인에게 고지(告知)하지 아니한 경우에는 제1항에 따른 손해를 배상하여야 한다.

제4조(면책사유) ① 제3조에 따라 손해배상책임을 지는 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사실을 입증한 경우에는 이 법에 따른 손해배상책임을 면(免)한다.

1. 제조업자가 해당 제조물을 공급하지 아니하였다는 사실
2. 제조업자가 해당 제조물을 공급한 당시의 과학, 기술 수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실
3. 제조물의 결함이 제조업자가 해당 제조물을 공급한 당시의 법령에서 정하는 기준을 준수함으로써 발생하였다는 사실
4. 원재료나 부품의 경우에는 그 원재료나 부품을 사용한 제조물 제조업자의 설계 또는 제작에 관한 지시로 인하여 결함이 발생하였다는 사실

② 제3조에 따라 손해배상책임을 지는 자가 제조물을 공급한 후에 그 제조물에 결함이 존재한다는 사실을 알거나 알 수 있었음에도 그 결함으로 인한 손해의 발생을 방지하기 위한 적절한 조치를 하지 아니한 경우에는 제1항제2호부터 제4호까지의 규정에 따른 면책을 주장할 수 없다.

77) 제202조(자유심증주의) 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다.

위를 “사실주장이 진실한지 아닌지를 판단”하는 데 두고 있어 그 증명도의 완화는 “진실”에 초점이 맞춰질 수밖에 없으므로, 손해배상액의 증명곤란을 해결하기 위하여 증명도를 낮추는 것만으로는 한계가 있다.

예컨대 위에서 살펴본 바와 같이 판례는 인신사고 불법행위로 인한 일실수입 손해액의 하한을 일용노임으로 하되, 기본적으로는 직장에 다니던 피해자에 대하여는 불법행위 당시의 실제 수입을 기초로 하여 일실수입을 산정하여야 한다고 하므로, 한 번도 직장을 가져보지 않은 사람은 일용노임으로 손해액이 산정될 수밖에 없다. 물론 이러한 논리는 교육도 충분히 받지 못하였고 오랜 기간 무직상태가 지속되었던 사람에게는 충분히 통용될 수 있다고 본다. 그런데 자신이 직장을 가져보지 못한 이유가 본인의 의사와 무관한 학생이나 미처 취업하지 못한 상태에서 졸업 직후 불법행위의 피해자가 된 경우라면 어떠할까.

물론 현재도 충분한 학력이나 전문자격을 보유하고 있다는 등으로 개별 사건에서 피해자 개인의 노동능력이 일용노임 이상을 받을 수 있는 것임을 증명한다면 그 이상의 수입도 얼마든지 인정받을 수 있는 것이기는 하지만, 판례는 현출된 증거자료에 의하여 ‘고도의 개연성에 대한 법관의 확신’이 형성되지 않으면 이를 인정할 수 없다고 하면서 그러한 학력이나 전문자격을 취득하기 위한 과정에 있는 자에 대하여는 진학률, 졸업률, 자격시험 합격률 등 자료에서 나타난 사정에 비추어 법관이 확신을 부여할 정도가 아니라는 이유로 좀처럼 그러한 가능성을 인정하지 않고 있다.⁷⁹⁾

78) 대법원 1991. 7. 23. 선고 89다카1275 판결, 대법원 2002. 10. 22. 선고 2000다65666, 65673 판결, 대법원 2004. 11. 26. 선고 2003다2123 판결, 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다42666 판결(이상 공해책임소송의 경우), 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결, 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결, 대법원 1995. 12. 5. 선고 94다57701 판결, 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다3709 판결, 대법원 2001. 3. 23. 선고 99다48221 판결(이상 의료소송의 경우).

79) 대법원 1991. 7. 23. 선고 91다16129 판결은 의과대학 본과 1학년에 재학 중으로서 성적우수자로 장학금까지 받고 있었던 피해자의 일실수입에 대하여 의과대학 졸업생의 의사국가고시 합격률이 높다 하더라도 그것만으로는 피해자가 만 3년이 더 남은 의과대학을 졸업하고 의사국가고시에 합격하여

그런데 위와 같은 자료들은 피해자에 관한 개별적 자료가 아니라 사고 전 후에 이미 작성되어 피해자 자신의 소득능력 기대가능성과 무관하게 존재하고 있어, 그러한 자료는 피해자의 증명능력 범위 내에 있는 것이라고 볼 수 없게 된다.⁸⁰⁾ 위와 같은 자료를 확신을 뒷받침할 중요한 자료로 보고 있으면서, 이와 더불어 고도의 개연성까지 요구하는 것은, 그동안 축적된 판례나 신설된 민사소송법 제202조의2에 의한 증명도의 완화와 관계 없이, 피해를 입음과 동시에 피해자 개인이 가지고 있었던 가능성을 피해자 자신의 실제 소득능력이나 증명의 능력과 무관하게 소멸시키는 결과를 가져온다.

이렇게 손해가 무엇인지에 관하여 그 기준이 지나치게 엄격하게 형성되어 있기 때문에, 인신사고 불법행위의 피해자는 대부분 자신이 입은 실제로 입은 손해보다 적은 배상만을 받게 되는 것이 보통이다. 이는 위와 같이 법령이나 판례에서 허용한 증명도의 완화만으로는 해결할 수 없는 문제이다.

그렇다면 민사소송법 제202조의2의 신설 취지에 맞는 손해배상액의 산정을 위하여는, 단순히 증명도를 완화하는 측면에서 접근하는 것만이 아니라, 시대 상황에 맞게 손해의 본질이 무엇인지부터 시작하여 손해배상액의

의사자격을 취득한 후 의사로서 종사할 수 있으리라는 것이 상당한 정도로 확실시된다고는 할 수 없다고 하면서 도시일용노임을 적용하여야 한다고 하였다.

80) 실제로 위 사건의 하급심인 광주고등법원 1991. 4. 19. 선고 90나5435 판결의 이유를 보면, 피해자의 유족들은 학업성적표, 장학금지급확인서, 생활기록표, 표창장, 상장 등을 제출하였고, 그 외에 재학 중인 의과대학에 대한 사실조회가 이루어졌는데, 의사국가고시 합격률은 이미 공표된 자료로서 피해자가 증명으로 변경할 수 있는 것이 아닐뿐더러 졸업자의 거의 대부분인 95% 가량이 합격하는 것이 현실이고, 피해자가 무사히 졸업하고 무사히 시험에 합격할 수 있다는 점에 관하여 더 이상 어떤 자료를 제출하였어야 법관의 확신을 이끌어낼 수 있는지는 의문이다. 이 사건이 심리되던 무렵인 1989년과 1990년의 의사국가고시 합격률이 88%, 85% 수준으로 일시 떨어진 적이 있어(1988년에는 98%였다) 그것이 ‘확신할 수 없다’는 결론에 영향을 미쳤다고 생각되나, 그렇다 하더라도 그 형성에 피해자가 아무런 기여를 하지 않은 자료를 판단의 기초로 삼으면서 이를 증명의 기준으로 삼아 버린다면 피해자에게 증명을 포기하라는 것과 다를 바 없다.

요소를 이루는 각각의 사실에 관한 개념 자체를 재구성함으로써, 증명의 대상이 무엇인가의 단계에서부터 허들을 낮춰야 할 필요가 있는 것이라고 생각된다.

이러한 문제의식 하에서, 아래에서는 어떠한 배상액 산정기준이 피해자와 가해자 사이에서 손해를 공평, 타당하게 분담시킬 수 있는 합리적이고 객관적인 것인지를 살펴본다. 특히 위 대법원 2013다65710 판결(동호수 추첨 사건)에서 언급된 평균기대수익, 즉 ‘확률에 의한 기대수익’은 상당한 의미가 있으며, 가능한 범위 내에서 그 취지를 이 글에서 제시하는 기준에 가급적 최대한 반영해 보는 방향으로 노력하였다.

제 3 절 일실수입액 산정에서의 통계자료 이용가능성

일실수입 손해의 본질뿐만 아니라 그 액수의 산정에 관하여도 차액설적 입장을 취해 온 과거에는 피해자가 실제 얻고 있는 수입이 얼마인지를 확정하는 것이 중요하였지만, 평가설적 입장에 설 경우 손해의 본질은 소득능력상실이므로 피해자가 실제 얻고 있는 수입은 장래의 소득능력상실의 정도를 평가하는 하나의 자료일 뿐 그 자체가 기준이 될 수 없다.

물론 일실수입을 산정함에 있어서 불법행위 전에 얻고 있었던 피해자의 현실적인 수입이 얼마인지는 손해액 산정에 있어 아주 중요한 자료라는 것을 부인할 수는 없겠지만, 차액설적 입장에서는 재산상태의 차이가 손해의 본질이어서 현재의 수입에서 감소된 수입결과를 뺀 값을 일실수입 손해액으로 산정하게 되므로 현재의 수입은 배상액 산정의 근본적인 요소를 이루게 되는 것이나, 한편 평가설적 입장에 있어서는 소득능력의 상실 자체가 손해의 본질이므로 장래 기대수입에 노동능력상실률을 곱한 만큼을 손해액으로 산정하게 되고, 현재의 수입은 단순히 장래의 수입을 추단하기 위한 간접사실의 하나로서 기능하게 되는 것일 뿐이기 때문이다.

앞서 언급한 바와 같이 차액설적 입장에서도 부득이하게 규범적 일실수입 배상을 인정해 온 무직자, 학생, 전업주부 외에도, 불법행위 당시 직업과 수입이 있는 피해자의 경우에도 일실수입 산정에 있어 통계소득을 이용하여 장래의 소득능력을 평가한 사례는 꽤 많이 발견된다. 예전부터 이를 적용하여 온 가장 대표적인 것이 일용직 노동자이다. 특수한 경력이나 기술을 요하는 노동에 종사하는 석공, 목공, 철근공 등의 피해자에 대하여는 단순히 보통인부의 일용노임이 아니라 해당 경력, 기술을 갖춘 사람에 대한 통계적 일용노임을 적용하여 온 것이다.⁸¹⁾

그런데 특정 직장에 근무하는 상용노동자이거나 사업소득자인 경우에는, 대법원이 최근까지도 “불법행위 당시 일정한 수입을 얻고 있던 피해자의 일실수입 손해액은 객관적이고 합리적인 자료에 따라 피해자가 사고

81) 대법원 1996. 1. 26. 선고 95다35623 판결(철골공의 사례)

당시에 실제로 얻고 있었던 수입금액”을 기초로 산정하여야 한다는 원칙을 견지하면서, 같은 직종에 종사하는 자의 통계소득자료를 사용하기 위해서는 사고 당시 피해자가 그 주장의 통계소득 상당의 소득을 얻고 있었다거나 그러한 소득을 얻을 수 있었다는 상당한 개연성 있는 사정들에 대한 증거가 필요한 것이라고 하고 있어,⁸²⁾ 현실수입을 확정할 수 있는 객관적 자료에는 어떤 것들이 있는지, 또는 통계자료를 적용할 수 있는 상당한 개연성이란 무엇인지에 관한 논의가 일실수입 배상액과 관련된 주된 쟁점이 되어 왔다.

이와 같은 상황이 발생한 것은, 손해의 개념을 평가설적 입장에서 소득능력의 상실로 보지 않은 채 여전히 전통적인 불법행위 전후에 걸쳐 감소한 소득의 차이로 파악하면서도, 그 손해액의 산정방법 부분에서만 노동능력상실률을 곱하는 평가설의 방식을 차용하였기 때문이다. 기대수입은 장래에 기대되는 수입이므로 사망 또는 상해로 인한 수입능력의 상실 또는 소득활동에 투입할 수 없었던 시간을 돈으로 환산한 것이 되어야 하고, 그러자면 장래의 요인을 더 크게 고려하여야 함이 바람직한 것임에도, 단순히 불법행위 전의 현실수입을 기대수입으로 그대로 치환하고, 이에 어긋나는 피해자의 주장에는 매우 엄한 잣대를 들이대고 그 증명을 요구함으로써, 그 표현만을 장래에 기대되는 수입이라고 하였을 뿐, 실질적으로는 사고 전의 현실수입에 노동능력상실률을 곱하는 방식을 평가설적 산정방법이라고 보고 있는 것이다.

과거에도 통계소득을 배상액 산정에 고려하고자 하여 평균의 개념을 일실수입 산정에 적극 반영하는 미국의 사례를 소개하고, 일실수입의 기초가 되는 소득액 인정에 통계적 방법을 도입하고자 하는 시도가 없었던 것은 아니지만,⁸³⁾ 여전히 ‘현실수입=기대수입’이 당연한 명제라는 고정관념을 벗어나지 못하여, 현실수입액의 증명이 불가하거나 현실수입≠기대수

82) 대법원 2016. 6. 28. 선고 2015다23024 판결.

83) 김종배, “통계소득의 인정방법”, 한국배상의학회 논문집 제1집 (1992), 219-235쪽.

입으로 보이는 특수한 사정이 있는 경우에 한하여 통계자료를 사용할 수 있다고 보아, 통계자료에 대한 기존의 제한적 태도를 특별한 비판 없이 소개하고 있는 입장이 다수인 것으로 보인다.⁸⁴⁾

과거 손해배상사건이 증가하기 시작한 1950년대나 1960년대의 우리나라 사회 현실에서는 1, 2차 산업의 비중이 매우 높았고, 손쉽게 이용할 수 있는 소득통계자료는 건설협회 발행의 월간거래가격이나 농협조사월보 등에 불과하였다. 1975년에서부터 노동부에서 직종별임금실태보고서를 작성하기 시작했으나,⁸⁵⁾ 통계의 조사와 작성, 공표과정에서 소요되는 시간으로 말미암아 발행일 기준으로 약 2년 전의 통계소득자료밖에 얻을 수 없어 적절한 통계자료를 제때 이용하기 어려웠다.⁸⁶⁾

그러나 그로부터 50년 이상이 경과하여 산업화를 넘어 정보화 사회에 이른 오늘날에는 3차 산업에 종사하는 인구가 현저히 늘어났다. 실제로 2015년의 1차 산업 종사자는 5.2%, 2차 산업 종사자는 17.4%에 불과하며, 나머지 대부분의 경제활동인구는 3차 산업에 종사하고 있다.⁸⁷⁾ 또한 통계청은 매년 또는 일정 주기로 소득통계뿐만 아니라 손해배상에 참고할 만한 평균수명, 실업률, 생활시간조사 등을 비롯하여 수천 개에 달하는 갖가지 통계를 쏟아내고 있으며,⁸⁸⁾ 과거와 달리 컴퓨터를 이용함으로써 통계의

84) 사법연수원, 손해배상소송, 경성문화사 (2014), 90-91쪽; 류승훈, 자동차사고와 손해배상책임론, 한국학술정보 (2011), 217쪽; 서울중앙지방법원 교통산재손해배상실무연구회, 손해배상소송실무, 한국사법행정학회 (2005), 146-147쪽.

85) 김종배, 앞의 글, 227쪽.

86) 황현호, “일일수입산정자료로서의 ‘임금구조기본통계조사보고서’에 대한 고찰”, 인권과 정의 제227호 (1995. 7.), 70쪽.

87) 통계청 e나라지표, “경제활동인구조사” 취업자 산업구성 부분 (http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=2896) (2015. 9. 30. 확인)

88) 2016년 현재 통계청의 전체 인원은 공무원 2,167명, 무기계약직 867명이고, 예산은 34억 1,200만 원이다. 매 5년마다 인구주택총조사(이른바 센서스)를 시행하므로, 0과 5로 끝나는 해는 예산이 훨씬 많이 투입된다. 국가통계포털(<http://kosis.kr>) (2015. 9. 30. 확인)에서는 이러한 수천 개의 통계를 사용

조사로부터 작성에 이르는 시간이 획기적으로 단축되고, 그렇게 작성된 통계는 인터넷을 통하여 곧바로 공표됨으로써, 조사와 공표 사이에 거의 시차가 발생하지 않아 불과 몇 개월 전에 조사된 통계마저도 곧바로 이용할 수 있는 것이 현실이다. 인신의 피해를 입은 후 실제 심리에 이르기까지의 시간을 고려해 보면, 불법행위 당시의 각종 사정을 나타내는 통계를 언제나 제한 없이 이용할 수 있는 상황이 된 것이다.

통계는 막연한 추측이나 의사결정을 허용하지 않으며, 과학적인 이론에 근거하여 관심사에 대한 정확한 대상이 선정되어야 하고 연구목적에 필요한 자료와 정보가 경제성과 정밀도를 고려하여 최적의 방법으로 수집되어 과학적인 이론에 의하여 정리, 분석된 것이므로,⁸⁹⁾ 통계적 방법의 이용은 각 분야에 걸쳐 증가, 확대되고 있다.⁹⁰⁾

과거의 논의가 현실적 수입이 없는 무직자, 학생, 전업주부 등의 일실수

자가 원하는 방법으로 재구성하여 볼 수 있도록 제공하고 있다.

89) 통계청은 ‘국가통계기본원칙’에서 다음과 같은 점을 밝히고 있다.

국가통계는 통계법의 대상이 되는 통계로서 사회, 경제적 변화를 진단하고 과학적인 정책을 수립하기 위한 필수적인 공공재이다. 국가통계를 생산하는 통계작성기관은 국민의 신뢰를 얻고 고객을 만족시키기 위해 노력하여야 한다. 이에, 국가통계작성기관 및 그 종사자들의 자율성을 보장하고 책임성을 강화하기 위하여 국가통계의 기본원칙을 다음과 같이 정한다.

1. 국가통계는 공익적 가치를 가진 공공재로서 중립성이 보장되어야 한다.
2. 국가통계는 객관적이고 과학적인 방법을 사용하여 정확하고 신뢰할 수 있도록 작성되어야 한다.
3. 국가통계 작성을 위한 비용, 응답 및 조사부담 등을 고려한 계획을 수립하여 효율적인 조사가 이루어지도록 한다.
4. 국가통계는 다른 통계와 비교하여 사용할 수 있도록 비교 가능한 개념, 분류, 방법 등을 사용하여야 한다.
5. 개인이나 법인 또는 단체 등의 비밀에 속하는 자료는 통계목적으로만 사용되어야 하고 엄격히 보호되어야 한다.
6. 국가통계 작성에 필요한 인력, 예산, 전산 장비 및 프로그램 등을 충분히 확보하여야 한다.
7. 국가통계의 실용성을 향상시키고, 공익적 가치를 극대화하기 위하여 이용자들을 효과적으로 참여시켜야 한다.
8. 국가통계는 모든 이용자들이 쉽고 편리하게 접근하여 활용할 수 있어야 한다.

90) 김종배, 앞의 글, 219-220쪽.

입의 기준을 어떻게 할 것인가 정도에서 더 나아가지 못하고, 차액설적 산정방법이 일반적인 상황에서는 일실수입에 대하여 원칙적으로 현실수입을 사용하되 예외적으로만 통계소득자료 등을 통하여 기대수입을 달리 인정할 수 있다는 결론을 낸 것은, 건설과 농업에 관한 수입의 통계자료만 1년에 여러 차례 공표되고, 그 외의 통계자료는 수 년이 경과한 후에야 이를 획득, 이용할 수 있는 상황에서부터 출발하였다는 사정을 고려해 보면 일견 이해될 수 있는 일이다. 그러나 평가설적 산정방법이 일실수입액 산정의 대세가 되어 있을 뿐 아니라, 단순히 건설이나 농업현장의 일용노임 외에도 다양한 통계자료가 작성, 공표되어 즉시 이용이 가능하고, 우리나라 경제활동인구의 대부분이 3차 산업에 몰려 있는 등 경제구조와 사회가 복잡하고 다양해진 오늘날까지도 그러한 범주 내에서의 논의가 과연 적절한지 의문이 아닐 수 없다.

평가설적 산정방법에서는 인간을 노동능력으로써 평가, 파악하여 노동능력의 상실을 손해로 보게 되므로, 그 상실되기 전의 노동능력에 의하여 장래에 얻었을 것으로 예측되는 기대수입의 기준은 반드시 피해자가 사고 당시 실제 받고 있었던 수입액이 아니고 사회적, 객관적 임금수준이 고려되어야 하는 것이다. 사회적, 객관적 임금수준은 피해자의 연령, 성별, 학력, 직업, 경력 등 개별적, 구체적 사정에 따라서만 결정되는 것이 아니라, 경제구조, 경제정책, 노사관계 등의 고도의 사회적, 경제적 제 요인에 의하여 결정되므로, 배상액 산정의 기준값은 피해자 개인의 우연적, 개별사정으로부터 벗어나 사회적으로 결정되어야 하고, 그렇게 됨으로써 인간의 생명, 신체가 비로소 사회적, 규범적으로 평가되는 근거를 가지게 되는 것이다.⁹¹⁾

즉 과학성, 객관성을 지니는 통계자료에 따를 때 비로소 개별적인 피해자의 실수입에서 벗어나 사회적, 객관적 임금수준에 접근된 손해액을 산출하는 것이 가능해질 것이다.⁹²⁾ 결국 평가설적 산정방법에서는 불법행위가

91) 고토 타카노리(後藤孝典), 現代損害賠償論, 日本評論社 (1982), 277-278쪽.

92) 다만 이러한 통계의 이용에 있어서는 표본조사가 올바르게 설계되고, 조사

일어나기 전에 얻고 있었던 현실적인 수입은 사회적, 객관적 임금수준을 표상하는 통계소득과 함께 장래의 기대수입이 얼마만큼인지를 산정함에 있어 고려할 만한 간접사실일 뿐이며, 그 현실수입 자체를 기준값으로 삼아서는 안 된다고 할 것이다.

다음에서 사회적, 객관적 임금수준을 반영한 가동기간의 기준, 현실수입이 없는 피해자에 대한 수입의 기준, 가사노동의 가치, 현실수입이 있는 피해자에 대한 수입의 기준 등을 오늘날의 통계자료에 의하여도 충분히 도출할 수 있다는 점을 살펴보고자 한다.

가 설계대로 정확하게 이루어졌으며 모집단의 정보를 정확하게 반영하고 있는지 등에 대한 고려가 선행되어야 한다. 김종배, 앞의 글, 221-222쪽.
대법원 1993. 4. 9. 선고 92다55701 판결도 통계자료 이용의 선결문제로서 당해 통계의 조사목적이나 방법, 조사대상 및 범위, 표본설계의 방법 등을 두루 살펴 그 이용의 적합성 여부를 신중하게 판단하여야 한다고 하면서, 자영농의 일실수입을 영농설계, 경영개선, 연구지도를 위한 자료제공 목적으로 만들어진 농축산물표준소득표를 바탕으로 산정한 원심을 파기하였다.

제 3 장

일실수입액 산정요소의 구체적 기준 재정립

제 1 절 가동기간의 문제

1. 기대여명

인신사고의 불법행위에 있어 장래 얻을 수 있는 이익의 상실액, 즉 일실수입을 산정하기 위해서는 피해자의 기대수입의 액수와 가동기간이 특정되어야 하고, 이 가동기간을 정하기 위해서는 피해자의 기대여명과 가동연령이 확정되어야 한다.

기대여명은 단지 일실수입의 산정뿐만 아니라 장래 필요한 개호비, 치료비, 보조구 등의 비용, 즉 적극적 손해를 산정함에 있어서도 필요하다. 한국인의 평균여명은 통계청이 정기적으로 조사, 작성하여 발표하는 ‘간이생명표’ 등에 의하여 인정한다. 대법원은 통계자료를 기초로 하여 평균여명에 관한 사항을 법원에 현저한 사실로 처리하는 것도 허용하고 있다.⁹³⁾ 그러나 일반 건강인과 달리 취급하여야 할 특별한 사정이 있는 경우에는 반드시 그렇게 보고 있는 것은 아니다. 예컨대 피해자가 교통사고 이전에 치사량이 넘는 농약을 마셨다면 피해자의 여명과 가동기간을 인정하기 위하여는 사고 당시 피해자의 소생가능성과 그 후유증의 유무, 후유증으로 인한 노동능력상실 여부 등에 관하여 심리한 후 그에 따라 여명과 가동연한 및 사고로 상실된 노동능력 등을 인정하여야 하고 이러한 점에 관하여 심리하지 아니한 채 일반 건강인과 같이 취급하여 일실수입을 산정하는

93) 판례는 대법원 1963. 10. 31. 선고 63다558 판결 이래 일관하여 간이생명표에 기재된 내용을 법원에 현저한 사실로 본다는 견해를 유지하고 있다. 대법원 1969. 4. 26. 선고 69다53 판결, 대법원 1984. 11. 27. 선고 84다카1349 판결 등.

것은 위법하다고 한다.⁹⁴⁾

다만 대부분의 사람은 수명이 다하기 전에 이미 일을 그만두는 것이 보통이므로, 피해자가 불법행위 전에 기존에 있었던 사고 등에 의하여 이미 기대여명이 감소하였다거나, 피해자가 이미 일반적인 가동연한을 초과하였음에도 직업에 종사하고 있는 상태에서 불법행위로 인한 인신의 피해를 입어 일반적인 가동연한을 적용하는 것이 부당하다는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 불법행위로 인하여 단축되기 전의 기대여명은 가동기간보다는 나중에 도래하는 것이 일반적이다. 따라서 기대여명이 결정적 영향을 미치는 향후치료비, 개호비, 보조구 비용 등의 적극적 손해 부분과 달리, 일실수입에 기대여명이 미치는 영향은 크지 않다. 결국 기대여명에 관하여는 위에서 언급한 종전의 논의를 그대로 차용하여도 무방할 것이다.

2. 가동개시연령과 균 복무기간

가. 가동개시연령

과거 민법 제4조가 성년을 20세로 볼 당시에는 가동개시연령을 20세로 보고 있었고, 이에 대하여는 고등학교를 졸업하게 되는 해에 19세에 달하게 된다는 점에서 대학교에 진학이 예정되어 있지 않은 사람에 대하여도 일률적인 적용을 한다는 문제점이 있었으나, 이는 사실상 민법 개정에 의하여 입법적으로 해결되었다.⁹⁵⁾ 2011. 3. 7. 법률 제10429호에 의하여 민법 제4조가 개정되어 성년의 기준을 19세로 하향하여 2013. 7. 1.부터 시행되

94) 대법원 1995. 2. 14. 선고 94다47179 판결.

95) 실제로는 개인별로 생일이 언제인지에 따라 고등학교 졸업 후 19세가 되기 까지 수 개월 가량의 공백은 존재하지만, 취업에 소요되는 기간을 고려하면 만 19세가 되는 날을 기준으로 하더라도 무방할 것이다. 통계청 보도자료, “2016년 5월 경제활동인구조사 청년층 및 고령층 부가조사” (2016. 7.), 14쪽에 의하면 2016년 현재 졸업(또는 중퇴) 후 첫 취업까지의 기간은 평균 11.2개월이라고 한다.

면서, 이에 따라 현재 직업활동을 하고 있지 않은 미성년자의 경우 가동개시연령을 19세로 보는 데 별 이견이 없고, 하급심의 실무에서도 가동개시연령을 19세로 보고 있으며, 자동차보험 표준약관도 함께 개정되어 19세부터 일실수입을 산정한다.

다만 가동개시연령을 19세로 본다고 하더라도, 미성년자로서 학교에 진학하지 않거나 학교로부터 자퇴한 후 또는 학교를 졸업한 후 19세가 되기 전에 실제 취업을 한 상태도 있을 수 있으므로, 사고 당시 현실로 수입을 얻고 있었고, 그러한 수입을 계속 얻을 수 있으리라는 사정이 인정되는 경우에는 19세 이상이었는지 여부를 가리지 않고 사고 당시부터 수입 상실을 인정하여야 할 것이다.⁹⁶⁾

또한 실업계 고등학생으로서 취업이 내정되어 졸업 직후 직장에 다닐 것으로 예정 경우 등에 있어서는 고등학교 졸업 후 실제 출근이 예상되었던 때를 기준으로 가동개시시기를 산정하여야 하고, 졸업 후 만 19세까지 몇 달 남아 있다는 이유만을 들어 가동기간이 그 전에 개시될 수 있다는 가능성을 부정하여서는 안 될 것이다.⁹⁷⁾ 물론 위와 같이 19세 이전에 가동할 수 있었다는 특별한 사정은 피해자가 증명하여야 할 부분이다.

이와 반대로 피해자가 사고 당시 학생이었는데 특수한 전공(의과대학, 약학대학 등)을 이수 중이어서 졸업 후 전문자격자로서 일할 수 있음을 전제로 전문자격자의 일실수입을 구하는 경우가 있는데, 만약 그 전문자격자의 소득을 인정하는 경우에는 졸업을 하여야만 전문자격자가 될 수 있는 것이어서 졸업이 예상되는 연령이 되기까지는 가동개시연령에 달한 것으로 볼 수 없으므로, 이러한 경우에는 졸업이 예상되는 연령까지의 일실수입은 인정할 수 없다고 할 것이다. 졸업할 때까지의 기간에 대하여 일용노동자로서의 일실수입을 인정하고, 졸업 이후 전문자격자의 일실수입도 인

96) 대법원 1970. 8. 18. 선고 70다999 판결.

97) 이에 따라 과거에도 하급심에서는 20세를 일률적으로 적용하기보다는 이와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 20세 이전이라도 가동을 개시할 수 있었던 것으로 인정하는 경우도 있었다. 수원지방법원 2005. 3. 25. 선고 2004가단18480 판결 등.

정해야 한다는 견해도 있으나,⁹⁸⁾ 졸업할 때까지 학업에 종사하는 것이 어렵다는 등의 사정에 대하여 별도의 손해배상을 인정함은 별론으로 하고, 졸업 후의 일실수입의 근거사실이 학업에 전념하여 졸업하는 것임을 전제로 하는 이상, 졸업 전의 기간에 대하여까지 별도로 일용노동자에 준하는 일실수입을 인정하는 것은 논리모순에 해당하는 것으로서 허용되지 않는다고 봄이 상당하다.

가동개시연령 이전의 기간에 대하여도 청소년에 대한 평등권 측면에서 일실수입을 인정할 것인지에 관한 논의가 있는바, 그러한 논의가 가동개시연령 자체를 앞당겨야 한다는 견해에 입각한 것은 아니므로, 해당 논의에 관하여는 뒤에서 논하는 ‘학생 및 미취학아동의 일실수입’ 부분에서 학생의 일실수입의 기준금액을 무엇으로 할 것인가에 관한 쟁점과 함께 다루기로 한다.

나. 군 복무기간의 공제와 그 당부

남자의 경우에는 병역이 면제되는 등 특별한 사정이 없는 한 병역복무기간이 가동기간에서 제외된다.⁹⁹⁾ 국가배상법 시행령 제2조 제1항에서도

98) 박창수, 앞의 글, 75쪽.

99) 대법원 2000. 4. 11. 선고 98다33161 판결. 이 판결은 그렇게 볼 만한 특별한 사정에 관한 심리 없이 법령상에서 가능한 최장 복무기간을 공제기간으로 삼은 원심을 파기한 것이다.

병역법 제18조 제2항, 제19조 제1항은 복무기간을 육군과 해병은 2년, 해병외의 해군은 2년 2개월, 공군은 2년 4개월로 정하고, 6월의 기간 내에서 연장 또는 단축할 수 있도록 규정하고 있으며, 실제로는 위 예외 조항을 적용하여 2년보다 단축된 기간이 시행되고 있다. 현재 법원 하급심에서는 피해자가 21개월을 넘는 공제를 자인하는 경우에는 처분권주의 내지 변론주의 원칙에 따라 그 주장대로 공제기간을 인정하고 있고, 다만 피해자가 불법행위 이전에 군 면제사유가 발생하였다는 등의 특별한 사정에 관한 주장 없이 그 미만의 기간만을 자인하거나 공제 자체가 부당하다고 다투는 경우에는, 본인의 특별한 신청 등이 없는 경우 육군으로 복무하게 된다는 점을 참작하여 육군 병의 실제 복무기간인 21개월을 공제하거나, 준비기간까지 고려하여 24개월을 일률적으로 공제하고 있다고 한다.

군 복무 가능성과 복무기간 조정 가능성을 고려하여 국가배상에 있어 취업가능기간을 산정하도록 하고 있다.¹⁰⁰⁾

이에 대하여는 이러한 가동기간의 공제가 모든 국민에게 국방의 의무를 부과하고, 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니함을 규정한 헌법 제39조에 반한다는 이유로 해당 기간을 공제하여서는 안 된다는 견해가 있다.¹⁰¹⁾ 병역의무의 이행으로 특단의 혜택을 부여하는 것이 헌법 제11조의 평등권을 침해하듯이, 병역의무의 이행 대상이라는 이유로 차등 대우한다면 군 면제자, 여자나 병무청 지정업체에서 근무하고 급여는 근로기준법 등 노동관련법령에 따라 지급되고 있는 전문연구요원 및 산업기능요원과 비교할 때 헌법 제11조의 평등권이 침해될 소지가 크므로, 이 기간에 대하여는 적어도 일용노임 상당의 일실수입을 배상하도록 하여야 한다는 것이다.

그러나 이러한 견해는 평등권이라는 기본권 관념에 치우친 나머지 손해배상의 본질에 반하는 무리한 해석을 시도한 것이라고 할 것이다. 위에서 살펴본 바와 같이 손해란 불법행위가 없었다면 기대되는 상태와 비교하였을 때, 불법행위로 인하여 초래된 피해자의 법익에 생긴 불이익, 즉 변화의 폭을 의미한다. 그런데 군 면제자가 아닌 남자가 군 복무기간에 수입이 발생하지 않는 것은 불법행위로 인하여 비로소 발생한 것이 아니라 국가가 부과한 병역의무 자체로 인하여 발생한 것이고, 따라서 군 복무기간의 수입 상실은 피해자의 기대되는 상태에 이미 반영되어 있는 것이지, 불법행위로 인하여 비로소 불이익이 생긴 것에 해당하지 않는다.

위 견해는 피해자가 무직자인 경우에도 평가설적 입장에서 볼 때 일용노임에 준하는 일실수입의 배상이 긍정된다는 점, 군 면제자, 여자나 전문연구요원 및 산업기능요원과의 차별을 들고 있다. 그러나 무직자에 대하여 일용노임에 준하는 일실수입의 배상을 긍정하는 것은 장래에 대한 수입의

100) 2006. 12. 29. 대통령령 제19786호로 개정되기 전에는 남자의 취업가능기간을 여자에 비하여 일률적으로 36개월을 적게 규정(남자 23세부터 60세까지, 여자 20세부터 60세까지)하고 있었기 때문에 많은 비판이 있었다.

101) 박창수, 앞의 글, 74-75쪽.

기대가능성이 완전히 상실되어 있지 않은 데 그 근거가 있는 것이므로 소득이 발생하지 않을 것으로 이미 예견되어 있는 군 복무기간과 같다고 볼 수 없으며, 면제자나 전문연구요원 등의 경우에도 그 면제처분이나 전문연구 또는 산업기능요원 지정으로 인하여 비로소 병역의무 이행기간에 대한 수입 상실 예상액이 감소하거나 수입 상실 가능성이 사라지게 되는 것이어서 그러한 병역처분과 불법행위가 발생하였다는 사실과는 아무 관련이 없다.

물론 피해자 개인의 학력, 경력, 건강상태 등에 비추어 볼 때, 불법행위 이전부터 매우 높은 확률로 면제처분이 예상되는 신체조건을 갖추고 있었다거나 전문연구요원 및 산업기능요원으로 선발될 가능성이 높았던 경우는 있을 수 있다. 그러나 이는 피해자가 원래 가지고 있던 개별적 특성 등에 비추어 볼 때 그 손해액을 심리함에 있어 단순히 군 복무기간을 공제하여서는 안 되는 특별한 사정이 있는 경우에 개별적 사안에서 그와 같은 특별한 사정을 어떻게 증명할 것인가에 관한 문제일 뿐이므로, 그러한 개별적 사정이 존재할 수도 있다는 점은 모든 남자의 경우에 있어서 일률적으로 군 복무기간의 공제를 부정할 근거까지 된다고 보기는 어렵다.

만약 그러한 수입 미발생에 대한 손해 전보의 당위성이 실제로 존재하는 것이라면 그 지급의무는 병역의무를 부과한 국가에 있는 것이지 불법행위자에게 있다고 볼 수 없다. 위 견해에 의한다면, 불법행위가 발생하였다는 우연한 사정 때문에 불법행위가 없었더라도 원래부터 예정되어 있던 군 복무기간의 수입 상실을 가해자에게 전가하는 과잉배상이 되는 것으로서 부당하다고 할 것이다.

다만 위 견해에서 제기한 문제의식 중에는 유효한 부분이 있다. 즉 징집에 의한 병에 대하여는 실비 내지 용돈 수준의 급여¹⁰²⁾만이 지급되고 있는 현재로서는 이를 소득으로 볼 수는 없다고 할 것이어서 군 복무기간이

102) 군인보수법 제7조 제1항, 공무원보수규정 제5조, 별표 13에 의하면, 2016년 현재 이등병 148,800원, 일등병 161,000원, 상등병 178,000원, 병장 197,000원이다.

가동기간에서 공제되는 것이 옳다고 할 것이지만, 향후 징집에 의한 병에 대하여도 실비 정도가 아닌 이를 초과하는 수준의 급여가 지급되는 방식으로 제도가 개선될 경우에는 이는 소득으로 볼 여지가 크므로, 이렇게 되면 단순한 가동기간에서의 공제 문제에서 그치지 않게 되고, 이 경우에는 군 복무기간을 가동기간에서 공제할 것이 아니라 군 복무기간에 대한 소득을 어떻게 산정할 것인가의 문제로 접근하여야 하는 상황으로 바뀌게 될 것이다. 이는 손해배상액 산정기준의 정립에 있어서 발전된 사회의 현실을 반영하여야 하는 사정의 변경에 해당한다.

3. 가동종료연령

가. 가동종료연령의 결정요인

사람의 가동한계연령은 개개인의 사정에 따라 달라질 수 있다. 그러나 일반적으로 관찰할 때 평균적인 가동종료연령은 근로자의 건강, 육체 기능의 평가기준이 되는 평균수명, 근로자의 근로욕구와 필요성, 국가의 경제 상황에 따른 노동력의 수요도, 즉 경제활동 참가율 및 노동참가율 등에 의하여 결정된다고 할 수 있다.

나. 종전의 논의

1) 정년제 직장인

정년이 있는 직종인 경우에는 그 정년을 그 직종에서의 가동종료연령으로 인정하여 왔다. 다만 이는 그 직종에서의 가동연한만을 의미하는 것이다. 해당 직종의 정년이 높지 않아 정년 후에도 다른 노동에 종사할 수 있게 되는 경우에는, 정년 후의 기간에 대하여도 그 정년 이후 종사할 것

으로 기대되는 직종에서 얻을 수 있는 수입에 의하여 일실수입을 산정할 수 있으므로, 가동종료연령 자체가 줄어드는 것으로는 보지 않는다.

공무원은 국가공무원법 등 법률에 그 정년이 규정되어 있고, 기업은 단체협약 또는 인사규정에서 정년을 정하고 있다. 여기서 단체협약 또는 인사규정에 정년이 ○○세로 되어 있는 경우, 그 정년은 ○○세에 도달하는 날을 말하는 것이고 ○○세가 끝나는 날이 아니다.¹⁰³⁾ 물론 이는 일반적인 해석이므로, 단체협약 또는 인사규정에 나타난 다른 조항에 비추어 ○○세가 끝나는 날로 해석할 수 있다거나, 정년에 도달한 후 특정한 일자에 퇴직되기로 하는 등의 규정이 있다면 달리 보게 된다.

공무원의 경우에는 이러한 특별한 규정이 법령화되어 있다. 대부분의 공무원은 그 정년에 이른 날이 상반기인 경우 6월 30일에, 하반기인 경우 12월 31일에 퇴직하도록 법령에 규정하고 있다.¹⁰⁴⁾ 다만 학교의 학기가 3월 및 9월에 시작하는 점을 고려하여, 교육공무원의 경우에는 8월과 2월 말일이 퇴직일자가 되고, 군인의 경우에는 정년에 이른 날의 다음달 말일에 전역된다.¹⁰⁵⁾

일반직 공무원의 경우 과거 5급 이상은 60세, 6급 이하는 57세로 구분하고 있었으나 국가공무원법이 2008. 6. 13. 법률 제9113호로 개정되면서 60세로 통일되었다.¹⁰⁶⁾ 그 외에 교사는 62세,¹⁰⁷⁾ 검사는 63세이고,¹⁰⁸⁾ 법관은 65세로서¹⁰⁹⁾ 공무원 중에서는 국립대학교 교수¹¹⁰⁾와 함께 가장 길다.¹¹¹⁾ 군인의 경우 계급별로 정년이 다르나,¹¹²⁾ 비슷한 계급제 조직인 경

103) 대법원 1973. 6. 12. 선고 71다2669 판결.

104) 국가공무원법 제74조 제4항, 지방공무원법 제66조 제2항 등.

105) 군인사법 제36조.

106) 국가공무원법 제74조 제1항, 지방공무원법 제66조 제1항.

107) 교육공무원법 제47조 제1항 본문.

108) 검찰청법 제41조.

109) 법원조직법 제45조 제4항.

110) 교육공무원법 제47조 제1항 단서.

찰의 경우에는 경정 이상의 고위직에 대한 일부 계급정년이 있을 뿐 경감 이하의 경찰관은 일반직 공무원과 동일하다.¹¹³⁾

기업의 경우 과거에는 정년의 설정이나 운용을 노사관계 당사자의 자율에 맡기는 약정정년제도를 유지하고 있었으므로, 그 정년까지는 해당 직장에서의 소득수준에 의하여, 그 이후에는 전문자격 여부에 따라 일용노동 노임이나 통계소득 등을 인정하여 왔다.

2) 직종별 가동연한

일실수입 산정의 기초가 되는 가동연한은 법원이 우리나라 국민의 평균여명, 경제수준, 고용 조건 등의 사회적·경제적 여건 외에 연령별 근로자 인구 수, 취업률 또는 근로참가율 및 직종별 근로 조건과 정년 제한 등 제반 사정을 조사하여 이로부터 경험칙상 추정되는 가동연한을 도출하거나, 또는 피해 당사자의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 구체적인 사정을 고려하여 그 가동연한을 인정할 수 있다는 전제 하에,¹¹⁴⁾ 판례는 아래에서 보는 바와 같이 일반 육체노동자의 가동연한을 경험칙에 의하여 60세로 인정하는 태도를 보였고, 특수직업 종사자에 대하여 일반 육체노동자의 가

111) 검찰총장은 65세이고, 대법원장과 대법관은 70세이나, 이는 일반적인 공무원이라고 보기는 어렵다.

112) 군인사법 제8조. 군인의 정년은 연령정년, 근속정년, 계급정년으로 구분되어 셋 중 어느 하나만 도래하더라도 정년에 달하게 된다. 계급정년은 오로지 장관급 장교인 준장(4년), 소장, 중장(각 6년)에만 있고, 근속정년은 위관 및 영관급 장교에만 있다. 따라서 부사관의 경우에는 오로지 연령정년만이 적용된다. 영관급 장교의 연령정년이 비교적 높기 때문에 근속정년은 위관급 장교, 그 중에서도 장기복무자인 대위(15년)에게만 적용되고(장기복무신청이 받아들여지면 모두 대위 이상으로 진급하므로 법령상의 규정에 불구하고 중위나 소위에게는 근속정년이 적용될 여지가 사실상 없다), 영관급 장교는 특별한 사정이 없는 한 연령정년이 적용된다.

113) 경찰공무원법 제24조. 연령정년은 전 계급 60세로 동일하고, 계급정년은 경정 14년, 중경 11년, 경무관 6년, 치안감 4년이며, 일부 군인에 적용되는 근속정년은 존재하지 않는다.

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

동연한 이상의 가동연한을 인정하기 위해서는 그 특수직업의 구체적 업무 내용, 이에 필요한 신체적, 정신적 자질에 관한 심리가 필요하고,¹¹⁵⁾ 이는 피해자가 주장, 증명하여야 한다고 하였다. 실제로는 통계청이나 해당 직종에 관한 협회 등에서 작성된 통계자료 등이 활용되었다.

특정 직업의 가동연한을 일반 육체노동자보다 짧게 인정하는 경우에도 마찬가지로 그와 같이 짧게 인정하기 위한 합리적 이유에 관한 심리가 필요하고, 이는 가해자가 주장, 증명하여야 한다.

대법원 또는 하급심에서 인정한 직종별 가동연한은 다음과 같다.

- 35세가 될 때까지 : 다방종업원¹¹⁶⁾
- 35세가 끝날 때까지 : 골프장 캐디¹¹⁷⁾
- 40세가 될 때까지 : 프로야구 선수(투수)¹¹⁸⁾
- 50세가 될 때까지 : 이른바 술집 가오마담¹¹⁹⁾
- 57세가 될 때까지 : 공무원에 준하는 처우를 받아온 민간보육시설
보육교사¹²⁰⁾
- 60세(육체근로자와 동일)가 될 때까지 : 배차원,¹²¹⁾ 식품소매업자,¹²²⁾

115) 대법원 1991. 8. 27. 선고 91다2977 판결.

116) 대법원 1991. 5. 28. 선고 91다9596 판결. 다만 이 판결은 35세를 초과한 부분의 일실수입을 부정한 것이 아니라, 다방종업원으로서의 수입이 일용노동보다 크기 때문에 35세까지는 다방종업원의 수입을, 이후에는 일용노동자로서의 수입을 인정한 것이다. 이하 60세 이하의 가동기간을 인정한 사례는 모두 동일한 취지이다.

117) 서울고등법원 2002. 9. 11. 선고 2002나24906 판결

118) 대법원 1991. 6. 11. 선고 91다7385 판결. 이 판결은 12%의 신체장애가 발생하였다면 프로야구 종사는 불가능하므로, 신체장애율 12%를 단순히 프로야구 투수로서의 노동능력상실률 12%로 볼 수 없다는 취지의 판결이기도 하다.

119) 대법원 1979. 11. 27. 선고 79다1332, 1333 판결. 위 다방종업원과 다른 점은, 항상 접객에 종사하는 것이 아니라 접객을 담당하는 직원들을 주로 관리하는 성격의 것이므로 그보다는 긴 것으로 보았다는 것이다.

120) 대법원 2001. 3. 9. 2000다59920 판결. 다만 현재 공무원의 정년이 60세가 되었으므로 지금 이 사건이 심리되었다면 60세로 인정되었을 것으로 보인다.

보험모집인¹²³⁾

- 65세가 될 때까지 : 소규모 주식회사의 대표이사,¹²⁴⁾ 소설가,¹²⁵⁾ 수산시장 소속 수산물중매인,¹²⁶⁾ 의사,¹²⁷⁾ 한의사,¹²⁸⁾ 치과의사,¹²⁹⁾ 목사,¹³⁰⁾ 승려¹³¹⁾
- 70세가 될 때까지 : 법무사,¹³²⁾ 변호사¹³³⁾

121) 대법원 1967. 1. 31. 선고 66다2217 판결

122) 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다12749 판결

123) 대법원 1994. 9. 9. 선고 94다25836 판결

124) 대법원 1992. 12. 8. 선고 92다24431 판결

125) 대법원 1993. 2. 9. 선고 92다43722 판결

126) 대법원 1992. 11. 24. 선고 92다38034 판결

127) 대법원 1979. 9. 25. 선고 79다284 판결, 대법원 1988. 4. 12. 선고 87다카1129 판결, 대법원 1993. 9. 14. 선고 93다3158 판결. 다만 대법원 1987. 11. 10. 선고 87다카376 판결은 65세가 끝날 때까지라고 판단한 원심의 조치를 수긍한 바 있다.

128) 대법원 1997. 2. 28. 선고 96다54560 판결

129) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다26677 판결

130) 대법원 1998. 12. 8. 선고 98다39114 판결. 이와 다른 취지의 1997. 6. 27. 선고 96다426 판결을 들어 우리 대법원이 목사에 대하여 70세설을 취하고 있다고 소개하는 문헌이 많으나(심지어는 법원이 직접 발간한 손해배상재판실무편람 집필위원회, 손해배상재판실무편람, 2008, 30쪽에서도 목사 70세설을 소개하고 있다), 위 96다426 판결은 원심이 70세를 인정하였음에도 원고가 그 이상의 가동연한을 주장하면서 상고하였고, 피고는 상고를 하지 않아 대법원이 70세 미만의 가동연한을 인정할 여지가 없었던 사건이므로, 이를 70세설의 근거로 삼기에는 부족하다.

131) 서울고등법원 2007. 5. 18. 선고 2004나42496 판결

132) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92다7269 판결

133) 대법원 1993. 2. 23. 선고 92다37642 판결

다. 새로운 기준의 정립방향

1) 정년제 직장인 : 해당 직종에서 60세

과거 기업들은 회사의 사정에 따라 55세부터 60세까지 다양한 정년 제도를 가지고 있었으나,¹³⁴⁾ 국민연금 수령개시연령과의 불일치 등에 따라 정부가 2005년 고령자 고용촉진 기본계획을 발표하고, 뒤이어 2012년의 국회의원총선거와 대통령선거에서 60세 이상 정년 의무화가 공약으로 등장하였으며,¹³⁵⁾ 이에 따라 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률이 2013. 5. 22. 법률 제11791호로 개정되면서, 모든 사업주는 근로자의 정년을 60세 이상으로 정하여야 하게 되었으므로,¹³⁶⁾ 이제는 정년이 60세를 넘는 일부 특수한 공무원 직군이나 정년 개념이 존재하지 않는 계약직, 일용직 근로자 등을 제외하면, 기간의 정함이 없는 정규직이나 무기계약직 등의 근로자 정년은 60세로 통일되었다고 볼 것이다.

물론 위 규정에 대한 처벌조항이 존재하지 않는다는 점에서, 피해자가 현재 근로 중인 사업장에서 법률을 위반하여 실제 취업규칙이나 인사규정의 정년을 60세 이상으로 개정하지 않은 경우 개별 사건에서 다툼이 있을 가능성은 있으나, 위 법률의 입법취지와 동일 직종에의 이직가능성, 그리고 60세 미만의 정년을 규정한 취업규칙이나 인사규정에 기한 퇴직 처리가 실제 이루어질 경우 이는 강행규정에 위반한 것으로 보아 부당해고가 된다는 데 견해가 일치하고 있고,¹³⁷⁾ 부당해고의 경우에는 사용자가 부

134) 하갑래, “새 정년제도의 쟁점과 법리의 형성”, 노동법학 통권49호 (2014. 3.), 296쪽에 의하면 2012년을 기준으로 한 평균정년은 약 58세였다.

135) 2012년 대선에서 박근혜, 문재인 두 유력 후보는 모두 정년 60세 의무화를 공약하였다.

136) 2016. 1. 1.부터 300인 이상 사업장에 적용되고, 2017. 1. 1.부터는 모든 사업장에 적용된다.

137) 문무기, “고령자 고용촉진을 위한 법, 제도 분석 및 개선방안”, 한양법학 제24권 제3집 (2013. 8.), 168-169쪽; 이윤하, “정년 60세 의무화 관련 이슈 정리”, 조세 제306호 (2013. 11.), 161쪽; 하갑래, “새 정년제도의 쟁점과 법

당해고로 인하여 일을 하지 못한 기간에 대한 임금을 모두 지급할 의무가 있는 점 등에 비추어 보면, 지금까지 취업규칙이나 인사규정을 기초로 각 직종의 정년을 결정했던 종전의 재판실무는 크게 변경될 필요가 있고, 현재 근로 중인 사업장의 취업규칙이나 인사규정이 개정되지 않았다 하더라도 해당 직종에서 60세까지 가동할 수 있다고 봄이 상당하며, 취업규칙이나 인사규정은 해당 기업이 60세를 초과하는 정년을 규정하고 있는 경우에만 유효한 것으로 봄이 상당할 것이다.

물론 위 정년은 그 직종에서의 가동연한만을 의미하는 것이고, 정년 이후 연금소득 등에 불구하고 별도로 육체노동에 종사할 것으로 예상되는 경우에는 정년 후의 기간에 대하여는 퇴직 후 종사할 수 있는 직종의 기대수입에 의하여 일실수입을 산정하여야 할 것이다. 그 가동연한의 기준을 얼마로 설정하여야 하는지에 대하여는 뒤에서 다시 언급한다.

또한 정년이나 의무복무기간이 사고 후 법령이나 취업규칙 등의 개정으로 60세를 넘는 것으로 연장된 경우는 가해자가 이를 예견할 수 없었다고 봄이 상당하므로 특별손해로 보아야 할 것이지만, 이미 그 법령이나 취업규칙이 이미 제정되었음에도 아직 시행시기만 도래하지 않은 경우에는 그 연장된 기간을 일실수입 산정에 반영하여야 할 것이다.

2) 조건성취 여부에 따라 정년이 달라지는 경우의 문제

경찰이나 군인 등에 있어서 신분상 조치에 따라 정년이 달라지는 경우에는 어떠할까. 예컨대 수사, 정보, 외사, 보안 등 특수부문에 근무하는 경찰공무원 중 총경, 경정은 3년의 범위에서 정년심사위원회의 심사를 거쳐 계급정년을 연장할 수 있고, 그 심사의 고려사항은 인력수급관계, 직무의 특수성, 연장대상자의 건강상태 및 직무수행능력 등이며,¹³⁸⁾ 처음부터 장기복무자인 사관학교 출신이 아닌 이상, 지원에 의한 단기복무장교나 단기

리의 형성”, 노동법학 49호 (2014. 3.), 308쪽.

138) 경찰공무원법 제24조 제3항, 같은 법 시행령 제48조.

복무부사관은 장기복무자로 선발되어야 정년까지 근무가 가능하며, 단기복무자는 단지 복무연장신청을 반복함으로써 그것이 승인되는 경우에 한하여 비로소 계속 근무가 가능할 뿐이다.¹³⁹⁾

이에 대하여 판례는 경찰공무원이 정년연장심사를 받아 정년을 당연히 연장받을 것까지 예측하여 가동기간에 산입할 수 없다고 하였고,¹⁴⁰⁾ 단기복무하사관(부사관의 과거 명칭)이 모두 장기복무지원을 하지는 않으며, 임관동기생 중 10.2%가 전역한 점 등에 비추어 볼 때, 과거 5년간의 장기복무하사관 선발률이 70-84%라는 사정만으로는 아직 장기복무하사관으로 선발되지 않은 단기복무하사관인 피해자가 장기복무하사관에 지원, 선발되었을 것이라고 볼 수도 없고, 단기복무하사관으로서의 지위를 가지고 단기복무하사관의 의무복무기간을 초과하여 연령정년까지 복무연장신청을 계속하여 복무할 수 있다고 볼 수는 없으므로, 의무복무기간 이후의 수입은 일용노동자로 보아 산정할 것이라고 하였다.¹⁴¹⁾

그러나 일실수입의 본질이 소득능력의 상실이라고 볼 때, 어느 정도 상당한 자료가 현출된 사안의 경우에도 이와 같은 법리를 그대로 적용할 수 있는지는 의문이다.

예컨대 위 부사관 사건에서 대법원은 중사 진급률이 99%이고, 특별한 흠이 없는 경우에는 모두 진급된다는 점을 들어 피해자인 하사가 특정 시점에 중사로 진급할 것은 예견되는 범위 내의 것으로 보았는데, 장기복무 선발률이 70-84%이라는 점만으로는 장기복무 선발가능성이 인정되지 않는다고 하였다. 그렇다면 90%였다면 어떠한 결론을 내려야 할 것인가? 95%라면 또 어떠한가? 이는 어떠한 사정이 인정되느냐 아니냐의 둘 중 하나로 결정을 하려다 보니 생기는 문제이다.¹⁴²⁾

139) 군인사법 제6, 7조.

140) 대법원 1997. 7. 22. 선고 95다6991 판결. 이 사건에서 피해자는 심사요건이 충족되었으므로 당연히 정년연장심사를 통과할 것이라고 주장하였으나, 대법원은 인력수급관계라는 요건이 있다는 점을 들어 정년연장 부분은 특별손해로 보았다.

141) 대법원 1998. 2. 13. 선고 96다52236 판결.

앞서 살펴본 바와 같이 인신사고로 인한 일실수입의 산정은 아무리 객관적인 증거를 조사하고 통계자료 등 과학적 근거에 바탕을 두고 계산하더라도 어느 정도 추측에 의한 가공의 사실이 전제될 수밖에 없고, 장래의 소득 예측이란 어차피 불확실한 것이고 의제적이다. 어떤 경우에도 의제적인 소득 예측을 피할 길이 없다면, 차라리 이를 비율적으로 인정하는 것이 상당하다. 70-84%라면 상당한 확률인바, 반드시 성취된다고 단정하기도 어렵지만, 그렇다고 무시할 수 있는 범위의 비율도 아니다. 그렇다면 차라리 지원율과 선발률 등을 종합하여 일정한 비율(예컨대 미지원율이 10%이고 선발률이 80%이라면, 90%가 지원하고 그 중 80%가 선발되는 것으로 보아 72%를 인정할 수 있을 것이다)을 산출하고, 그 일정 비율에 따라 피해자가 장기복무하사관으로 선발될 수 있었다는 가능성을 인정하는 것이 의제적이기는 하나 더 정확한 결과를 가져올 가능성이 높다고 할 것이다.

특정 기간의 소득도 반드시 하나의 직종을 특정하여 산정할 필연적인 이유가 있는 것은 아니다. 그 선발예상시기부터 부사관의 정년까지의 가동기간에 대한 일실수입을 인정함에 있어서는 장기복무부사관으로서의 소득과 일용노동자의 소득(다만 특별한 기능을 보유하고 있다면 그 직종에 종사하는 경우의 소득)을 그 비율에 따라 가중평균(예컨대 위 72%를 적용한다면, 72%는 장기복무부사관으로서의 소득을, 28%는 일용노동자의 소득을 인정)하여 인정하면 된다. 물론 언뜻 보면 그와 같은 의제가 자연스럽지 않기는 하나, 원래부터 평가설에 의한 일실수입 산정은 자연스러움과는 거리가 있다.

142) 사실 이러한 문제는 20세기에는 손해배상액을 개별 항목마다 계산기 등에 의하여 산정할 수밖에 없는 현실적인 이유도 있었다고 보인다. 둘 중 하나가 아니라면 소득액을 가중평균하여야 하므로 계산이 지나치게 복잡해지기 때문이다. 특히 호봉제를 적용하여야 하는 공무원이 피해자인 경우에는 그 어려움이 더 커지게 된다. 그러나 지금은 손해배상 당사자나 소송대리인, 법관 등 재판 관련자 대부분에게 엑셀 등의 스프레드시트가 충분히 보급되어 있고, 비율적 인정은 수식만 일부 수정하는 방법에 의하여 충분히 반영이 가능하다.

이렇게 보지 않는다면 만약 피해자가 불법행위로 신체장애가 발생한 경우, 근무성적이 평균적이었던 피해자로서는 그 장애로 인하여 사고 전에 70-84% 수준에서 존재하고 있었던 선발가능성 상실 또는 하락이라는 분명한 피해를 입어 수입의 감소가 당연히 예상됨에도 불구하고, 이에 대하여는 아무런 손해도 전보받을 수 없게 된다. 물론 처음부터 피해자의 능력이 부족하여 선발대상이 아니었을 수는 있지만, 엄밀하게 말하면 이는 증명의 문제이다. 일단 위 비율을 기준으로 하여 피해자가 자신의 건강상태나 직무교육성적 등이 매우 우수하여 그보다 높은 선발가능성이 있다는 점을 증명한다면 위 비율보다 높은 확률의 가능성을 인정하고, 가해자가 반대의 사실을 증명한다면 위 비율보다 낮은 확률을 인정하거나 선발가능성을 배척하면 족할 것이다.

만약 법원이 어떠한 반박이나 변경의 여지도 없는 위와 같은 지원율, 선발률 자료에 따라 그것이 확실한 경우에만 조건의 성취된 것으로 판단하여야 한다는 위와 같은 입장을 일관한다면, 자료 자체가 처음부터 피해자에게 매우 유리하게 되어 있는 위 99%의 진급률과 같은 경우를 제외하면, 피해자로서는 불법행위를 당함과 동시에 입게 된 그 손해 전보 가능성에 대한 어떤 증명도 할 여지가 남지 않게 된다.

즉 위와 같은 기존의 자료에 의하여 조건 충족에 대한 상당한 개연성이 인정되지 않는다는 이유만으로 가동기간에의 산입을 전부 배척할 것은 아니며, 이는 소득능력 상실을 어떻게 평가할 것인가의 문제로서, 가동기간도 비율적으로 인정할 수 있다고 봄이 상당하다. 앞으로 법원에서의 재판 실무에서 전향적으로 판단되어야 할 부분이라고 생각된다.

3) 일용노동자에 대한 판례의 입장 및 비판적 검토

가) 판례의 변화 추이

일반 도시 또는 농촌 일용노동자의 경우, 판례는 1980년대까지는 경험

칙을 들어 55세가 끝날 때까지를 가동연한으로 인정하였으나,¹⁴³⁾ 그동안 사회·경제적 여건과 생활여건의 급속한 발전에 따른 평균여명의 상승, 기능직공무원의 정년 연장 등 제반 사정의 변화에 따라 전원합의체판결로 종전 판례를 폐기하고 일용노동의 구체적 한계 연령에 대하여 이를 사실심의 판단에 맡기면서, 일실수입의 기초가 되는 가동연한은 사실심이 우리나라 국민의 평균여명, 경제 수준, 고용 조건 등의 사회적, 경제적 여건 외에, 연령별 근로자 인구 수, 취업률 또는 근로참가율 및 직종별 근로 조건과 정년 제한 등 제반 사정을 조사하여 이로부터 경험법칙상 추정되는 가동연한을 도출하든가, 또는 당해 피해 당사자의 연령, 직업, 경력, 건강 상태 등 구체적인 사정을 고려하여 인정하여야 한다는 기준을 제시하였다.¹⁴⁴⁾ 그 후 대법원은 일반 일용노동에 종사하는 사람은 만 60세가 될 때까지 가동할 수 있다고 보는 것이 경험법칙상 타당하다고 하는 기준을 스스로 제시하면서¹⁴⁵⁾ 종전보다 4년을 더 인정하게 되었고, 이에 따라 육체노동자의 가동종료연령은 25년이 넘는 현재에 이르기까지 계속하여 60세로 인정되어 왔으며, 다만 자격이 있는 개인적 자유전문직 종사자의 경우에는 위에서 살펴본 바와 같은 연령별 종사현황 등에 비추어 일반적으로 65세 또는 70세로 보는 경험칙을 확립하였다.

나) 농업종사자의 경우 : 65세

판례는 아직까지는 농업 노동 또는 농업 노동을 주로 하는 자의 가동연한은 경험법칙상 60세가 될 때까지라고 하고 있기는 하나,¹⁴⁶⁾ 그의 연령, 직업, 경력, 건강 상태 등과 피해자가 거주하고 있는 지역의 농업종사자 현황

143) 대법원 1981. 9. 8. 선고 81다9 판결 등.

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

145) 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다11400 판결(택시운전수), 대법원 1992. 2. 11. 선고 91다29095 판결(민요풍 가요 가수), 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다6665 판결(일반노동 종사자).

146) 대법원 1995. 2. 14. 선고 94다47179 판결.

등 구체적인 사정을 고려하여 위와 같은 경험칙을 배제하고 60세를 넘어서도 가동할 수 있다는 특별한 사정이 있는 경우에만 그의 가동연한을 60세를 넘어서도 인정할 수 있다고 한다.¹⁴⁷⁾ 이에 따라 사고 당시 60세에 임박하거나 60세를 넘은 농업종사자의 경우 일반적 가동연한을 연장하여 인정하고 있다. 결국 농업노동자의 경우에도 60세를 원칙으로 하되,¹⁴⁸⁾ 광범위한 65세의 예외를 더 널리 인정하고 있는 셈이다.

그러나 개별적인 건강 상태를 고려함은 별론으로 하고, 피해자가 거주하고 있는 지역의 농업종사자 현황 등을 ‘구체적인 사정’으로 드는 것은 찬성하기 어렵다. 위에서 살펴본 바와 같이 법원이 위와 같은 현황자료 자체에 의하여 가동연한의 연장 여부를 판단하여야 한다는 입장에 서게 되면, 피해자로서는 불법행위를 당함으로써 입게 된 손해 중 일부분에 대하여는 전보 가능성에 대한 어떤 증명도 할 여지가 남지 않게 된다. 현황자료가 피해자에게 유리하게 작성되어 있으면 65세까지 인정될 수도 있고, 피해자에게 불리하게 작성되어 있으면 ‘고도의 개연성에 대한 법관의 확신’을 인정할 수 없다는 이유로 배척된다. 지금까지 농업종사자에 대하여 이러한 문제가 쟁점화되지 않은 것은, 농촌 고령화로 인하여 피해자에게 불리한 현황자료가 존재하지 않아 실제 분쟁사례로 등장하지 않았기 때문으로 보인다. 만약 농촌의 고령화가 일부 지역에서만 진행되어 지역에 따라 가동연한이 달리 인정되었다면, 위와 같은 입장은 벌써 쟁점화되었을 가능성이 농후하다. 이 점에서 전국의 농업종사자 연령통계 자체가 65세를 인정하기 충분할 정도로 형성된 현재에 이르러서는 65세를 가동연한의 기준으로 삼음이 바람직하다.

147) 대법원 1993. 11. 26. 선고 93다31917 판결, 대법원 1996. 11. 29. 선고 96다37091 판결, 대법원 1997. 4. 22. 선고 97다3637 판결, 대법원 1997. 12. 23. 선고 96다46491 판결, 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다31667 판결.

148) 위 96다25852 판결은, 농촌노동에 종사하는 피해자들의 나이가 사고 당시 각각 36세 7개월, 39세 3개월로서 비교적 젊다는 이유로, 그들의 가동연한을 인정함에 있어서 경험칙상 인정되는 ‘60세가 될 때까지’를 배제하고 ‘63세가 끝날 때까지’로 인정할 만한 특별한 사정이 없다고 하여 60세 원칙이 그대로 유지되고 있음을 선언하기도 하였다.

게다가 농어업인 삶의 질 향상 및 농어촌지역 개발촉진에 관한 특별법 제19조의4¹⁴⁹⁾가 제정된 점, 이에 따라 자동차보험 표준약관에서도 오랫동안 고수하여 온 60세를 포기하고 2011. 5. 8. 개정 표준약관에서부터 농촌 근로자의 가동연한을 65세로 개정한 점 등에 비추어 보면, 이제 농촌노동자의 경우에는 법령상 취업가능연한이 65세로 변경된 것으로 볼 것이므로, 이제는 단순히 예외를 널리 인정하는 데서 한 걸음 더 나아가 원칙을 65세로 보고,¹⁵⁰⁾ 피해자의 개별 요인에 따라 가동연한을 신축하여 인정할 것인가에 관한 문제는 피해자와 가해자가 각 증명하여야 할 영역으로 보내는 것이 상당하다.

다) 도시 지역 육체노동자의 경우

(1) 문제의 제기

나아가 도시 지역 육체노동자에 대하여도, 위 전원합의체판결이 제시한 가동연한 60세 경험칙 결정의 기초가 되는 여러 요인들은 세월의 흐름에 따라 크게 변화되었다. 아래에서 이에 관하여 살펴보기로 한다.

149) 제19조의4(자동차손해배상에서 농어업인에 대한 지급액의 보장 등) ① 정부는 보험회사등(「자동차손해배상 보장법」 제2조제7호에 따른 보험회사등을 말한다)이 같은 법 제10조에 따라 보험금등을 지급할 때 피해자가 「농어업·농어촌 및 식품산업 기본법」 제3조제2호에 따른 농어업인이면 현실소득에 따른 지급이 될 수 있도록 자동차보험에 관한 표준약관 등에서 취업가능연한의 기준이 65세 이상이 되도록 하는 등 필요한 시책을 수립, 시행하여야 한다.

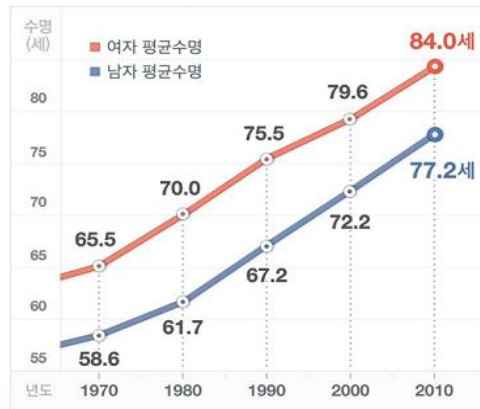
② 정부는 제1항에 따른 시책의 추진경과를 매년 6월 30일까지 국회에 보고하여야 한다.

150) 위 약관 변경 이후, 손해배상재판의 하급심 실무에서도 피해자의 건강, 농업종사자 통계 등의 개별적 요건을 심리하지 않고 농촌근로자의 가동연한 65세를 다툼 없는 사실로 정리하는 경향이라고 한다.

(2) 평균수명과 인구동태

평균수명이란 연령별 기대여명 중 특히 0세의 기대여명을 지칭하는 것이다. 가령 2000년의 평균수명이라고 하면 2000년에 태어난 사람이 언제까지 살 수 있을까를 예측한 기댓값을 의미한다.

우리 나라의 평균수명은 1950년대는 남자 51.1세, 여자 53.7세(평균 52.4세)에 불과하였으나, 이후 비약적인 증가 추이를 보이면서 2010년에 이르러서는 남자 77.2세, 여자 84.0세에 이르게 되었다. 불과 60년만에 거의 수명이 50% 가량 늘어난 것이다.



<그림2> 한국인의 평균수명 변화추이 (통계청)

위 평균수명은 2020년에는 81.5세(남 78.0세, 여 84.7세), 2050년에는 무려 88.0세(남 82.9세, 여 88.9세)로 비약적으로 늘어날 것으로 추정되고 있으며, 그에 따라 전체 인구수 중 60세 이상의 인구가 차지하는 비율은 1960년에는 5%에 불과했으나 1990년에는 7.4%로 늘어났고, 21세기 들어와 고령자의 기준이 65세로 변경되었음에도 2015년에 13.1%까지 증가되었다. 통계청은 2060년에는 고령인구 비율이 40%에 달할 것으로 예상하고 있다.¹⁵¹⁾

151) 통계청 보도자료, “2015 고령자 통계” (2015. 9.)

(3) 경제활동인구

고령인구가 늘어남에 따라 경제활동인구의 연령분포가 피라미트 형태에서 통형으로 바뀌며 균등화해 가는 경향을 보이고 있다.

연령별 경제활동 참가율을 보면, 2016년 9월 현재 65세 이상의 인구는 약 698만 5천명이고, 그 중 경제활동인구가 232만 9천명에 달하고 있어 경제활동참가율이 33.3%에 이르고 있다. 이는 15세 이상 전체 인구 경제활동참가율 63.3%에 비추어 크게 낮다고까지 볼 수는 없는 수치이고, 이와 같이 고령층의 경제활동 참가는 점점 늘어나고 있는 상황이다.

(4) 경제수준의 향상

위 전원합의체 판결 당시 5,860달러이던 1인당 GNP는 1994년에 1만 달러를 돌파하였고, 이에 1996. 12. 12. 경제협력개발기구(Organization for Economic Co-operation and Development, 이하 'OECD'라고만 한다)에 가입하면서 일응 선진국 대열에 진입하였다는 평가를 받게 되었으며, 2015년의 1인당 GNP는 25,976달러에 달하게 되었다. 국제통화기금(International Monetary Fund, IMF)는 우리나라의 2021년 1인당 GNP가 약 35,000달러에 달할 것으로 추정하고 있다.¹⁵²⁾

(5) 중도퇴직의 증가

60세 법정정년이 일부 적용되기 시작한 올해에 이르러서도 정년으로 퇴직한 사람은 많지 않다. 정년퇴직자는 8.2%에 불과하고, 사업 부진 등의 기업 경영악화로 퇴직한 사람이 30.6%로 가장 많으며, 권고사직이나 명예 퇴직, 정리해고가 9.6%, 일을 그만둘 나이가 되었다고 생각하여 퇴직한 사

152) <http://www.imf.org/external/datamapper/index.php> (2016. 9. 30. 확인)

람이 8.5%이다. 자신의 건강이 좋지 않거나(19.8%), 가족을 돌보기 위한 것이거나(13.0%), 경제적 여유가 있거나 여가를 즐기거나 자영업을 하기 위한 목적(10.2%)으로 자발적인 퇴사를 한 사람은 43% 정도에 불과하므로, 결국 절반 가량이 마지못해 떠밀려 직장을 떠난 것이다.¹⁵³⁾

지난해 OECD가 발표한 자료에 따르면 2009년부터 2014년까지 우리나라 남성의 실질적인 평균 은퇴연령은 72.9세, 여성은 70.6세다.¹⁵⁴⁾ 여기에서 은퇴란 먹고 살기 위한 경제 활동을 완전히 그만두는 나이를 말한다. 이는 OECD 회원국 중 가장 높은 것으로서 한국만 유일하게 실질 평균 은퇴연령이 70세 이상이다. 우리나라 사람들의 실제 은퇴 연령은 OECD 회원국 평균인 남성 64.6세, 여성 63.2세보다 무려 8.3세/7.4세나 높다. 한국 다음으로는 멕시코 72.0세/68.1세, 중국 70.9세/70.3세, 아이슬란드 69.4세/68.0세, 일본 69.3세/67.6세 순이었고, 주요국의 실질 은퇴연령은 미국 65.9세/64.7세, 영국 64.1세/62.4세, 독일 62.7세/62.7세 등이며, 프랑스는 60세에도 미치지 못했다(59.4세/59.8세).

다른 OECD 회원국들 대부분의 공식 퇴직연령이 65세인 것과 달리¹⁵⁵⁾ 우리나라의 공식 퇴직연령이 올해부터야 겨우 60세에 이르게 되었다는 점에 비추어 본다면, 우리나라에서는 이미 수년 전부터 은퇴 후 재취업해서 일하는 사람이 다른 국가에 비해 상당히 많았다는 것을 의미한다.

우리나라 일반 직장인은 정년을 다 채우고 퇴직하더라도 최소 10년 이상은 노동시장에서 일을 하고 있는 셈이다. 이것은 전 세계적으로 가장 늦

153) 통계청 보도자료, “2016년 5월 경제활동인구조사 청년층 및 고령층 부가조사” (2016. 7.), 24쪽.

154) OECD, “Ageing and Employment Policies - Statistics on average effective age of retirement”, <http://www.oecd.org/els/emp/average-effective-age-of-retirement.htm>, (2016. 9. 30. 확인)

155) 위 자료에 의하면, OECD 34개국의 2014년 공식적인 정년 평균은 남자 64.0세, 여자 63.1세이고, 공식 정년이 우리나라의 그것 이하인 나라는 벨기에(남녀 공히 60세), 터키(남 60세, 여 58세), 슬로베니아(남 58.7세, 여 58.3세) 뿐이다.

은 나이까지 일하는 나라가 우리나라라는 사실을 알려 준다.

(6) 기능직공무원 및 민간기업들의 정년 연장

1960년대까지 55세였던 기능직공무원의 정년은 1980년대에 이르러 58세로 연장되어 위 전원합의체 판결에서의 경험칙상 60세의 토대가 되었고, 현재에 이르러서는 60세로 변경되었다. 또한 위에서 살펴본 바와 같이 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률이 2017년부터 모든 근로자의 정년을 60세로 정하면서, 공공부문뿐만 아니라 민간기업을 포함한 모든 근로자의 직장에서의 정년은 60세가 되었다.

(7) 공적 연금제도의 변화

국민연금은 2034년부터 수급개시연령을 65세로 규정하고 있고,¹⁵⁶⁾ 위에서 언급한 바와 같이 민간기업의 정년이 60세로 연장된 것도 이와 같은 국민연금의 수급개시연령이 연장된 것과 궤를 같이한다. 위 전원합의체 판결 당시 60세였던 기초연금(종전의 기초노령연금)의 수급시기도 현재 65세로 변경되어 있다.¹⁵⁷⁾

공무원연금과 사립학교교직원연금의 수급개시연령 또한 2033년부터 65세로 변경된다.¹⁵⁸⁾

156) 국민연금법 제61조 제1항, 부칙(2007. 7. 23. 법률 제8541호) 제8조. 1952년생까지는 60세, 1953~1956년생은 61세, 1957~1960년생은 62세, 1961~1964년생은 63세, 1965~1968년생은 64세, 1969년생은 65세가 수급개시연령이 된다. 이에 따르면 2016년 현재는 61세이고, 2019년부터 62세, 2024년부터 63세, 2029년부터 64세, 2034년부터 65세가 된다.

157) 기초연금법 제3조(기초연금 수급권자의 범위 등) ① 기초연금은 65세 이상인 사람으로서 소득인정액이 보건복지부장관이 정하여 고시하는 금액(이하 "선정기준액"이라 한다) 이하인 사람에게 지급한다.
② 보건복지부장관은 선정기준액을 정하는 경우 65세 이상인 사람 중 기초연금 수급자가 100분의 70 수준이 되도록 한다.

(8) 외국의 사례

① 영국 : 의학적 증거와 사고 당시 피해자의 건강 상태, 직종 및 고용 상황 등 재판 당시 알려진 제반 사정을 기초로 하여 60세에서 72세까지의 범위 중에서 피해자의 가동연한을 정한다.¹⁵⁹⁾

② 미국 : 65세로 정하는 방법과 노동부가 인구조사청의 현재인구조사표를 바탕으로 발간한 가동기간표(Bureau of Labor Statistics approach, BLS) 또는 이를 수정한 표를 적용하는 방식으로 나뉜다.¹⁶⁰⁾ 우리 대법원은 미국인이 피해자인 사건에서 65세를 적용한 원심의 조치가 정당하다고 판시한 바 있다.¹⁶¹⁾

③ 일본 : 67세를 원칙으로 하되, 60세가 넘는 고령자는 평균여명의 1/2로 한다.¹⁶²⁾

④ 중국 : 장애확정일부터 20년이고, 최대 80세까지 인정하되, 피해자가 75세 이상일 경우에는 5년분을 산정한다.¹⁶³⁾ 물론 중국의 사망배상금 또는 장해배상금은 위에서 살펴본 바와 같이 소득 상실로 인한 손해의 전보가 아니라 사고로 생계에 발생한 위험을 전보한다는 개념이므로(따라서 사망사고의 경우 생계비 공제도 하지 않는다) 손해배상법리가 상이한 우리 나

158) 공무원연금법 제46조 제1항 제1호, 부칙(2015. 6. 22. 법률 제13387호) 제7조, 사립학교교직원 연금법 제42조, 부칙(2015. 12. 15. 법률 제13561호) 제7조. 2016년 현재는 60세이고, 2022년부터 61세, 2024년부터 62세, 2027년부터 63세, 2030년부터 64세, 2033년부터 65세로 규정되어 있다.

159) 외국사법제도연구반, 앞의 책, 224쪽.

160) 외국사법제도연구반, 앞의 책, 54-55쪽.

161) 대법원 1970. 2. 10. 선고 69다2039, 2040 판결. 미국연방법에 의하면 65세 이하의 근로자를 그 나이를 이유로 하여 고용 및 고용조건에 있어서 불리하게 차별할 수 없다고 규정하고 있고 미국에서는 특별한 경우를 제외하고는 일반적으로 65세가 되면 직장에서 은퇴하고 있다고 판시하였다.

162) 외국사법제도연구반, 앞의 책, 406쪽.

163) 위 인신손해배상 사법해석 제25조, 제29조.

라와 직접적인 비교는 어려우나, 고령자의 경우에는 참고가 될 수 있을 것이다.

(9) 검토 : 65세로의 상향

위에서 살펴본 바와 같이 육체노동자의 가동연한을 60세로 인정한 1980년대 말부터 1990년대 초반 시절과는 많은 부분이 달라지고 있음에도, 현재 법원이 취하고 있는 가동연한에 관한 입장은 달라지지 않고 있다. 이는 경비원 등 감시단속적 업무에 종사하는 사람의 상당수가 60세 이상이고, 공사현장에서도 60대 이상의 목수 등을 흔히 볼 수 있는 현실과도 상당한 괴리가 있다.

실제 재판에서도 피해자의 연령이 이미 60세를 넘은 경우가 많다. 물론 이들이 실제 직업에 종사하고 있는 경우에는 구체적 타당성을 따져 얼마간의 가동기간을 인정하는 사례가 많기는 하지만,¹⁶⁴⁾ 60대 초반과 같이 현재 경제상황에 비추어 볼 때 직업에 종사할 수 있는 충분한 나이인 경우에도 당장 현직에 종사하고 있지 않다는 이유만으로 일실수입을 전혀 인정하지 않는 것은 불합리한 면이 있다.

가동연한이란 일할 수 있는 능력, 즉 노동력이 있는 나이를 의미하는 것인데, 단순히 60세를 초과하였다는 이유만으로 가동능력을 배척하는 것은, 사고 당시에는 전혀 근로의지가 없으면서 노숙 등의 생활을 하는 자가 단순히 성년이고 가동연한이 남아 있다는 이유만으로 향후에는 근로할 능력이 있다고 보아 장래의 기간에 대하여는 일용노임 상당의 수입을 인정하여 온 것과 비교해 보더라도 형평성에 어긋난다.

또한 위에서 살펴본 바와 같이, 판례도 이미 오래 전부터 농촌근로자에 대하여는 각종 농업종사자 통계 등에 비추어 65세를 인정하여 왔고, 비록 그것이 손해배상에서의 법리를 선언한 것은 아니라 하더라도 농어업인 삶

164) 이들은 주로 계약직이므로, 남은 계약기간 정도를 인정하거나, 해당 직종의 재계약 비율 등을 심리하여 1-2년 가량을 더 인정하는 것이 실무례였다.

의 질 향상 및 농어촌지역 개발촉진에 관한 특별법 제19조의4에 의하여 자동차보험의 가동연한이 이미 변경되기에 이르렀다면 농촌근로자의 가동연한은 법령화되었다고 볼 것인데, 이와 같은 사회변화 및 취업자의 현황 통계 등에 비추어 볼 때 농촌과 도시를 차별하여 적용할 만한 특별한 이유가 없다.

특히 본인이 기여금 납부여부와 관계 없이 최저생계를 보장해 주기 위한 목적인 기초연금의 경우 수급연령을 65세로 정한 것은, 그 나이 이전까지는 본인의 노동력으로 돈을 벌 수 있다는 현재 경제상황을 충분히 고려한 정책판단이다. 국가에서조차 공식적으로는 65세까지 돈을 벌 능력이 있다고 하여 기초연금 지급대상에서 배제하였는데, 사고가 발생하였을 경우에는 가동능력을 인정하지 않고 60세까지만 가동할 수 있다고 보는 것은 서로 모순된다.

그리고 현재 사망사고에서의 일실수입을 산정함에 있어 생계비는 가동연한 내에서만 공제하고 있다.¹⁶⁵⁾ 이는 가동연한이 경과하는 경우 부양을 받는 입장으로 변하기 때문이라고 보는 것이다.¹⁶⁶⁾ 그런데 핵가족화가 급격하게 진전되고, 가장이 모든 가족을 부양하고 은퇴 후에는 자식으로부터 부양을 받던 시기는 이미 지나갔다. 자식들은 성장하면 독립하여 별도의 생계를 유지하고, 은퇴 후에도 자식과 함께 살지 않는 것이 보통이다. 1인이 얻을 수 있는 소득의 부족으로 인하여 맞벌이가 일상화되고, 이직도 빈번해졌으며, 운 좋게 첫 직장을 장기간 재직한 후 퇴직하더라도 대부분의 퇴직자들이 자식들에 의한 부양을 받지 못하는 실정이며, 이미 노년층의 부양은 전국민 연금제도에 의하여 이루어질 수밖에 없는 상황에 이르렀으므로, 연금의 수령시기가 도래할 때 비로소 스스로를 부양할 책임에서 벗

165) 대법원 1972. 4. 25. 선고 71다1156 판결.

166) 같은 이유로, 사망으로 인하여 장래 지급받을 수 있었던 연금수입의 상실분을 청구하는 경우에는 제3자로부터의 부양을 받는 것이 아니라는 전제하에 생계비 공제가 긍정되고 있다. 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다8890 판결, 대법원 1993. 4. 27. 선고 92다18795 판결, 대법원 1993. 7. 27. 선고 93다1718 판결.

어나는 것이고, 그 시기까지는 가동능력이 있어야만 생계를 유지할 수 있으며, 영양상태와 의료기술의 발전에 의하여 단순히 60세가 넘은 것만으로는 노인이라고 인정받지도 못하는 것이 현실이고, 노인으로서의 각종 입장료, 지하철요금 면제 혜택 등도 모두 65세부터 인정되고 있다.

나아가 위에서 언급한 다른 나라의 사례를 보면, 가동연한으로 인정되는 나이와 실질은퇴연령에는 큰 차이가 나지 않는데, 우리나라만 유독 그 차이가 10세 가량으로 심각하게 벌어진 수준으로서, 법원이 현재 고수하고 있는 경험칙이 현실을 반영하지 못하고 있다는 점은 명백하다.

결국 우리 사회가 최근 급속히 노령화되고 있는 시점에서, 이러한 노인 피해자의 손해배상 산정에서의 지나친 불이익을 매우기 위해서는 기존 판례가 고수하여 온 육체노동자의 경우에는 60세, 개인적 자유전문직 종사자의 경우에는 65세라는 가동연한 기준은 노령화 사회에 맞추어 연장되어야 한다고 생각된다.

이에 대하여 곧바로 70세까지 올려야 한다는 견해도 있고,¹⁶⁷⁾ 이러한 견해는 위에서 본 실질은퇴연령 통계에는 어느 정도 부합하는 것으로 보이기 는 하지만,¹⁶⁸⁾ 위에서 살펴본 사회경제적 사정들에 관한 전체적인 지표, 즉 각종 정년이나 공적연금 수령개시연령, 특히 65세부터는 기초연금에 의하여 생계의 보조가 이루어지는 점, 노인으로서의 각종 혜택 등이 65세부터 이루어지는 점 등을 종합적으로 살펴보면, 경험칙에 의하여 인정되

167) 윤석찬, 앞의 글, 127쪽.

168) 정책적으로는 그와 같은 급격한 변동이 경제에 미칠 영향도 고려해 보아야 한다. 인신사고의 다수를 차지하는 것은 자동차사고이고, 가동연한의 변화는 필연적으로 자동차보험료율의 상승을 초래한다. 만약 한번에 70세로 변경한다면 20세인 피해자를 기준으로 하더라도 가동기간을 25% 늘리는 것이고, 50세를 기준으로 한다면 가동기간이 100% 늘어나는 것으로서, 상당한 보험료율 상승이 예견된다. 그런데 현대 사회에서는 상당수의 국민이 자동차를 보유하고 있고, 자동차 소유자들은 자동차손해배상 보장법에 따라 일정 범위의 보험 가입이 의무화되어 있다. 따라서 이는 사실상 준조세에 가까운 자동차보험료의 증가를 가져와 개별 차주들의 가처분소득을 줄이는 결과를 낳게 되므로, 그러한 부작용 등도 신중하게 고려할 필요가 있다.

는 가동연한은 육체노동자와 자유전문직 여부를 가리지 말고 일단 65세까지 상향 조정함이 상당하고,¹⁶⁹⁾ 개인적 자유전문직 종사자에 대하여는 경험칙에 의한 별도의 기준을 폐지하고 위 65세를 기준으로 하여 해당 직종의 현재 상황과 개인의 건강상태, 연령 등을 고려하여 개개의 사안에서 증명의 정도에 따라 가동연한을 정함이 바람직하다고 생각된다.

다만 피해자가 장기간 공직 또는 민간기업에 근무하였다거나 하는 사정으로 공적 연금을 65세 이전에 수령할 수 있고, 피해자의 재산상태 등에 비추어 따로 일반 육체노동에 종사하지 않을 것으로 보이는 경우에는 이보다 짧은 가동연한이 인정될 여지가 있으나, 그러한 사정은 가동연한의 기준 설정에 고려할 사항이 아니라 개별 사안에서 가해자가 적극적으로 다투어 증명할 내용이라고 할 것이다.

169) 65세로의 상향도 지나치게 급격하다면, 전국 법원 손해배상 담당재판부 등의 논의를 거쳐 각종 공적연금 수령시기가 상향예정된 것에 맞추어 4~5년에 1년씩 조금씩 기준연령을 상향조정하는 것을 대외적으로 공표하는 방식으로 적용하고(위에서 살펴본 바와 같이, 일본에서는 이와 같은 방식에 의하여 법원의 기준을 대외적으로 공표함으로써 많은 사건에서 불필요한 다툼의 발생 여지를 줄이고 있다), 공적연금 수령개시연령이 65세로 통일되는 2034년부터 일괄적으로 65세를 적용하는 방법도 고려할 수 있다고 생각된다.

제 2 절 일실수입기준으로서의 일용노임에 대한 검토

1. 종전의 논의 : 최저한도의 기본임금

통계적 방법의 이용이 여러 분야에서 늘어나고 있는 현대사회에 있어서 손해배상액의 산정에 있어서도 통계자료의 이용이 점차 증가하였다. 위에서 언급한 기대여명도 통계자료에 해당하고, 가동개시연령 및 가동연한의 결정기준을 논함에 있어서도 다수의 통계가 등장한 바 있다.

현재의 일실수입 소득액 산정기준을 개별적으로 살펴보기 위해서는 일용노임에 대하여 살펴보는 것부터 출발하는 것이 좋을 듯하다. 무직자, 학생, 전업주부 등의 경우 일용노임이라는 기준이 적용되고 있고, 일용노임은 현재 손해배상액 산정에서 이른바 최저한도의 기본임금으로 기능하고 있기 때문이다.

현재 무직자 등의 향후 기대수입을 일용노임으로 산정하고 있는 것은 그것이 보통 건강체의 사람이면 얻을 수 있는 최소한도의 수입이라는 데 있다. 이는 특별한 사정이 없는 한 그만큼의 수입은 있다고 보아 이러한 일반노임의 증명으로서 일용 피해자가 그 증명책임을 다한 것으로 하여 향후 소득에 관한 피해자의 증명 곤란을 완화해 주고자 함에 그 본래의 뜻이 있다고 한다.¹⁷⁰⁾ 결국 현재의 일용노임은 ① 최저한도의 기본임금으로서 ② 피해자의 증명책임을 경계선을 이루고 있다.

2. 일용노임의 유형

일실수입 손해배상액 산정에 쓰이는 일용노임은 크게 도시일용노임과 농촌일용노임으로 대별된다. 현재는 원칙적으로 도시지역에 거주하는 사람은 도시일용노임을, 농촌지역에서 거주하는 사람은 농촌일용노임을 기

170) 대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카331 판결.

준으로 일일수입 배상액을 산정하고 있다.

도시일용노임은 대한건설협회가 조사, 작성하는 통계법 제17조¹⁷¹⁾에 의한 지정통계로서 매년 9월과 5월을 기준기간으로 하여 두 차례 조사한 결과를 1월과 9월에 각각 발표하는 시중노임단가 중 보통인부의 노임단가를 의미한다.¹⁷²⁾ 대한건설협회는 1월 공표자료는 1월부터, 9월 공표자료는 9

171) 통계법 제17조(지정통계의 지정 및 지정취소) ① 통계청장은 통계작성기관의 장의 신청에 따라 정부의 각종 정책의 수립·평가 또는 다른 통계의 작성 등에 널리 활용되는 통계로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 통계를 지정통계로 지정한다.

1. 전국을 대상으로 작성하는 통계
2. 지역발전을 위한 정책수립 및 평가의 기초자료가 되는 통계
3. 다른 통계의 모집단자료로 활용 가능한 통계
4. 국제연합 등 국제기구에서 권고하는 통일된 기준 및 작성방법에 따라 작성하는 통계
5. 그 밖에 지정통계로 지정할 필요가 있다고 통계청장이 인정하는 통계

② 통계청장은 지정통계가 제1항에 따른 지정요건을 갖추지 못하게 되는 경우에는 그 지정을 취소할 수 있다.

③ 통계청장은 지정통계를 지정하거나 지정통계의 지정을 취소한 때에는 이를 고시하여야 한다.

④ 지정통계 지정의 절차 및 방법과 제3항에 따른 고시에 포함되어야 할 사항 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

172) 통계법 제17조에 의한 또 하나의 지정통계로서 중소기업중앙회에서 조사, 공표하는 제조부문 일용노임단가도 존재하나(매년 6월에 조사하여 10월에 발표), 대법원 1992. 7. 10. 선고 92다15871 판결은, 일반적으로 제조부문의 노동시장은 건설부문의 노동시장에 비하여 상대적으로 제한적, 폐쇄적인 성질을 갖고 있어 취업의 기회가 보편적이지 못한 점, 제조부문은 다양한 업종을 포함하고 있어 그 노동의 유형과 거기에 적응하는 신체적, 연령적 조건 또한 다양한 점 및 위 거래가격표상 제조부문의 노임액이 현재의 임금수준과 물가의 동향에 비추어 지나치게 적은 점 등에 비추어 볼 때, 위 거래가격표상의 제조부문의 노임은 보통의 건강한 사람이라면 누구나 일반적으로 종사하여 얻을 수 있을 것으로 기대되는 노임으로 보기에 부적당하다고 판시하여 그 적용을 부정하고 있다.

실제로 중소기업중앙회, “중소제조업 직종별 임금조사보고서” (2016. 10.), 23쪽에 의하면 단순노무종사원(2012년 이전 공표분에서의 명칭은 보통인부)의 일급은 66,630원으로서 대한건설협회, “2016년 하반기 적용 건설업 임금 실태조사 보고서” (2016. 9.), 9쪽의 보통인부 일용노임 99,882원의 2/3 수준이다.

월부터를 각 적용시점으로 명시하고 있으나,¹⁷³⁾ 손해배상액의 산정에 있어서는 소득에 대한 통계자료로서 적용하는 것이므로 조사시기를 기준으로 1월 공표자료는 전년도 9월부터, 9월 공표자료는 당해 연도 5월부터 각각 적용하는 것이 상당하고, 법원의 실무도 같은 입장이다.¹⁷⁴⁾ 가장 최근의 2016. 9. 공표(조사시기 2016. 5.) 시중노임단가에 의하면 도시일용노임은 99,882원이고, 여기에 일반적으로 인정되는 가동일수 22일을 곱하면 2,197,404원이다. 이 글에서 향후 도시일용노임을 인용하는 경우에는 계산 및 이해의 편의를 위하여 일만 단위 기준으로 반올림하여 월 220만 원으로 인용하기로 한다.

농촌일용노임은 통계청에서¹⁷⁵⁾ 조사한다.¹⁷⁶⁾ 고용-노동-임금에 관한 통계가 아니라 물가-가계 통계로 조사된다는 점이 특색이다. 남녀를 구분하여 발표하고, 남녀를 구분하지 않은 평균액수¹⁷⁷⁾는 발표조차 하지 않으며, 남녀 사이의 금액이 지나치게 차이나는 것이 불합리하다는 지적이 있기는 하나, 농업노동임금 통계의 작성목적 자체는 농업노동자의 임금수준이 얼마나 되는지를 살펴보기 위한 것이 아니라, ‘농가구입가격’ 항목의 하위항목으로서 얼마의 비용을 지불해야 나에게 부족한 일손을 충당할 수 있는지, 즉 자영농의 비용이라는 측면에서 접근한 것이어서 조사방법 자체가 잘못되었다고 볼 수는 없다. 3개월 단위로 남자와 여자를 나누어 공표하는데, 가장 최근에 공표된 2016년 2/4분기 농업노동임금은 남자 105,431원, 여자 69,940원이다.

173) 대한건설협회, 앞의 자료, 6쪽.

174) 노태현, 산재 구상금 사건 소송실무, 서울남부지방법원 (2015), 68쪽.

175) 종전에 농업협동조합중앙회의 농협조사월보에서 공표되고 있었는데, 2008년부터 통계청으로 이관되었다.

176) 국가통계포털(<http://kosis.kr>) (2015. 9. 30. 확인)에서 물가-가계 → 물가 → 농가판매 및 구입가격조사 → 농가구입가격지수 순으로 들어가 확인이 가능하다. 농업노동임금이 해당 통계의 디폴트값이 아니어서 조회조건까지 변경해야 볼 수 있다.

177) 조사대상이 된 남녀의 비율이 다르므로 단순평균한 액수가 전체 평균이라고 볼 수도 없다.

이 때문에 현실에서는 피해자가 남자인 경우 피해자 측에서 향후 농업 노동에 종사할 가능성이 높다고 주장하는 것이 일반적이고, 심지어 도시지역에 거주하고 있던 피해자들 중에는 현재 대세인 이농현상과 반대로 사고만 아니었다면 장차 농촌에 돌아가 농사를 지을 예정이었다고 주장하는 경우도 있다. 물론 가해자 쪽에서는 도시노동에 종사할 가능성이 높다고 다투는 것이 보통이다. 그런데 여자인 경우에는 서로 입장을 바꾸어 상반된 주장을 하게 된다. 그런데 인신사고의 대부분을 차지하는 교통사고에 있어서 피고는 가해자가 아닌 자동차보험회사이고, 자동차보험회사 측에서는 거의 유사한 사정을 가진 여러 사건에 대하여 일관되지 못하고 사건마다 서로 반대의 주장을 하는 기이한 현상이 발생하는 것이다.¹⁷⁸⁾ 현재의 통계조사방법이 변경되거나, 법원이 농촌노동자에 대하여 다른 기준을 적용하거나 하지 않는 한 이와 같은 현상은 계속될 수밖에 없을 것이다.

3. 농촌 거주자에 대한 농촌일용노임의 일반적용 타당성 문제

대법원은 일관하여 거주지가 농촌인 이상 도시에서 생활을 영위할 만한 특별한 사정이 없다면 농촌일용노임을 적용하는 것이 옳다는 입장을 견지하고 있다. 아버지가 경찰공무원이고 어머니는 가정주부로서 부모가 모두 농업에 종사하지 아니하고 농토 등의 농업기반도 없는 사례에서, 그러한 점만으로는 피해자가 장차 농촌을 떠나 도시로 이주하거나 농촌에 거주하면서 도시에서 취업한다고 단정할 수 없다거나,¹⁷⁹⁾ 망인이 미혼으로서 이 사건 사고 직전 3개월간 택배사업을 한 일이 있고, 약 11개월간 서울에서 거주한 사례에서, 그 외에는 줄곧 농촌지역에 거주해 왔고 망인의

178) 실제로 진행했던 어느 기일에서, 사안은 비슷하고 피고도 동일하며 단지 원고의 성별만 바뀐 연이어 진행된 두 개의 사건에서, 두 사건 모두 피고 측의 소송대리인으로 선임되어 있던 변호사가 사건별로 180도 태도를 전환하여 이러한 주장을 하는 것을 본 적이 있다.

179) 대법원 1995. 7. 11. 선고 95다3428 판결.

모친과 형제 또한 농촌지역에 거주하여 오고 있음을 알 수 있으며 달리 망인이 장차 주거지를 떠나 도시에서 거주할 만한 특별한 사정이 있음을 찾아 볼 수 없으므로 일실수입을 산정함에 있어서 농촌일용노임 상당액을 기초로 한 것은 정당하다¹⁸⁰⁾는 등의 판시가 그것이다. 이들 모두 도시일용노임의 적용에 대하여 ‘단정할 수 없다’, ‘특별한 사정을 찾아볼 수 없다’는 등의 표현을 사용하여 농촌 거주자에게 농촌일용노임이 당연히 적용된다는 것을 전제하는 취지를 표시하고 있다.¹⁸¹⁾

그러나 위에서 살펴본 바와 같이 농촌일용노임은 임금수준을 표상하는 통계가 아니라 비용에 관한 통계이다. 대법원도 자영농의 일실수입이 문제된 사안에서, 농촌진흥청 발행의 “농축산물표준소득표”는 그 조사목적이 일반농가의 평균적인 실제소득의 산출을 위한 것이 아니라 영농설계나 경영개선 연구지도를 위한 자료의 제공에 있는 것이라고 하면서 추정소득산정의 기초자료로 이용할 수 없다고 한 바 있는데,¹⁸²⁾ 이와 비슷하게 영농을 위한 비용의 자료 제공을 목적으로 조사된 농촌일용노임만을 달리 취급할 이유가 없다.

또한 오늘날 주민등록상의 주거지와 실제 주거지가 다르거나 여러 곳에 번갈아 거주하는 경우도 자주 발생하고 있고, 도농통합도시 등 지역의 광역화로 농토가 없는 대도시도 없으며, 농산물 가공공장 등의 확대로 도시성 노동의 필요성이 있는 농촌도 많고, 교통기관의 발달과 도로망의 확충으로 전국 1일 생활권이 형성되면서 도시와 농촌 사이의 벽이 허물어진 지 오래되었다.

이러한 여러 가지 사정에 비추어 볼 때 농촌일용노임은 특별한 사정이 없는 한 보통 건강체의 사람이면 얻을 수 있는 최소한도의 수입이라는 점을 충족하지 못한다고 보이고, 농촌에 거주한다는 것과 농촌일용노임의 통

180) 대법원 2004. 4. 27. 선고 2004다2878 판결.

181) 김종배, “일실이익의 산출방법과 산정기준”, 재판자료 제21집 (1984), 102쪽은 과거에는 농촌과 도시의 일용노임 수준에 큰 격차가 없었던 시기에 위와 같은 판례가 형성되었다고 지적한다.

182) 대법원 1993. 4. 9. 선고 92다55701 판결.

계가 존재한다는 증명만으로 일용 피해자가 그 증명책임을 다하였다고 보기에는 무리가 있다. 즉 농촌일용노임은 일용의 증명책임을 대한 기준값으로 기능한다고 보기는 부족하고, 농촌일용노임에 의한 일실수입 산정을 주장하는 남성 피해자는 단순히 농촌에 거주한다는 점 뿐만 아니라 농업노동에 종사할 것이라는 개연성, 즉 영농의 의사, 경험, 농업교육을 받고 있거나 과거에 받았다는 점 등을 함께 증명하여야 한다고 봄이 상당하다.

농촌일용노임이 더 낮은 여자의 경우에는 교통의 발전으로 도농간의 이동에 큰 불편이 없는 점 등에 비추어 도시일용노동에 종사할 가능성이 높다고 보아 일률적으로 도시일용노임을 적용함이 상당하다.¹⁸³⁾

결국 거주지가 도시이나 농촌이나에 따라 최저한의 기본임금으로 어떤 일용노임을 적용할 것인지를 달리하는 종전의 산정기준을 변경되어야 하고, 일실수입에 대한 최저한의 기준값은 도시일용노임으로 통일하여 적용함이 바람직하다고 할 것이다.

4. 현실수입 없는 피해자에 대한 일용노임의 일률적 적용에 대한 비판

앞서 살펴본 바와 같이 일실수입 손해의 본질뿐만 아니라 그 액수의 산정에 관하여도 차액설적 산정방법을 취해 온 과거에도, 결국 무직자, 학생, 전업주부 등 현실적으로 수입이 없었던 피해자에 대하여는 일용노임 상당의 수입을 인정하여 왔다.

이것은 아마도 우리나라가 개발도상국에 머물러 있던 시절에는 사회, 경제적 현실에 비추어 일용노동이 가장 기본적인 직종이라고 생각되었고, 당시에는 손쉽게 이용할 수 있는 통계자료가 건설노임이나 농업노임밖에

183) 대법원 1980. 2. 26. 선고 79다1899 전원합의체 판결은, 현실수입보다 일용노임이 더 큰 경우에는 일용노동에 종사하리라는 개연성이 농후하므로 일용노임을 기준으로 일실수익을 산정하여야 한다고 하였는바, 여성의 농촌일용노동과 도시일용노동 사이에도 그와 같은 법리를 유추적용할 수 있을 것이다.

없었기 때문이라고 추측되고 있다.¹⁸⁴⁾ 그러나 3차 산업의 비중이 80%를 초과하였고, 다양한 소득통계가 조사, 발표되고 있는 등 사회경제구조가 혁신적으로 발달된 오늘날에 이르러 현실적 수입이 없는 피해자에 대하여 경우의 수를 구분하지 않고 일률적으로 일용노임이라는 기준을 적용하는 것이 과연 적절한지 의문이 아닐 수 없다.

장기간 무직자의 경우에는 이미 무직이었다는 상태에 비추어 볼 때 장래의 다양한 가능성의 폭이 줄어들어 있으므로 불법행위가 없었다면 기대할 수 있었던 소득능력도 이미 그 폭이 줄어들어 있는 상태를 기준으로 산정하여야 하고, 그 기준으로서도 종래와 마찬가지로 최저한도의 기본임금을 적용하여도 무방할 것이다. 이와 달리 학력이나 경력 등에 비추어 충분한 능력을 가지고 있지만 일시적으로 무직상태에 있었던 경우에는 그러한 사정을 피해자가 증명하면 된다.¹⁸⁵⁾ 이는 종전의 논의를 그대로 차용할 수 있다고 본다.

그러나 학생 또는 미취학아동의 경우에는 불법행위로 인하여 장래의 다양한 가능성이 상실된다. 언뜻 보기에는 무직자와 유사해 보이지만, 학생이 직장을 가져보지 못한 이유는 본인의 취업의사나 능력과는 상관없이 없고, 직업을 갖기 위한 교육과정에 있다는 데 있다. 이러한 경우까지 최저한도의 기본임금을 적용한다면 그 다양한 가능성의 상실에 대한 손해는 전혀 전보되지 못하는 것으로서 부당하므로, 장래의 다양한 가능성을 포섭할 수 있는 새로운 기준이 제시되어야 한다.

가사노동에 대하여는 최저한도의 기본임금의 문제로 접근하여서는 안

184) 유태현, “가정주부의 일실이익”, 민사판례연구 제12집 (1990), 180쪽; 이진화, “가사노동 종사자의 일실수입 산정”, 재판실무연구 2005, 광주지방법원 (2006), 38쪽.

185) 종전의 판례도 일시적인 무직자로서 특정기능과 경험이 있어 그러한 직종에 취업할 가능성이 있는 경우에는 그 직종의 평균소득액을 기초로 하여야 하고, 상당한 정도의 학력·경력 내지 자격을 가지고 있는 경우에는 그에 상응하는 노동능력에 대한 평가액을 기초로 기대수입손해를 산정해야 한다고 한다. 대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카174 판결, 대법원 1987. 11. 10. 선고 87다카376 판결, 대법원 1988. 5. 24. 선고 87다카1518 판결, 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다34650 판결 등.

되고, 전업주부인 경우뿐만 아니라 가사에 종사하고 있었던 모든 피해자에 대하여 상실된 가사노동능력에 비례한 가사노동의 가치를 별도의 일실수입으로 배상하여야 하며, 그 배상액의 산정은 통계자료에 의하여 이루어짐이 상당하다.

이하에서 항을 나누어 더 구체적으로 살펴보기로 한다.

제 3 절 학생 및 미취학아동의 일실수입

1. 문제의 제기

교통사고 손해배상소송에서는 학생이나 미취학아동이 사망하거나 다친 경우도 꽤 많다. 경찰청의 2015년 교통사고통계에 의하면, 전체 교통사고 사망자 4,621명과 부상자 수 350,400명 중에 6세 이하가 차지하는 비율이 31명(0.7%)과 6,389명(1.8%), 7~14세 사이는 52명(1.1%)과 12,135명(3.5%)로 나타난다.¹⁸⁶⁾

이미 가동개시연령에 도달한 대학생이나 이에 근접한 고등학생의 경우에는 성인이 다친 경우와 큰 차이가 발생하지 않지만, 미취학 아동이나 초중학생의 경우에는 배상액에 있어서의 중간이자 공제에서의 불이익 문제가 크게 다가오는 것처럼 보이는 현상이 있다. 성인이 노동능력을 상실하면 사고일부터 가동연한까지 일실수입이 배상액에 포함되는데, 미성년자인 경우 가동개시연령까지는 일실수입이 발생하지 않는 것으로 보기 때문이다.¹⁸⁷⁾

고등학생이나 대학생을 포함하여 모든 학생들에 대한 또 하나의 쟁점은, 이들에 대한 일실수입의 기준을 무직자와 동일하게 일용노동자의 노임에 의하여 배상하고 있다는 점이다. 물론 대학생의 경우 전공에 따라 전문자격과 밀접한 관련이 있는 경우에는 전문자격자의 통계소득이 적용되는 경우도 있지만, 의과대학이나 약학대학 고학년 등 졸업과 동시에 대부분이 라이선스를 취득하는 극히 일부를 제외하면 마찬가지로 일용노임이 적용

186) 교통사고분석시스템(<http://taas.koroad.or.kr>), 연령층별 사상자 통계 (2015); 도로교통공단, “2015 교통사고통계 요약” (2016), 22쪽.

187) 실제 사건에서는 피해자 측의 소송대리인도 이 부분은 청구하지 않는 경우가 대부분이어서 소송에서 이 부분이 쟁점화되는 경우가 많지 않다. 법원이 굳건하게 손해3분설을 취하고 있어 청구해 보아야 큰 의미가 없다고 보기 때문일 것이다. 다만 그러한 경우에도 일실수입의 공백을 위자료 창작사유로 주장하는 경우는 꽤 있다.

되고 있는 것이 현실이다.

아래에서 이러한 현실이 손해의 공평, 타당한 분담이라는 손해배상의 본질에 맞는지 살펴본다.

2. 현재의 일용노임에 의한 산정방법

19세의 여자(1997. 5. 1.생)가 2016. 5. 1. 사고를 당하여 사망 또는 100%의 노동능력을 상실하였다고 본다. 이 경우 가동기간은 492개월이고,¹⁸⁸⁾ 492개월의 중간이자 공제를 위한 호프만지수¹⁸⁹⁾는 267.2982이다. 다만 대법원은 호프만지수가 240을 초과하게 되면 240까지만 적용한다는 입장이므로,¹⁹⁰⁾¹⁹¹⁾ 일실수입은 528,000,000원(=2,200,000원×240)이 된다.¹⁹²⁾

188) 위에서 65세를 적용함이 상당하다는 의견을 밝힌 바 있으나, 지금까지의 산정방법을 설명하는 것이므로 일단 여기서는 현재의 계산법에 의하여 산정하기로 한다.

189) 장래에 정기적으로 발생하는 손해에 대하여 중간이자를 공제하여 현가로 환산하는 방법으로는 실무상 호프만식 계산법과 라이프니츠식 계산법이 있다. 호프만식 계산법은 단리계산으로 중간이자를 공제하는 방식인데 산식은 현가를 S_n , 장래의 이익액을 S , 기간을 n , 이율을 i 로 할 때 $S_n = \frac{S}{1+ni}$ 로 표

시되고, 라이프니츠식 계산법은 복리계산으로 하는 방식인데 $S_n = \frac{S}{(1+i)^n}$

라는 산식으로 표현된다. 호프만식 계산법은 화폐자본이 단리법으로 이식되는 것을 전제로 함에 대하여, 라이프니츠식 계산법은 화폐자본이 복리법으로 이식되는 것을 전제로 하는 점에 있어서 두 계산법의 본질적인 차이가 있다. 이는 호프만식 계산법이 중간이자를 더 적게 공제함을 뜻한다. 판례는 양쪽을 모두 허용하고 있고, 현재 법원 실무의 주류는 호프만식 계산법을 취하고 있으며, 국가배상법에서도 호프만식 계산법을 사용한다(국가배상법 제3조의2 제3항, 국가배상법 시행령 제6조 제3항). 다만 자동차보험 표준약관은 라이프니츠식을 사용한다.

190) 대법원 1987. 4. 14. 선고 86다카1009 판결, 대법원 1991. 6. 14. 선고 90다15013 판결, 대법원 1992. 7. 10. 선고 92다15871 판결, 대법원 1994. 11. 25. 선고 94다30065 판결, 대법원 1996. 4. 12. 선고 96다5667 판결, 대법원 2013. 5. 24. 선고 2012다28684 판결. 호프만지수가 240을 초과하는 경우 월 기대수입의 240개월분(연단위로 환산하면 20년분)을 일시배상받게 되고, 여기에 법정이율 연 5%를 적용하면 이론상 원래 얻을 수 있었던 수입을

그런데 막 태어난 여아(2016. 5. 1.생)가 출생 당일 사고를 당하여 사망 또는 100%의 노동능력을 상실하게 되면, 가동기간은 19세 여자의 사례와 같이 492개월이지만, 적용하는 호프만지수는 172.3002(=720개월의 호프만

얼면서 원금은 그대로 남게 되므로, 그러한 모순점을 시정하기 위하여 240까지만 적용하는 것이다.

- 191) 엄밀히 말하면, 이러한 문제는 240을 넘는 경우에만 나타나는 것이 아니라 240 이하인 경우에도 나타난다. 원칙적으로 중간이자를 공제하는 것은 정기금으로 지급하는 것과 일시금으로 지급하는 것의 차이를 없애기 위한 목적으로부터 출발하였으므로, 일실수입 산정기간 동안 월 수입에 해당하는 돈을 매달 써버린다면 일실수입 산정기간이 경과한 후에는 아무런 돈이 남지 않아야 한다. 그런데 호프만지수가 240인 경우에도 일시금으로 배상받은 돈을 운용한 수익율이 연 5%가 되기만 한다면 원금이 아예 소멸되지 않고, 240 이하인 경우에도 원금의 일부씩만 소멸하여 일실수입을 산정한 가동기간 범위를 넘은 후에도 여전히 원금이 남게 되는 문제가 있는 것이다. 같은 취지의 비판으로는 박희태, “호프만식계산법의 허구”, 법률신문 1319호 (1979), 4쪽; 김주상, “라이프니츠식 계산법의 합리성”, 민사재판의 제문제 3권, 한국사법행정학회 (1985), 176-177쪽; 박용수, “호프만식계산법에 의한 중간이자의 공제와 과잉배상의 문제”, 판례연구 6집, 부산판례연구회 (1996), 336쪽; 윤진수, “보험사고에 있어서 손해배상액의 산정”, 민법논고III (2008), 627쪽; 사법연수원, 앞의 책, 153쪽; 노태헌, 앞의 책, 126쪽 등.

다만 이러한 견해가 현재에 이르러서는 힘을 얻지 못하고 여전히 라이프니츠식보다 호프만식이 실무의 대세로 자리잡고 있으며, 종전에 라이프니츠식이었던 국가배상법마저 호프만식으로 산정방식을 변경한 것은, 예전에는 너무 낮다고 평가되었던 민법상의 법정이율 5%가 지금은 지나친 고율이어서 현가된 손해배상금을 일시금으로 수령하더라도, 위험성이 낮으면서 연 5%의 수익률을 올릴 수 있는 수익모델은 사실상 존재하지 않게 되었다는 데 있다. 즉 현재의 시중이율로 라이프니츠식까지 적용할 경우에는 오히려 그 배상액은 일실수입 산정기간 전에 이미 다 소진되어 버릴 위험이 발생하게 되는 것이다.

사건이지만 현재의 지나치게 높은 민법상의 법정이율을 개정하고, 라이프니츠식을 채택하는 것이 합리적이라고 생각한다. 과거에는 연 5%에 맞추어 계산된 호프만지수표나 라이프니츠지수표가 없으면 도저히 업무를 처리할 수 없는 수준이었으나, 지금은 엑셀 등의 스프레드시트를 활용하면 현가율이 바뀌어져도 그때마다 새로 지수표를 만들 필요가 없으므로, 실무상 큰 문제는 없다.

- 192) 사망의 경우에는 생계비(실무상 통상 1/3을 다툼 없는 사실로 정리한다)를 공제하므로 352,000,000원이 될 것이나, 이는 일실수입액이 산정된 이후에 손익상계 유사의 성격으로서 공제되는 것이므로 일단 이 글에서는 공제전의 액수만을 비교한다.

지수 332.3359-228개월의 호프만지수 160.0357)가 되고, 당장 배상받게 되는 일실수입액은 379,060,440원(=2,200,000원×172.3002)이 되어 성인의 71.8%에 불과한 것처럼 보이게 된다.

위에서는 사망 또는 노동능력상실률이 100%의 경우만을 보았으나, 노동능력상실률이 100%가 아닌 경우에도 그 일실수입 산정액은 노동능력상실률에 비례하여 감소될 뿐이므로 비율적 차이는 동일하게 나타난다.

3. 검토 및 비판

가. 가동개시연령 이전의 일실수입의 인정 여부

위와 같은 현상을 들어 아동의 장애에 대하여 성년에 이를 때까지의 기간에 대한 일실수입액의 배상을 인정하지 않는다면 위헌의 소지가 있으므로 해당 기간에 대하여도 일실수입이 있는 것으로 계산하여야 한다는 견해가 있다.¹⁹³⁾ 그러나 이 역시 가동기간에서 군복무기간을 공제할지 여부에 관하여 살펴본 바와 마찬가지로, 손해배상의 본질에 반하는 무리한 해석이다. 손해란 불법행위가 없었다면 기대되는 상태와 비교했을 때, 불법행위로 인하여 초래된 피해자의 법익에 생긴 불이익, 즉 변화의 폭이기 때문이다.

위 계산을 같은 방법으로 반복하면, 피해자의 나이가 늘어날수록 격차는 줄어들게 되고, 피해자가 15세 3개월 이상인 경우에는 모두 호프만지수가 240이 되므로, 결국 당장의 배상액에 차이가 발생하는 것은 피해자의 나이가 15세 3개월에 미달하는 경우이다.

15세 미만의 자가 근로에 종사할 능력이 되지 않는다는 결론은 불법행위로 인하여 비로소 발생한 것이 아니다. 근로기준법 제64조도 15세 미만인 자를 고용하는 것을 금지하고,¹⁹⁴⁾ 교육기본법 제8조는 초등학교와 중학

193) 박창수, 앞의 글, 68쪽.

194) 근로기준법 제64조(최저 연령과 취직인허증) ① 15세 미만인 자(「초·중등

교가 의무교육임을 선언하고 있으며, 조기입학 등의 특별한 사정이 없다면 7세가 되는 해에 초등학교에 입학하게 되므로, 정규과정 내에 중학교를 마치는 사람은 누구나 15세 이상이 된다.¹⁹⁵⁾ 물론 소년소녀가장이라는 등의 사정이 있다면 13세 이상인 자도 근로에 종사할 수는 있고,¹⁹⁶⁾ 실제 15세 미만인 자가 근로를 하고 있을 수도 있으나, 그러한 경우는 당연히 일실수입이 인정되어야 하는 사안으로서, 이는 손해배상액의 기준 정립에 필요한 것이라기보다는 개별적 사안에서의 증명의 영역에 있는 문제라고 할 것이므로, 이는 15세 미만인 자의 일실수입을 일반적으로 인정하여야 할 근거가 되지 못한다.

게다가 위 견해는 중간이자의 공제 방법 때문에 가동기간 전에 이미 배상을 받음으로써 일시금으로 받은 배상액을 해당 기간 동안 활용하여 얻을 수 있는 수익 부분을 전혀 고려에 넣지 않고 비교한 잘못이 있다. 위 0세의 일실수입 산정액 379,060,440원에 대하여 5%의 수익률¹⁹⁷⁾을 올릴 수

교육법」에 따른 중학교에 재학 중인 18세 미만인 자를 포함한다)는 근로자로 사용하지 못한다. 다만, 대통령령으로 정하는 기준에 따라 고용노동부장관이 발급한 취직인허증(취직인허증)을 지닌 자는 근로자로 사용할 수 있다.

195) 교육기본법 제8조(의무교육) ① 의무교육은 6년의 초등교육과 3년의 중등교육으로 한다.

초·중등교육법 제13조(취학 의무) ① 모든 국민은 보호하는 자녀 또는 아동이 6세가 된 날이 속하는 해의 다음 해 3월 1일에 그 자녀 또는 아동을 초등학교에 입학시켜야 하고, 초등학교를 졸업할 때까지 다니게 하여야 한다.

③ 모든 국민은 보호하는 자녀 또는 아동이 초등학교를 졸업한 학년의 다음 학년 초에 그 자녀 또는 아동을 중학교에 입학시켜야 하고, 중학교를 졸업할 때까지 다니게 하여야 한다.

196) 근로기준법 시행령 제35조(취직인허증의 발급 등) ① 법 제64조에 따라 취직인허증을 받을 수 있는 자는 13세 이상 15세 미만인 자로 한다. 다만, 예술공연 참가를 위한 경우에는 13세 미만인 자도 취직인허증을 받을 수 있다.

197) 오늘날의 경제상황에 비추어 그것이 현실적으로 불가능하다는 사정이 있기는 하나, 이는 중간이자의 공제에서 민법상의 법정이율을 적용함으로써 발생한 문제이므로, 이를 비교함에 있어서는 법정이율 상당의 이자가 현실적으로 발생한다는 것을 전제로 비교할 수밖에 없다.

만 있다면 단리법에 의하더라도¹⁹⁸⁾ 19세 이전에 미리 얻게 되는 수익 역시 19세에 이르러 360,107,418원(=379,060,440원×19년×5%)이 되고, 60세까지는 1,137,181,320원(=379,060,440원×60년×5%)이다. 이는 19세의 일실수입 산정액에 대한 60세까지의 41년간 수익액 1,082,400,000원(=528,000,000원×41년×5%)보다 작은 것이 아니다.

결국 15세 3개월 이하의 자에 대한 손해배상액이 불평등해지는 결과를 낳는 것은 시중금리의 저하가 지속됨으로 인하여 실제 민법상의 법정이율 상당액의 수익을 거둘 수 없기 때문에 당장 받을 수 있는 일시금 배상액의 액수가 얼마인지가 더 중요하다는 데서 발생한 현실적인 문제이다. 20세기의 고금리 시절에는 오히려 청소년이 배상액 산정에서 성인보다 오히려 이득을 보고 있었다는 것이다. 이렇게 금리가 떨어짐으로써 청소년에 대한 불리함이 발생한 것처럼 보이는 외관이 형성되었다 하더라도, 그러한 사정을 들어 청소년에 대한 일실수입의 산정방식 자체에 문제가 있다고 평가할 수는 없다.¹⁹⁹⁾

이는 현재 시중금리에 비하여 지나치게 높은 민법상의 법정이율을 개정하거나,²⁰⁰⁾ 중간이자 공제에 있어 할인율을 법정이율이 아닌 수년간의 평균시중이율 등 향후의 금리를 예측할 수 있는 값을 설정하여 합리적인 현가율을 적용할 수도 있게 하는 등 그 중간이자 공제방식을 재정립하는 등의 방법에 의하여 해결되어야 할 문제라고 생각된다. 현행 중간이자 공

198) 호프만식이 단리법에 의한 중간이자 공제인 이상 장래의 이자도 단리법으로 비교함이 상당하다.

199) 물론 교육기회 상실이익과 추가적인 교육비용 등 적극적 손해, 즉 사고로 인하여 특수교육 등을 받아야 함으로 인한 교육비용의 증가액, 피해자가 사고로 인하여 유급 등의 불이익이 발생하였다면 그 추가적인 비용 증가액과 사교육비용, 즐거움의 상실 등도 배상되어야 하는 것이기는 하나, 이는 일실수입의 문제로 치환될 성격의 것이 아니라, 적극적 손해의 발생사유 또는 위자료 참작사유로서 인정될 문제라고 할 것이므로 이 글에서는 그 논의를 생략하기로 한다.

200) 권영준, “법정이율 변동제”, 비교사법 통권 제20권제1호 (2013), 51쪽 이하에서는 EU나 미국, 일본 등의 사례를 소개하고 시중이율의 변동에 따른 법정이율 변동제의 도입이 바람직하다는 점을 시사하였다.

제방법의 당부에 관하여는 제6절에서 다시 논하기로 한다.

나. 학생 및 미취학아동에 대한 일용노임 적용의 당부

현재 우리나라에서는 전문자격이 당연히 예상되는 일부의 특수한 학교학년제 재학하고 있는 대학생을 제외하면, 일일수입의 기준액은 일용노임이 적용되는 경우가 대부분이다. 이는 우리나라의 손해배상소송에서 요구되는 증명의 정도가 ‘고도의 개연성에 대한 법관의 확신’이고, 누구든 일용노임 이상은 얻을 수 있으므로 일용노임 상당액에 대하여는 고도의 개연성이 있지만, 그 이상의 부분은 개연성이 인정되기 어렵다고 보고 있기 때문이다.

청소년의 일일수입에 관한 외국의 사례를 보면 다음과 같다.

평가설을 취하는 미국은 원칙적으로 배심원들의 경험과 상식, 정의감을 바탕으로 산정한다. 아무런 증거가 없다면 연방최저임금으로 정할 수도 있으나, 자료만 현출된다면 평균적인 보통 사람이 얻을 수 있는 소득을 기초로 할 수 있다.²⁰¹⁾ 즉 노동능력상실에 대한 금전적 평가는 피해자가 상해를 입기 전의 상태를 전제로 피해자가 취업가능한 모든 직업군의 중간분포를 차지하는 사람의 연간 평균소득에 가동기간을 곱한 금액에서 후유장해를 전제로, 특정 직업을 기준으로 하지 않고 피해자가 취업 가능한 직업군 전체의 중간분포를 차지하는 사람의 연간 평균소득에 감축된 가동기간을 곱한 금액을 빼는 방법으로 산정한다. 피해자가 특정 직업을 가질 것을 전제로 하지 않고 피해자의 교육정도 및 지능 등 제반사정을 고려하여 취업 가능한 직업군의 평균소득을 일일수입산정의 기초로 하는 것이다.²⁰³⁾

201) Thoreson v. Milwaukee & Suburban Transport Co., 56 Wis. 2d 231, 201 N.W.2d 745 (1972)는 일반인이 18세부터 62세까지 얻을 수 있는 통계 소득을 바탕으로 미성년자의 일일수입을 산정하였다.

202) 미국에서는 청소년뿐만 아니라 무직자에게도 평균임금을 적용할 수 있다고 한다. 외국사법제도연구반, 앞의 책, 49쪽.

203) 외국사법제도연구반, 앞의 책, 47-49쪽.

차액설을 취하는 국가에 있어서도, 영국의 경우에는 부(父)의 수입²⁰⁴⁾ 또는 국민평균임금(national average wage)을 기본금액으로 정하고,²⁰⁵⁾ 독일은 피해자에게 자신이 주장하는 직업적인 전망이 상당히 개연성이 있다는 것에 관하여 법관이 심증을 얻게 하는 최소한의 사실에 관한 주장책임을 지우지만, 성공에 대해서도 실패에 대해서도 충분한 근거가 존재하지 않는다면 ‘평균적인 성공’을 인정하며, 피해자가 성공적인 직업교육을 마쳤을 것을 증명할 기회를 피해자에게서 가해자가 빼앗았다는 이유로, 사고 당시 피해자가 어릴수록, 직업교육을 받은 정도가 적을수록, 피해자에게 어느 정도의 추정상 이점(Schatzungsbonus)을 부여한다.²⁰⁶⁾

그런데 우리 판례는 심지어 대학생에 대하여도 전문자격이 예상되는 특수한 전공이 아닌 이상 어느 정도 졸업이 확실해지기까지는 도시일용노임을 적용하여야 한다고 보고 있다.²⁰⁷⁾ 심지어는 라이선스가 예정된 특수한 전공인 경우에도 고학년이 아니라면 자격 취득을 확신할 수 없다는 이유를 들어 도시일용노임을 적용한다.²⁰⁸⁾ 불법행위 당시 일정한 수입이 없는 피해자의 장래의 수입상실액은 보통 일반사람이면 누구나 종사하여 얻을 수 있는 일반노동임금을 기준으로 하여야 하며 피해자의 학력이나 경

204) Taylor v Bristol Omnibus Co Ltd [1975] 1 WLR 1054. 마치 직업의 대물림을 인정하여 손해액의 산정에 있어서도 빈부격차를 인정한 듯하여 일견 어색해 보이기는 하나, 부의 직업에 따라 각종 교육여건, 환경 등이 달라진다는 점에 비추어 보면 부의 직업에 유사한 직종에 종사할 가능성이 높은 것은 사실이므로, 이러한 입장에서 위 판결을 수긍하지 못할 바도 아니다.

205) Croke v Wiseman [1982] 1 WLR 71.

206) 외국사법제도연구반, 앞의 책, 262쪽.

207) 대법원 1987. 2. 24. 선고 86다카646 판결(1학년), 대법원 1987. 4. 14. 선고 86다카1009 판결(2학년), 대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카1115 판결, 1987. 5. 12. 선고 86다카819 판결(이상 3학년). 다만 예외적으로 대법원 1991. 12. 10. 91다36116 판결(3학년 2학기), 대법원 1991. 5. 10. 선고 91다8067 판결(4학년)의 경우에는 대학졸업자의 평균임금을 인정한 원심을 수긍하였다.

208) 대법원 1987. 6. 23. 선고 84다카1383 판결(의대 본과 2학년), 대법원 1991. 7. 23. 선고 91다16129 판결(의대 본과 1학년)

력 등을 참작하여 막연히 그 수입을 책정할 수는 없다는 것이다.

위와 같은 결론에 문제가 있는 이유는 ‘고도의 개연성에 대한 법관의 확신’에서 그 개연성을 뒷받침하는 확신의 자료로서 피해자의 증명이 불가능한 자료를 요구한다는 데 있다. 이미 성년에 달한 자로서 장기간 무직자였던 사람과는 달리, 청소년인 피해자는 변호사나 공인회계사가 될 수도 있고 연봉 수억 원을 받는 CEO가 될 수도 있었다. 이렇게 장래에 향하여 다양한 직업 선택의 가능성을 상실하였음이 직관적으로 명백함에도 불구하고, 위와 같이 개연성의 확신에 필요한 자료로 졸업이나 자격시험에 관한 합격의 비율 등을 적용하면서 그 결과가 100%가 아니라고 하여 개연성을 배척해 버리는 것은, 사실상 피해자로 하여금 이러한 다양한 가능성의 상실에 대한 증명의 여지를 모두 차단하는 것과 다르지 않다. 피해자는 불법행위로 인한 생명, 신체의 손상으로 장래의 가능성을 상실하였을 뿐만 아니라, 자신은 별 잘못이 없이 피해만 당하였음에도 ‘당신은 무직자와 마찬가지로 평생 동안 일용노임 상당액인 220만 원의 수입만을 평생 올렸을 것’이라는 평가로 재단되는 것이다. 이미 이에 대하여는 실업계 고등학교 재학 중이거나 대학 재학중인 피해자에 대하여는 학력별 통계소득을 인정하는 것이 바람직하다는 견해,²⁰⁹⁾ 전체 평균임금을 기초로 하자는 견해²¹⁰⁾²¹¹⁾ 등이 제기된 바 있다.

209) 김종배, “통계소득의 인정방법”, 한국배상의학회 논문집 제1집 (1992), 233-234쪽. 다만 이 글은 미취학아동이나 중학생 이하의 피해자에 대하여는 최저한도의 수입이 적용된다는 전제 하에 논의를 전개하고 있다.

210) 유태현, 앞의 글, 183쪽. 다만 이 입장에서는 학력별 통계의 적용은 피해자의 일실수입을 학력별로 계급화한다는 이유로 반대하고, 전체 평균임금을 기초로 하자고 주장하고 있다.

211) 학력별 통계자료가 충분하지 않은 시기에 저술된 이보환, 앞의 글, 245-246쪽에서도, 이미 좋은 가정의 자녀가 성년에 달하여 일용노동에 종사할 것임을 전제로 하는 것은 년센스가 아닐 수 없다고 하면서, 한시 바빠 전 산업노동자의 평균임금 또는 전국 사무직 근로자의 평균임금이 연령별, 학력별로 산출되어, 이와 같은 자료를 이용하여야 할 것이라고 하였고, 학업을 계속하여 졸업을 무사히 할 수 있을 것이라는 점에 관한 증명을 피해자에게 하도록 하는 것은 부당하고 학업을 계속할 지능적, 경제적 능력이 없어 졸업할 가능성이 희박하다는 특별사정을 오히려 가해자가 증

결국 불법행위를 당하였다는 사정만으로 청소년인 피해자에 대하여도 일용노임만을 인정하는 현재의 기준은 개선될 필요가 있다. 위 외국의 사례에서도 볼 수 있듯이, 통계자료를 개연성을 뒷받침하는 자료로 이용하는 경우에도 장래의 가능성을 모두 포섭할 수 있는 평균의 개념이 되어야 하며, 현재와 같이 최소한의 배상이 되어서는 곤란하다. 기준점 자체는 평균에 근접한 값이 제시되어야 하고, 불법행위 전의 피해자의 성적이나 건강상태 등에 비추어 그 평균보다 높은 수입을 기대할 수 있었다는 사정은 피해자가, 기대수입이 평균에 미달하였을 것이라는 사정은 오히려 가해자가 증명하도록 하는 것이 손해배상의 본질인 공평, 타당한 손해의 분담에 더 가까운 것이라고 할 것이다.

다. 학생 및 미취학아동에 대한 일실수입 산정기준의 개선방향

실제로 우리나라 통계청에서는 충분한 학력별 통계소득자료²¹²⁾를 제공하고 있고 그 조사결과는 다음과 같은바, 이를 바탕으로 제시하는 기준모델은 다음과 같다.

학력	성별	경력	일실수입액(원)
중졸	남	전경력	2,473,978 ²¹³⁾
		1년미만	1,714,006
		1~3년미만	1,930,390
		3~5년미만	1,997,876
		5~10년미만	2,102,597
		10년이상	3,200,066
	여	전경력	1,450,915

명하여야 한다는 견해가 제시된 바 있다.

212) 국가통계포털(<http://kosis.kr>) (2015. 9. 30. 확인), 이하 통계소득은 모두 여기의 자료이고, 모두 2015년의 통계이다. 소득통계의 구조에 관한 구체적인 내용은 뒤에 나올 급여/사업소득자에 관한 논의에서 다시 언급하기로 한다.

		1년미만	1,156,524
		1~3년미만	1,265,909
		3~5년미만	1,404,237
		5~10년미만	1,483,912
		10년이상	1,866,336
고졸	남	전경력	2,968,355
		1년미만	1,909,483
		1~3년미만	2,209,371
		3~5년미만	2,488,029
		5~10년미만	2,877,964
	여	10년이상	4,013,526
		전경력	1,933,690
		1년미만	1,403,808
		1~3년미만	1,608,335
		3~5년미만	1,840,179
전문대졸	남	5~10년미만	2,124,657
		10년이상	2,789,279
		전경력	3,396,232
		1년미만	2,125,921
		1~3년미만	2,484,940
	여	3~5년미만	2,909,186
		5~10년미만	3,374,971
		10년이상	4,461,269
		전경력	2,303,661
		1년미만	1,582,616
대졸이상	남	1~3년미만	1,874,621
		3~5년미만	2,138,920
		5~10년미만	2,533,849
		10년이상	3,298,506
		전경력	4,697,522
	여	1년미만	2,825,958
		1~3년미만	3,247,333
		3~5년미만	3,765,452
		5~10년미만	4,545,430
		10년이상	6,052,480
		전경력	3,038,584
		1년미만	2,009,950

		1~3년미만	2,383,137
		3~5년미만	2,768,801
		5~10년미만	3,305,989
		10년이상	4,456,295

위에서 살펴본 바와 같이 중학교까지는 의무교육이므로 중학생 이하의 모든 피해자는 적어도 중졸자의 통계소득은 올릴 수 있다고 봄이 상당하다.

한편 중학생의 고등학교 진학률은 99.7%이고, 고등학생의 전문대학 진학률은 17.6%, 4년제 대학교 진학률은 53.2%²¹⁴⁾이므로, 중졸자로 그치는 비율은 0.3%이고, 고졸자로 그치는 비율은 28.9%가 된다.

위 값을 각각의 진학률에 비추어 가중평균한 후 평균 실업률²¹⁵⁾을 반영한 금액은 다음과 같으며, 초중학생이나 미취학아동의 소득능력상실은 이를 기대수입의 기준으로 볼 수 있다.

성별 ²¹⁶⁾	경력	일실수입액(원)
계	전경력	3,378,805
	1년미만	2,062,532
	1~3년미만	2,404,369
	3~5년미만	2,808,743
	5~10년미만	3,375,802
	10년이상	4,698,831
남	전경력	3,828,969
	1년미만	2,352,753
	1~3년미만	2,714,840
	3~5년미만	3,131,398
	5~10년미만	3,720,836

213) 급여 연간특별급여 3,572,826원을 12로 나누어 월 급여 2,176,243원에 더한 금액이다. 이하 통계소득의 산정방법은 동일하다.

214) 고등교육기관으로의 진학률 통계는 전문대와 대학을 나누어 제공되고 있지는 않으나, 학생 수 비율인 24.9% 대 75.1%에 의하여 역산할 수 있다.

215) 국가통계포털(<http://kosis.kr>) (2015. 9. 30. 확인)에 나타난 2011년 이후 5년간의 평균 실업률 3.36%를 반영하였다. 물론 실업률의 반영에 있어 몇 년치를 반영할 것인지는 향후 논의하여 볼 과제이다.

	10년이상	5,000,745
여	전경력	2,498,298
	1년미만	1,697,968
	1~3년미만	1,996,939
	3~5년미만	2,305,325
	5~10년미만	2,728,360
	10년이상	3,636,550

고등학생의 경우라면 마찬가지로 방법으로 중졸자의 통계소득만을 제외하고 고졸자와 전문대졸자, 대졸자의 통계소득을 가중평균하며, 전문대학 이상 재학자인 경우에는 해당 통계소득을 각 적용함이 상당하다. 전문대학 이상 재학자인 피해자가 기술, 기능, 자격 등과 관련된 학과에 재학 중인 경우에는 그 직종에 종사하게 될 것까지를 고려하여 직종별 소득통계도 함께 반영, 적용하여야 할 것이다.

전경력의 수입을 인정하여야 하는지, 1년 미만 경력의 수입을 인정하여야 하는지, 연차에 따라 경력별 수입을 인정하여야 하는지 여부는 통계소득의 적용에 있어서 종전에도 논의되던 쟁점이기도 하다. 판례는 피해자가 대학 이상 재학생이어서 대학졸업이 확실하거나 이미 졸업하였다는 이유로 일용노임이 아닌 학력별 통계소득을 인정하는 경우라 하더라도 1년 미만 경력의 수입만을 인정하고 있으나,²¹⁷⁾ 위에서 살펴본 바와 같이 학생의

216) 성별에 따라 다른 통계를 적용할 것인지가 문제될 수 있다. 남자의 경우 군복무기간이 공제되는 만큼 입사 당시 그만큼의 연차를 보수에 인정받는 경우가 많다는 점, 생활시간조사에서 남자의 업무시간이 더 긴 것으로 나온 점, 이에 따라 가사에 종사하는 시간이 적게 되어 뒤에서 보는 가사노동가치의 배상에 있어 여자보다 현저하게 낮은 배상만 이루어질 수밖에 없는 점 등에 비추어 보면 위와 같은 차이를 수긍하여야 한다고 볼 수도 있고, 동일노동 동일임금의 원칙과 남녀평등의 원칙에 비추어 동일한 통계를 적용하여야 한다는 견해도 있을 수 있다. 이 글에서는 그러한 논의의 여지가 있다는 점에 비추어 두 경우의 수를 모두 산정하여 보았다.

217) 대법원 1991. 12. 10. 91다36116 판결(3학년 2학기), 대법원 1991. 12. 10. 선고 91다33193 판결(3학년을 마치고 겨울방학에 사고를 당한 경우), 대법원 1991. 5. 10. 선고 91다8067 판결(4학년), 대법원 1989. 1. 31. 선고 88다카3625 판결(석사 1학년), 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다612 판결(대학졸업 후 취업준비생).

경우 일실수입액의 기준값은 장래의 가능성을 모두 포섭하여야 한다는 점에 비추어 이와 같은 입장은 수긍하기 어렵고, 경력이 증가함에 따른 수입을 모두 반영함이 옳다고 본다.²¹⁸⁾

다만 피해자가 대졸자의 통계소득까지 포함하여 가중평균한 액수를 주장하여 청구하는 경우에는 가동개시연령은 대학교를 졸업할 것으로 보이는 시기부터 산정하여야 하고, 피해자가 배상청구를 함에 있어 가동개시연령을 고등학교 졸업 직후인 19세로 주장하는 경우에는 전문대학 이상의 고등교육기관 진학을 스스로 포기한 금액을 구하는 것으로 보아 중졸자와 고졸자의 통계소득만을 0.03%와 99.7%의 비율로 가중평균할 것이다.

이와 같이 다양한 가능성을 녹여낸 기준값을 기초로 하여, 구체적 사안에서 그것이 타당한 손해액을 표상할 수 없는 특별한 사정이 있다면, 그 특별한 사정이 피해자에게 유리한 것이라면 피해자 스스로가, 피해자에게 불리한 것이라면 가해자가 이를 증명하도록 함이 옳은 것이고, 현재와 같이 최소한의 기본임금을 제시한 후 그보다 높은 수입을 얻을 것이라는 피해자에게 모두 증명해 보라고 한 후 그 허들의 높이를 ‘고도의 개연성에 대한 법관의 확신’으로 설정하는 것은 실질적으로 피해자에게 최소한의 배상만으로 만족하라는 것이 되어 부당하다. 피해자로서는 이 금액이 너무 작다고 본다면 스스로 자신의 성적, 건강상태 등의 우수함과 그 우수함으로 인하여 진학률이 더 높을 수 있다는 자료 등을 제시하여 더 높은 기대수입을 증명하면 되는 것이고, 반대로 가해자 입장에서 이것이 과다하다고 본다면 피해자의 성적 등 제반 사정들이 매우 열악하여 진학가능성이 극히 낮다는 점 등을 밝혀 그보다 낮은 소득이 기대된다는 것을 증명하면 되는 것이다. 이렇게 산정할 경우 피해자의 연령이 높을수록 구체적 증명에 따라 어떤 기대수입을 얻을지가 좀더 확연하게 드러날 것이고, 피해자가 어릴수록 위 가중평균 기대수입에 가까워질 것이다.

218) 이 부분에 관한 자세한 내용은 위에서 급여/사업소득자에 관한 항목을 언급하면서 다시 다루기로 하고, 여기서는 일단 모든 경우의 수를 상정하여 전경력의 수입과 경력별 수입을 모두 산정하여 표시하였다.

학생과 관련된 또 하나의 쟁점은 졸업 후 미취업자로서 졸업으로부터 단기간 내에 사고를 당한 경우를 무직자로 취급할 것인가 학생으로서의 기준을 적용할 것인가의 문제이다. 졸업 직후 첫 취업까지 걸리는 기간을 고려할 때 졸업을 하였다는 사정만으로 무직자로 전환된다고 볼 수는 없는데, 평균적인 첫 취업까지의 평균적인 기간을 고려하여²¹⁹⁾ 그 평균기간 내에 사고가 발생한 경우에는 학생과 동일한 기준을 적용하고, 그 평균의 2배 가량 되는 상당한 기간까지 구직에 성공하지 못한 상태에서 피해를 당한 경우에는 고등교육을 받았다는 것만으로 취업이 되는 상황이 아니라는 오늘날의 경제상황에 비추어²²⁰⁾ 무직자의 기준을 적용하여도 무방하지 않은가 생각한다. 평균적인 기간을 넘었지만 상당히 긴 기간에는 미치지 못하는 중간적 위치에 있는 취업준비생인 피해자에 대하여는 구체적 사례에서 증명의 영역에 맡기는 것이 상당할 것이다.

이상에서 현재의 통계자료에 의하여도 얼마든지 학생 및 미취학아동인 피해자의 장래의 다양한 가능성을 모두 포섭한 기대수입을 산정할 수 있는 기준을 제시할 수 있음을 보였다. 물론 위 산정방식은 매우 단순화된 것이고, 반드시 이것이 이상적인 방식이라고 자신하는 것은 아니다. 실제로 더 많은 통계적 지표를 반영함으로써 좀더 정확한 기대수입을 산출할 수도 있을 것이다. 이러한 형태로 소득통계자료에 의한 학생 및 미취학아동에 대한 일실수입 기준모델이 도입될 수 있다면, 향후 다수의 사례 해결 과정을 통하여 더 정교한 방법으로 연구, 발전될 수 있을 것이다.

219) 통계청 보도자료, “2016년 5월 경제활동인구조사 청년층 및 고령층 부가조사” (2016. 7.), 14쪽은 2016년 현재 졸업(또는 중퇴) 후 첫 취업까지의 기간이 평균 11.2개월이라고 한다.

220) 위 보도자료, 35쪽에 의하면 2016. 5. 현재 29세 이하의 청년실업률은 9.7%로 전국민 평균 3.7%의 2.6배에 달하고 있다.

제 4 절 가사노동상실로 인한 배상액 산정

1. 종전의 논의

인신사고의 불법행위로 인한 피해자가 가사도우미 등을 사용하면서 가사에 전혀 종사하지 않고 있는 것이 보통이라면 가사노동의 가치에 관하여 특별히 논의가 이루어지지 않았을 것이지만, 가사에만 전적으로 종사하는 이른바 전업주부인 경우에는 그 일실수입의 인정 여부가 문제될 수 있다. 전업주부에게는 일실수입 산정의 기초가 되는 사고당시의 수입이 현실적으로 존재하지 않으므로, 차액설적 산정방식에 의하면 일실수입이 부정되기 때문이다.

전업주부는 현실로 수입을 얻고 있지는 않지만 타인이 대신하려면 당연히 대가를 지급하여야 할 노동을 하고 있으므로 이 점에서는 소득능력 상실이라고 봄이 상당하나, 한편 유사한 방법으로 소득능력을 평가하는 학생, 무직자 등과 비교해 보면, 학생은 졸업 후, 무직자는 곧 취직하여 수입을 얻게 될 개연성이 높으나 전업주부의 경우에는 그러한 개연성이 떨어져 보이는바, 이는 소득능력상실의 인정에 부정적인 측면이기도 하다.²²¹⁾

무보수의 가사노동은 일견 그로 인하여 가정 외로부터 가정 내로 어떠한 경제적 가치가 이전되지는 않는 것으로 보이기 는 하지만, 가사노동은 가족의 욕구를 충족시키고 노동력을 재생산하는 등 기타 가족생활의 유지 운영에 있어 불가결한 것이기도 하다.²²²⁾ 또한 가사에 관한 노동력이 유상으로 거래되는 가사도우미, 베이비시터 등의 노동시장이 현실적으로 존재

221) 니노미야 아츠코(二宮充子), “損害の算定 : 主婦の逸失利益”, 判例タイムズ 268号 (1971. 12.), 150쪽.

222) 윤경현, “처(주부)의 일실이익”, 사법논집 제9집 (1978), 301쪽; 김정희, “한국주부의 가사노동시간과 경제적 가치 평가”, 대한가정학회지 제31권4호 (1993. 4.), 38쪽.

하고, 만약 전업주부가 가사 외의 노동에 전념할 때를 가정하여 보면 그러한 노동력을 고용함으로써 지출이 발생하게 되므로, 전업주부가 가사노동에 종사하게 될 경우 그 지출의 감소로 인한 경제적 이익이 발생한다는 점은 부정하기 어려울 것이다. 이혼 시의 재산분할에 있어서 일방의 특유재산이라 하더라도 적극적으로 그 특유재산의 유지에 협력하여 감소를 방지하였거나 증식에 협력하였다는 점을 들어 분할의 대상으로 인정하고 있는 것은²²³⁾ 이러한 기여를 고려한 것이라고 평가할 수 있을 것이다.

따라서 전업주부에 대하여서도 그 가사노동에 적절한 경제적 평가를 시도하여 그에 의한 일실수입을 산정해야 한다는 점에는 이견이 없으며,²²⁴⁾ 이미 대법원도 평가설적 산정방법을 긍정하기 이전인 1960년대부터 이미 일용노임에 의한 전업주부의 일실수입을 인정하여 왔다.²²⁵⁾

2. 가사노동상실로 인한 손해를 전업주부에게만 인정할 것인가

그런데 가사노동은 하나의 업무로 단정짓기 어렵다. 가족 전원을 위한

223) 대법원 1993. 5. 25. 선고 92므510 판결, 대법원 2002. 8. 28.자 2002스36 결정.

224) 윤경현, 앞의 글, 318쪽 이하; 김종배, “일실이익의 산출방법과 산정기준”, 재판자료 제21집 (1984), 107쪽.

225) 대법원 1966. 6. 7. 선고 66다535 판결, 대법원 1968. 12. 24. 선고 68다536 판결. 특히 위 68다536 판결은 가정주부인 피해자에 관하여 그의 장래 얻을 수 있는 최소한의 수입이 가정주부가 아닌 식모살이의 수입으로 단정할 수 없다고 하였다. 식모의 수입이 일용노임보다 낮으므로, 이러한 경우 일용노임을 적용해야 한다는 것이다. 다만 대법원 1987. 10. 26. 선고 87다카346 판결은 특별한 근거 제시 없이 여자고용노동자의 평균임금에 의하여 그 손해액을 인정함이 옳다고 판시한 바 있고, 유태현, 앞의 글, 184쪽은 위 판결에 의하여 대법원의 입장이 변경되었다는 견해를 제시하였으나, 이후의 판결인 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다8890 판결 등에서 무직자, 취업 전의 미성년자나 학생, 가정주부에 대하여는 일용노임을 적용해야 한다고 판시한 이상, 아직 대법원이 입장을 변경하였다고 보기에는 무리가 있다.

취사, 영양관리, 세탁, 청소, 각종 식자재와 생활필수품의 구매업무, 육아, 교육 등 다양한 업무가 이에 포함된다. 그리고 그 가사노동은 가족의 숫자, 연령, 미성년자의 존재 여부와 그가 학생인지 미취학아동인지에 따라 다르고, 가사노동의 능력도 개인별로 다르다.

위와 같은 사정들을 고려하여, 아래에서 언급하는 가사노동에 관한 여러 가지 가치평가법이 우리나라에서 논의되기 이전에는, 주부라는 사실은 일용 이를 사상(捨象)해 버리고 한 사람의 여성이 어느 정도의 노동력을 지니고 있는가의 관점에서 추상적, 규범적으로 포착하는 데 중점을 두어 그 평가액을 일용노임으로 할 것인지 또는 평균임금 등 다른 기준을 도입할 것인지 등에만 그 논의가 치중되어 왔다.²²⁶⁾

그러나 가사노동에 대하여 일실수입을 처음 인정하였던 50여년 전과 달리 오늘날에 이르러서는 가사는 더 이상 여성의 전유물이 아니다. 남성도 당연히 육아를 포함하여 가사의 분담책임을 지고 있으며, 전업주부가 가사를 전담하는 형태의 혼인형태는 중장년층을 중심으로 맞벌이가구가 늘어나면서²²⁷⁾ 서서히 사라지고 있는 형편이다. 심지어는 미혼이면서 부모로부터 독립한 경우, 노년에 자녀들이 독립해 나가고 배우자와 사별한 경

226) 아래의 가치평가법 중 기회비용법에 가장 유사한 견해라고 할 수 있다. 김종배, “일실이익의 산출방법과 산정기준”, 재판자료 제21집 (1984), 107쪽과 이진화, 앞의 글, 42-44쪽은 이러한 관점에서 여성의 평균임금을 적용하고자 하여 일용노임을 적용하고 있는 대법원의 입장에 반대하는 견해를 제시하였다.

227) 국가통계포털(<http://kosis.kr>) (2015. 9. 30. 확인)의 연령계층별 맞벌이가구 2015년 조사결과에 의하면 맞벌이가구비율은 43.9%이다. 고령층이나 저연령층인 경우에는 부부 모두가 미취업자인 경우가 있기 때문에 맞벌이가구비율이 50%에 미치지 못한다 하더라도 외벌이가구가 더 많다는 의미는 아니다. 이미 맞벌이가구 수가 외벌이 가구 수를 앞지른 것은 수년 이상 경과되었고, 2014년에는 맞벌이 43.6%, 외벌이 42.3%였다(2015년에는 맞벌이와 비맞벌이로만 구분하여 발표). 맞벌이가구비율은 60대 이상에서 30.1%이지만, 40-50대만 하더라도 51.6%이다. 오히려 30대 이하의 평균 이하의 맞벌이가구비율이 나타나는데, 청년실업률(2016. 5. 현재 9.7%)이 문제되고 있을 만큼 젊은 부부 쌍방이 모두 취업하기가 쉽지 않고, 가사나 육아를 고려하면 맞벌이로 얻는 경제적 이익이 외벌이보다 높지 않기 때문에 차라리 취업을 포기하고 전업주부가 되는 경우가 많기 때문으로 보인다.

우, 이혼한 경우 등을 이유로 한 1인 가구도 증가하고 있다.²²⁸⁾

가사노동을 하지 못한 데 대하여 별도로 배상을 하면서 성별을 가리지 않는 외국의 사례도 있다. 미국은 잔디를 깎거나 페인트칠을 하는 등의 가사노동은 주로 남성의 몫이라는 이유로 피해자의 성별에 상관 없이 가사노동을 일실수입의 기초가 되는 소득에 포함한다.²²⁹⁾ 독일도 남자뿐만 아니라 독신자인 남녀에 대하여도 배상을 인정한다.²³⁰⁾

따라서 가사노동을 여성의 전유물로 보아 오로지 전업주부에 대하여만 가사노동을 하지 못하게 된 데 대한 일실수입을 인정하는 것은 타당하다고 볼 수 없다. 과거 가사는 당연히 여성의 몫이라는 점에 기반하여 그 평가를 일용노임으로 할 것인지 그것과 다른 기준을 적용할 것인지를 논의는 이제 더 이상 유효하다고 보기 어려우며, 전업주부인 경우뿐만 아니라 가사에 종사하고 있었던 모든 피해자에 대하여 상실된 노동능력에 비례한 가사노동의 가치를 별도의 일실수입으로 배상하되, 그 배상액은 가사노동의 가치로 평가되어야 할 것이다.

다만 남녀가 모두 가사노동에 종사한다고 하더라도 현실에 있어 그 기여도는 분명히 다르다. 남녀평등이 당위이기는 하지만, 손해액의 산정은 현실이므로, 위와 같은 손해액의 산정에 있어서는 그 기여도에 비례하는 값이 산정되어야 할 것이다.

3. 가사노동의 평가방법론

무보수 가사노동의 가치산정은 투입시간을 기초로 시장대체비용법(Replacement Cost Method), 기회비용법(Opportunity Cost Method), 요구

228) 국가통계포털(<http://kosis.kr>) (2015. 9. 30. 확인)의 가구원수별 가구구성과 평균 가구원수 2015년 조사결과에 의하면 전국적으로 1인 가구수는 27.2%에 달한다.

229) 외국사법제도연구반, 앞의 책, 50쪽.

230) 외국사법제도연구반, 앞의 책, 263-264쪽.

임금법(Reservation wage Method) 등의 여러 가지 평가방법에 의하여 구현될 수 있다. 시장대체비용법은 가계에서 주부가 행하는 가사노동을 대체할 때 고용비용을 기준으로 하는 산정법이다. 대체직을 가사도우미 등 한 명으로 볼 것인지, 세부적인 각 영역별 시간에 소요되는 노동력을 시간별로 산출한 후 그 각각의 비용을 합산할 것인지에 따라 총합적 대체법(Generalist Method)과 전문가 대체법(Specialist Method)로 나뉜다. 기회비용법은 무보수 가사노동을 포기하고 취업할 때 벌어들일 수 있는 잠재적인 소득을 가사노동의 가치로 평가하는 것이다. 기회비용법을 기반으로 한 요구임금법은 전업주부가 노동시장에 진입하게 만드는 최소한의 임금이자 취업한 주부에게는 계속 노동시장에 남아 있도록 하는 최소한의 임금으로서 경제활동참가를 결정하는 기준으로서의 임금수준, 즉 전체적으로 보았을 때 적은 수입을 얻기 위하여 취업을 하는 것보다는 차라리 전업주부가 되어 가사를 전담하는 것이 가정경제에 더 이익이 되는 금액을 가사노동의 가치로 평가한다.²³¹⁾

예전부터 미국에서는 위와 같은 방식 중 하나를 통하여 가사노동을 못하게 되어 상실한 수입을 평가하여 배상액에 반영하여 왔다.²³²⁾ 배심원들의 직관적 이해를 위하여 총합적 대체법에 입각하여 전일제 가사도우미에 대한 대체노임으로 지급하게 될 임금을 기준으로 청구하는 경우가 많기는 하지만, 기회비용법이나 전문가 대체법에 의한 산정방식도 허용한다. 자녀를 가지는 주부의 경우 요리, 세탁, 접시닦기, 소제, 재봉, 애정, 부조협력, 가정에 있어서의 학습지도 등의 각 항목에 관하여 그 대체에 필요한 시장가격을 계산한 사례²³³⁾가 그것이다.

전문가 대체법에 관하여 본다. 실제 가정에서의 가사업무 종사자는 각 개별영역에 해당하는 내용을 동시에 수행하면서 숙련도를 향상시키게 되

231) 김정희, 앞의 글, 39-40쪽; 윤소영, “가사노동 가치평가와 입법방안에 대한 제안”, 2005. 5. 24. 가사노동가치 입법화 토론회 자료집, 5-9쪽.

232) 외국사법제도연구반, 앞의 책, 50-51쪽.

233) Har-Pen Truck Lines, Inc. v. Milles, 378 F.2d 705 (5th Cir, 1967).

므로, 하나의 영역만을 담당하여 숙련도를 향상시켜 온 전문가만큼 효율적일 수는 없다. 그럼에도 불구하고 전문가 대체법에 의한 산정은 개별영역마다 숙련된 대체인력의 고용비용으로 산출하는 결과 그 가사노동가치가 과대평가되므로, 일시적 대체가 필요한 경우 그 문제의 해결을 위한 가사노동가치의 경제적 산정이나 복지계획 등의 수립에 적용하는 것은 별론으로 하고, 법적 평가인 손해배상의 기준으로 삼기에는 부적절하다.

기회비용법과 요구임금법은 별도로 산정되어야 할 가사노동의 가치를 개개인의 가능성으로 치환한 것이라는 문제가 있다. 맞벌이 부부도 직장에 다니면서 가사노동을 하고 있는 것이 보통이고, 외벌이인 경우에도 돈을 벌며 오는 쪽의 가사분담이 0%가 아님에도, 기회비용법이나 요구임금법에 의하면 기회비용을 취득함으로써 가사분담이 전혀 없어지는 것으로 가정하기 때문이다.²³⁴⁾ 일실수입의 산정에 있어 기회비용 상당의 손해액은 별도로 전보되어야 하고, 거기에 가사노동의 가치가 가산되어야 함이 상당하다.

가사분담을 하고 있던 자의 사망이나 노동능력 상실은 당연히 다른 가족들의 더 많은 가사 분담을 초래한다. 사망이나 노동능력 100% 상실의 경우에는 그것은 종래의 가족들에 의하여 더 많은 가사분담으로 대체되거나 가사도우미를 고용하여야 하고, 노동능력이 일부 상실된 경우에도 그만큼 본인 또는 가족이 추가적인 노력을 하거나 그 상실률에 비례하는 시간만큼의 인력을 고용하여야 하게 된다. 가사도우미를 고용하는 경우는 대체고용비용으로서 일실수입이 인정되어야 하나, 피해자가 유별나게 고가의 비용을 지불하였다면 그것이 인정될 수 없다고 할 것이므로, 결국 그 대체고용비는 시장거래가격에 상응하는 금액만 인정될 것이고, 추가적인 가사분담

234) 김종배, “일실이익의 산출방법과 산정기준”, 재판자료 제21집 (1984), 107쪽은 겸업주부의 경우 1인 2역을 하고 있으면서도 주부로서의 역할이 무시되는 점이 부당하다는 점을 지적하고 있으면서도, 주부인 것을 고려하지 말고 단순한 직업인으로서의 실수입액을 기초로 계산할 수밖에 없다고 하고 있다. 당시 가사노동가치의 산정기초로 삼을 만한 가사노동시간에 관한 통계자료가 없었으므로 더 이상의 평가가 불가능했다는 한계를 엿볼 수 있다.

을 하게 된 경우에도 개호비에 있어서 근친자의 개호를 받았을 때 개호비 상당액을 인정하는 것과 마찬가지로²³⁵⁾ 가사분담을 하게 됨으로 인한 일실수입 역시 인정되어야 할 것이다. 결국 실제로 대체고용을 하였든 그렇지 않든 간에, 그 가사노동을 하지 못함으로 인한 손해액은 규범적으로 평가될 수밖에 없다.

결국 손해배상액 산정에 있어 가사노동에 대하여는 종합적 대체법에 따라 가사도우미 또는 육아도우미의 통계수입을 가사노동투입시간에 비례한 값으로 평가함이 상당하고, 여기에 가사를 전담하고 있던 피해자에 대하여는 종전의 우리 손해배상액 산정에서 취하고 있던 입장인 기회비용법에 따라 별도의 일실수입 배상이 이루어져야 한다. 이러한 기회비용의 산정에 있어서는 특정한 기능이나 자격, 경력 등이 갖추어져 있어 장차 그에 대응한 수입을 올릴 수 있다면 가사전담자라는 이유만으로 단순히 일용노임만을 인정할 것이 아니라, 그러한 사정에 비추어 기대되는 수입을 인정할 것이다.²³⁶⁾

다만 가사전담자에 대한 기회비용의 인정은 장래에 취업할 것을 가정하여 인정하는 것이므로, 그 기회비용을 인정하는 이상 현실수입이 발생하지 않던 불법행위 이전의 가사노동가치 전부가 일실수입 산정에 포함된다 고 할 수는 없고, 취업자에 준하는 가사노동가치만 배상액에 포함함이 상당하다.

위와 같이 가사노동의 가치를 평가하기 위해서는 가사노동시간에 대한 조사가 선행되어야 한다. 기회비용법 적용을 전제하고 일용노임 적용의 타당성만을 논한 과거의 논의 당시에는 그러한 자료가 존재하지 않아 이에 대하여까지 나아가 살펴보지 못한 것도 당연하다고 할 것이지만, 우리나라

235) 대법원 1987. 12. 8. 선고 87다카1332 판결, 대법원 1988. 1. 19. 선고 86다카2626 판결, 대법원 1991. 5. 14. 선고 91다8081 판결.

236) 미국의 경우에는 일시 양육을 위하여 경력이 중단된 전업주부에 대하여는 Length of Working Life for Men and Woman, U.S. Department of Labor, Special Labor Force Report 등 자녀양육 후 다시 일을 할 수 있는 가능성과 유형에 대한 통계를 이용하여 일실수입을 산정한다고 한다. 외국 사법제도연구반, 앞의 책, 50-51쪽.

에서도 1997. 12. ‘제1차 여성정책기본계획’(1998-2002년)에서 “주부의 가사노동가치 평가 및 제도적 반영을 위해 가사노동량 파악을 위한 생활시간활용조사를 전국단위로 실시하고”, “가사노동가치의 적용분야를 발굴하고 적용할 수 있는 방안을 강구한다”는 목적을 추진하기 위하여 “경제활동인구조사에서 여성의 경제활동 상태를 세분화하여 조사표를 보완”하는 등의 구체적인 내용을 발표한 바 있고,²³⁷⁾ 이에 따라 1999년부터 5년 간격으로 전국민 생활시간조사가 실시되었다.²³⁸⁾ 과거의 논의와 달리 이러한 시간사용조사를 기초로 가사노동의 가치를 평가할 수 있는 토대가 마련된 것이다.

4. 가사노동의 구체적 평가방안

대체인력을 고용하든, 다른 가족들의 더 많은 가사 분담으로 이를 해결하든 간에 가사능력의 상실에 대하여는 그 손해를 규범적으로 평가할 필요가 있다. 이를 위하여는 가사를 수행하기 위하여 객관적으로 필요한 소요시간을 확정하고, 그에 필요한 비용을 산출한 후, 최종적으로는 노동능력의 상실률을 곱하여 그 비용이 모두 필요한 것인지 일부만 필요한 것인지를 평가하는 방식에 의하여야 할 것이다. 여기서는 계산이 단순한 최종단계는 제외하고, 소요시간 및 비용의 산출에 대한 기준을 제시해 보기로 한다.

237) 여성부, 제1차 여성정책기본계획(‘98~2002) 주요 추진성과 (2003), 43, 49쪽.

238) 가장 최근의 것은 2014년 생활시간조사로서 2014. 11. 28.부터 2014. 12. 7. 까지 10일간 총 12,000가구 27,000명을 표본으로 추출하여 조사되었다. 실제 조사에 응한 숫자는 총 11,986가구 26,988명으로 응답률은 97.4%이다. 그 내용은 국가통계포털(<http://kosis.kr>) (2015. 9. 30. 확인)에서 확인가능하다. 이하 이 글에서 인용하는 생활시간조사 결과는 모두 여기의 것이다.

가. 가사소요시간의 기준

그런데 위에서 살펴본 바와 같이 가사를 수행하기 위하여 필요한 소요 시간은 각 가정의 개별적 사정에 따라 매우 다양하므로, 그러한 시간소요의 산출은 원칙적으로 통계자료에 의함이 상당하다. 이와 같은 기준은 객관적인 것으로서, 그보다 많은 시간이 소요될 것이라는 점을 피해자가 증명하거나, 그보다 적은 시간이 소요될 것이라는 점을 가해자가 증명하는 것을 방해하지 않지만, 그렇다고 하더라도 그 증명은 위 시간에 대한 분명한 수정을 긍정할 정도의 증명력을 가져야 한다. 예컨대 친족이나 지인의 진술만으로 이를 증명하는 것은 허용될 수 없다고 보나, 피해자 스스로가 일일수입 산정의 기초로 주장하고 있는 수입을 지속적으로 얻기 위해서는 하루 8시간만 일하는 것만으로는 불가능한 것으로 보이는 경우에는 이를 수정할 수밖에 없다. 위 생활시간조사에 의하면 노동시간²³⁹⁾을 제외한 평균 가용시간 대비 가사노동에 투입되는 시간의 비율을 구할 수 있으므로, 위와 같은 경우 실제 노동시간이 늘어남에 따라 가용시간이 줄어드는 경우에는 그 가용시간의 감소비율만큼 가사노동에 투입되는 시간도 줄어들 것으로 산정하면 될 것이다.

통계청의 2014년 생활시간조사 중 가구유형별 평균시간²⁴⁰⁾에 의하면,

239) 아래 표와 동일한 통계자료에는 일에 종사하는 시간도 조사되어 있다. 예컨대 맞벌이가구의 남편은 일 관련 이동시간을 포함하여 하루 평균 7시간 28분을 노동에 투입하고, 외벌이가구의 남편은 일 관련 이동시간을 포함하여 하루 평균 7시간 12분을 노동에 투입한다. 이 값은 주말과 휴일을 포함하여 평균한 것이므로, 정상근무일 기준으로는 법정근로시간을 당연히 넘게 된다.

240) 생활시간조사에는 평균시간과 행위자평균시간이 있고, 각각의 통계표도 별도로 존재한다. 평균시간은 그러한 행동을 아예 하지 않은 사람까지 포함하여 평균을 산출한 것이어서 그 합계가 24시간이 되지만, 행위자평균시간은 행동을 한 사람만의 평균시간을 의미하는 것이므로 합계가 24시간을 초과한다. 따라서 기준값 설정에 있어서는 평균시간을 사용하여야 하고, 피해자의 개별적 사정, 예컨대 자녀가 많다거나 없어 양육에 투입하는 시간의 다과를 증명하여 소요시간수가 수정되어야 함을 증명하고자 할 때에는 행위자평균시간을 활용할 수 있을 것이다.

가사에 투입되는 시간은 다음과 같이 나타난다.

가구유형별	행동분류별	2014											
		요일평균			평일			토요일			일요일		
		평균	남	여	평균	남	여	평균	남	여	평균	남	여
맞벌이가구	가정관리 ²⁴¹⁾	1:31	0:28	2:38	1:20	0:21	2:24	1:54	0:42	3:10	2:02	0:51	3:18
	가족 및 가구원 돌보기 ²⁴²⁾	0:24	0:13	0:35	0:23	0:10	0:36	0:26	0:16	0:36	0:27	0:21	0:34
외벌이가구 (남편)	가정관리	2:15	0:27	4:13	2:13	0:19	4:18	2:19	0:43	4:03	2:21	0:54	3:55
	가족 및 가구원 돌보기	1:01	0:19	1:47	1:04	0:14	1:58	0:57	0:29	1:27	0:54	0:38	1:11
외벌이가구 (아내)	가정관리	1:59	1:26	2:25	1:54	1:32	2:10	2:05	1:11	2:52	2:21	1:10	3:18
	가족 및 가구원 돌보기	0:14	0:13	0:14	0:14	0:12	0:15	0:15	0:19	0:12	0:15	0:13	0:16
한부모가구	가정관리	1:58	1:09	2:21	1:44	1:02	2:03	2:14	1:05	2:55	2:56	1:59	3:17
	가족 및 가구원 돌보기	0:25	0:09	0:33	0:21	0:06	0:27	0:37	0:10	0:52	0:35	0:20	0:40
미혼	가정관리	0:42	0:27	1:00	0:36	0:23	0:52	0:51	0:31	1:16	1:02	0:44	1:26
	가족 및 가구원 돌보기	0:02	0:01	0:03	0:02	0:01	0:03	0:02	0:01	0:03	0:03	0:03	0:04
사별/이혼	가정관리	2:17	1:24	2:33	2:15	1:20	2:31	2:24	1:22	2:44	2:23	1:43	2:36
	가족 및 가구원 돌보기	0:09	0:05	0:10	0:09	0:04	0:11	0:08	0:05	0:10	0:07	0:05	0:08

위 표에서 살펴볼 수 있듯이, 가사소요평균시간은 주말과 평일에 큰 차이가 없고, 결국 가사노동에는 휴일이라는 개념을 상정할 수 없다고 보아

241) 음식준비, 가정용 섬유 및 신발관리, 청소 및 정리, 주거 및 가정용품 관리, 차량 관리, 애완동물 돌보기, 상품 및 서비스 구입, 기타 가정관리로 이루어진다.

242) 함께 사는 만 10세 미만 아이 돌보기(신체적 돌보기, 아이 가르치기, 책 읽어주기-놀아주기), 함께 사는 만 10세 이상 초중고생 돌보기(신체적 돌보기, 공부 봐주기), 함께 사는 배우자 돌보기, 함께 사는 부모 및 조부모 돌보기, 함께 사는 그 외 가구원 돌보기, 함께 살지 않는 부모 및 조부모 돌보기, 함께 살지 않는 그 외 가족 돌보기로 이루어진다.

야 할 것이므로, 구체적인 요일별 소요시간을 따져볼 필요 없이 요일평균값을 이용하여도 무방하게 된다.

피해자는 배상청구를 함에 있어 불법행위 당시 자신에게 배우자가 있었는지 없었는지, 자신이 부모에 해당하는지 아닌지를 밝혀야 하고, 그것을 밝히면 다음의 경우 중 하나를 기준값으로 주장할 수 있다.

기혼자의 경우에는 맞벌이와 외벌이 중 어떤 쪽을 기준값으로 할 것인가의 문제가 있다. 피해자가 직업을 가지고 있지 않은 경우에도 기회비용법에 의한 일실수입은 별도로 계산되어야 하므로, 피해자가 현실소득이 있었든 없었던 간에 피해자가 남자라면 맞벌이 또는 외벌이(남편)의 경우만 성립할 수 있고 외벌이(아내)의 통계는 제외된다. 피해자가 여자인 경우에도 맞벌이 또는 외벌이(아내)만 성립할 수 있고 외벌이(남편)의 통계는 제외되어야 한다. 그런데 피해자가 여자인 경우 외벌이(아내)보다 맞벌이의 가사분담시간이 더 큰 것은 당연하지만, 우리가 흔히 생각하는 것과 다르게, 피해자가 현실소득이 있었던 남자인 경우 맞벌이보다 외벌이(남편)의 경우 가사분담시간이 의외로 더 크다. 이러한 경우 배우자가 실제 현실소득을 얻고 있었는지 여부는 피해자 본인이 더 쉽게 증명할 수 있고 가해자로서는 아무런 자료를 가지고 있지 않을 것이므로 그 소요시간수는 더 작은 쪽이 기준값이 되어야 하고, 그보다 유리한 소요시간수를 적용받을 수 있다는 점은 피해자의 증명의 영역으로 보낼 것이다. 결국 기혼자인 경우 남자는 소요시간수가 더 적은 맞벌이가, 여자는 외벌이(아내)가 기준값이 된다. 물론 가해자도 피해자에게 자녀가 없다는가, 장래에 자녀가 성년에 달하여 분가함으로써 이에 투입될 시간수가 필요 없게 된다는가 하는 사정을 주장하여 기준값보다 적은 소요시간수를 주장, 증명하는 것이 허용될 것이다.

미혼자의 경우에는 장래의 혼인가능성을 고려하여야 하지만, 무직자의 경우에도 장래의 취업가능성을 고려하여 최저한의 기본임금으로 일용노임을 인정한다는 점과의 균형상, 이들에 대한 장래 혼인비율에 의한 통계 등의 반증이 제시되지 않는 한²⁴³⁾ 미혼자는 일단 혼인적령기에 혼인을 하는

것을 전제로 보아 그 연령 이후에는 기초값(남자 맞벌이, 여자 외벌이-아내)을 적용함이 상당하나,²⁴⁴⁾ 적령기를 도과한 미혼자나 사별/이혼자의 경우 곧 결혼이 예상된다는 점을 증명하지 못하는 한 그 가구형태가 그대로 유지되는 것을 기준값으로 하여, 이를 가동연한까지 적용할 수밖에 없을 것이다. 다만 미혼인 피해자가 이미 결혼이 예정되어 있었던 경우, 예컨대 결혼식장을 예약한 상태에서 사고를 당하였다는 등의 특별한 사정을 증명할 경우에는 이와 달리 기혼자의 기준을 적용할 수 있을 것이다.

또한 가사노동에는 휴일이라는 개념을 상정할 수 없으므로, 가사노동가치를 산정함에 있어 월평균 근로일수는 30.416일(=365일÷12)로 봄이 상당하다.²⁴⁵⁾ 이는 후유장애로 인하여 개호인의 조력을 받을 필요가 있는 경우 개호인 비용에 대하여 특별한 사정이 없는 한 월 22일이나 25일씩이 아니라, 개호를 필요로 하는 기간의 전 일수에 해당하는 비용을 기준으로 산정하여야 한다²⁴⁶⁾는 것과 마찬가지로의 맥락이다.

나. 배상기준액

가사노동능력 상실에 대한 손해는 가사도우미 또는 육아도우미의 통계수입을 가사노동투입시간에 비례한 값이 기준액이 되어야 한다.²⁴⁷⁾

243) 조(粗)혼인율(인구 1,000명당 혼인 건수)은 조사, 발표되고 있으나, 미혼자의 장래 혼인율에 관한 자료는 없는 것으로 보인다.

244) 2015년 기준 평균초혼연령은 남자 32.6세, 여자 30.0세이다.

245) 비록 기회비용법만의 적용을 전제로 하고 있는 것이기는 하나, 김종배, “일실이익의 산출방법과 산정기준”, 재판자료 제21집 (1984), 109쪽과 사법연수원, 앞의 책, 110쪽은 가사노동의 특수성에 비추어 개호인비용의 계산방식과 같이 월간전일수(30일)를 곱하여 산정하는 방법이 채용될 여지가 있을 것이라는 견해를 밝히고 있다.

246) 대법원 1985. 8. 20. 선고 84다카928 판결, 대법원 1987. 12. 22. 선고 87다카1577 판결, 대법원 1989. 3. 14. 선고 86다카2731 판결, 대법원 1991. 5. 14. 선고 91다8081 판결.

247) 제6차 개정 한국표준직업분류에 의하면 가사도우미와 육아도우미는 동일한 소분류항목에 해당되므로 소득에 관한 통계값도 동일하다.

가사 및 육아도우미의 전경력자 통계소득은 1,015,497원인데,²⁴⁸⁾ 이와 같이 낮은 액수는 파트타임 등으로 종사하는 사람이 많아 다른 직종에 비하여 근로시간이 짧다는 데 기인한 것이므로, 이를 시급으로 환산함이 상당하다. 위 통계소득에 대응하는 근로시간은 129.1시간이므로, 시급은 7,865원이 된다.²⁴⁹⁾

이에 따라 각 경우별로 월 가사노동가치를 산정하면 다음과 같다(각 단계별 계산에 있어 편의상 1분 미만이나 1원 미만은 버림).

성별	적용기준	1일 기준시간	월 적용시간	월 가사노동가치
남	미혼 - 32.6세까지	28분	14시간 11분	111,551원
	맞벌이 - 기준값	41분	20시간 47분	163,460원
	외벌이(남편) - 증명에 성공한 경우	46분	23시간 19분	183,385원
	한부모	1시간 18분	39시간 32분	310,929원
	사별/이혼	1시간 29분	45시간 7분	354,842원
여	미혼 - 30.0세까지	1시간 3분	31시간 56분	251,155원
	외벌이(아내) - 기준값	2시간 39분	80시간 36분	633,919원
	맞벌이 - 증명에 성공한 경우	3시간 13분	97시간 50분	769,459원
	한부모	2시간 54분	88시간 12분	693,693원
	사별/이혼	2시간 43분	82시간 37분	649,780원

248) 2015년 기준 월 급여 1,011,306원, 연간특별급여 50,297원. 남녀의 구분이 있기는 하나 남자의 경우 표본부족(34명)으로 사실상 통계로서의 가치가 없고, 여자의 경우 경력년수에 수입액이 크게 좌우되지 않으며, 5~9년 경력자의 통계소득이 10년 이상 경력자의 통계소득보다 크게 나타난다는 문제(물론 5~9년 경력자의 표본에 해당하는 자의 평균 근로시간이 10년 이상 경력자보다 월 10시간 더 많았기 때문이지 경력에 의한 시간당 보수의 역전이 일어난 것은 아니다)가 있으므로, 성별 구분 없이 전경력자의 통계소득을 사용함이 상당하다고 판단하여 이를 적용하였다.

249) 아이돌봄 지원법 제20조, 아이돌봄 지원법 시행규칙 제14조, 여성가족부 고시에 따라 국가에서 지원하는 12세 이하 아동 대상의 아이돌봄서비스는 일정한 기준시급을 정하고 이용자의 경제수준에 따라 최대 75%까지 국가 예산으로 지원한다. 2016년도 아이돌봄서비스 비용 및 지원가구 소득기준(여성가족부고시 제2015-70호)에 따른 2016년의 기준시급을 보면 아이돌봄만 하는 시간제의 경우 시간당 6,500원, 아동 관련 세탁, 청소, 음식준비 등의 업무가 추가되는 종합형이 시간당 8,450원, 자격증 소지자에 의한 보육교사형이 시간당 7,800원으로 본문의 시간당 급여액과 거의 비슷하다.

5. 결어

이상에서 통계자료를 이용하여 가사노동의 가치를 환산하는 것도 가능하다는 점을 살펴보았다.

가정의 형태가 맞벌이 위주로 재편되고 전체적으로 핵가족화되면서 1인 가정도 다수 등장하고 있는 현실에서, 가족 중 특정인만이 가사를 전담하는 것을 전제로 한 종래의 손해액 산정은 더 이상 유지될 수 없게 되었다. 단순히 기회비용만을 활용하여 일용노임 상당액만을 일실수입으로 인정하는 전업주부에 대한 종래의 전통적 손해액 산정방식은 수정되어야 하며, 성별을 불문하고 가사를 전담하던 자에 대하여는 향후 취업할 것을 전제로 한 기회비용뿐 아니라 취업을 전제로 한 취업자의 가사노동가치를 합산한 액수를 일실수입액으로 인정하여야 하고, 가사전담자가 아닌 경우에도 가사를 분담하고 있는 한 피해자가 상실한 노동능력으로 인하여 소멸된 가사노동의 가치는 소득능력의 상실과 별도로 일실수입으로 배상되어야 할 것이다.

제 5 절 급여/사업소득자에 대한 통계소득 인정 문제

1. 종전의 논의

수입에 노동능력상실률을 곱하는 평가설적 산정방법이 실무의 대세로서 널리 이용되고 있는 오늘날에 이르러, 손해의 개념을 평가설적 입장에서 소득능력의 상실로 보지 않은 채 여전히 전통적인 불법행위 전후에 걸쳐 감소한 소득의 차이로 보면서도, 그 손해액의 산정방법에서만 노동능력상실률을 곱하는 평가설의 방식을 차용한 결과, 급여소득자나 사업소득자에 대하여는 여전히 불법행위 이전에 얻고 있었던 현실수입의 범위가 어디까지인지 여부에 논의가 집중되고 있다. 즉 특정한 직장에서 고정적으로 근무하고 있었던 상용근로자에 대하여는 그 수입에 대하여 소득산정의 기준시기, 부가적수입인 상여금, 실비, 제 수당 등의 인정범위, 승급과 승진의 고려여부, 정년이후의 기대수입의 수준 등에 관한 문제 등이, 개인기업 경영자의 경우에는 그 기업수익중 기업주 본인의 개인적기여도에 의한 수익부분의 추출 내지 측정방법, 노무가치설과 대체노동력 고용비용설의 적용문제, 계절적으로 수익의 변동이 있는 기업수익의 포착방법, 위법소득이나 무신고소득과 관계되는 문제 등이 각각 주요한 논점으로 제기되고 있는 실정이다.

위와 같이 평가설적 산정방법을 취하면서도 불법행위 당시의 실제의 수입이 얼마인지에 무게를 두고 논의가 이루어지고 있는 현실은, 그 산정방법에 한하여만 노동능력상실에 기반한 일실수입을 배상하는 방식을 취하고 있을 뿐 손해의 본질이 무엇인지에 대하여는 종래 차액설적 입장에서 더 나아가지 못하고 있음을 의미한다.

2. 현실수입이 있는 자에 대한 소득능력상실의 평가

앞에서 차액설을 취하더라도 불가피하게 그 배상의 타당성을 긍정할 수밖에 없는, 현실수입이 존재하지 않는 무직자, 학생, 가사전담자 등에 대하여, 평가설적 입장에서 사회관념상 규범적인 기대수입을 각각의 경우별로 어떻게 산정함이 상당할 것인지에 대하여 살펴보았다.

그런데 위와 같은 기대수입의 산정기준을 오로지 현실수입이 없는 자에게만 적용하는 것이 타당한지는 의문이다. 장래의 기대수입의 근거를 노동소득능력의 상실에 두는 이상, 기대수입의 산정기준은 이미 수입을 얻고 있는 급여소득자나 사업소득자라고 하여 달리 평가할 것이 아니기 때문이다. 우리나라에서도 특정 직장에 한 번 입사하면 정년까지 근무하던 시절도 있었고, 그러한 사회, 경제적 상황을 전제하고 있다면 불법행위 이전에 얻고 있던 수입이 장래의 기대수입을 산정함에 있어서도 가장 합리적이고 객관적인 기준이라고 보았던 것도 이해되는 측면이 없지는 않다. 그러나 한 직장에서 정년까지 근무하던 시기는 이미 지났다. 첫 직장 평균 근속기간은 약 1년 7개월,²⁵⁰⁾ 정년까지 근무하는 사람이 8.2%에 불과하며,²⁵¹⁾ 이직률도 매우 높다.²⁵²⁾ 결국 불법행위 전에 얻고 있었던 소득은 장래의 기대수입을 산정하기 위한 참고자료에 불과하고, 그 자체가 그대로 일실수입 손해액의 기준값이 될 수는 없는 것이다.

결국 장래의 기대수입을 산정함에 있어서는, 대법원이 사고 후 회사의 도산, 폐업 등으로 현실수입가능성이 없어진 자에 대한 기준으로 스스로 밝힌 바와 같이, 피해자의 연령, 교육정도, 종전 직업의 성질, 직업, 경력, 기능 숙련정도 및 유사 직종이나 다른 직종에의 전업 가능성과 확률, 그

250) 통계청 보도자료, “2016년 5월 경제활동인구조사 청년층 및 고령층 부가조사” (2016. 7.), 14쪽.

251) 위 보도자료, 24쪽.

252) 2016. 8.의 이직률은 4.0%이다.

고용노동통계포털(<http://laborstat.moel.go.kr/>) (2016. 9. 30. 확인)

밖의 사회적, 경제적 조건 및 경험칙에 비추어 장차 피해자가 종사 가능하다고 보이는 직업과 소득 등의 요소를 종합적으로 고려함이 상당하다고 할 것인바,²⁵³⁾ 이와 같은 원칙은 위와 같은 특수한 경우뿐만 아니라 모든 기대수입의 산정에 있어 동일하게 적용되어야 하고, 이를 밝히기 위한 가장 적합하고 과학적인 기준은 소득통계자료라고 할 것이므로, 현실수입을 일실수입 산정의 기준값으로 하는 종전의 배상원칙은 변경되어야 한다.

한편 인신사고의 불법행위로 인한 손해배상에 있어서 의미를 갖는 수입은 피해자가 노동능력을 전부 또는 일부 상실함으로 인하여 소멸되거나 감소되는 부분에 한하게 되므로, 그 성질상 당연히 노동력의 투입에 대응하는 순수한 노동소득에 한하는 것이 원칙이다. 위와 같이 노동소득으로 수입의 범위가 제한되는 이상, 자본적 수입인 임대수입이나 배당, 이자수입은 그 증감이 있더라도 일실수입의 기초가 될 수 없으며, 자본과 노동의 결합에 의하여 이루어지는 사업소득자의 경우에는 그 사업소득 중 사업자 본인의 노동소득에 해당하는 가치만을 추출할 필요가 있게 된다.

3. 소득통계의 구조

통계청이 조사, 공표하는 고용형태별근로실태조사는 임금 및 근로시간, 사회보험가입률, 상여금퇴직금적용률, 노조가입률 등을 고용형태별,²⁵⁴⁾ 직종분류별, 산업분류별, 사업체규모별, 학력별²⁵⁵⁾ 등으로 나누어 통계를 제공한다.

253) 대법원 1986. 3. 25. 선고 85다카538 판결, 대법원 1987. 2. 10. 선고 86다카 1453 판결, 대법원 1988. 5. 10. 선고 87다카1539 판결, 대법원 1991. 5. 14. 선고 91다124 판결, 대법원 1997. 4. 25. 97다5367 판결

254) 정규직, 비정규직, 재택근무, 파견근로자, 일용직, 단시간, 기간제 근로자 등에 관한 구체적 통계이나, 임금통계가 대분류로만 나와 있어 손해배상에는 사용하기 어렵다.

255) 학력별 통계소득에 관하여는 앞의 학생 및 미취학아동의 일실수입 부분에서 이미 언급한 바 있다.

직종분류는 수입을 위해 개인이 하고 있는 일(경제활동)을 그 수행되는 일의 형태에 따라 체계적으로 유형화(분류)한 것으로, 국제노동기구(International Labour Organization, ILO)의 국제표준직업분류(International Standard Classification of Occupations, ISCO)를 기초로 작성되었다. 한국표준직업분류(Korean Standard Classification of Occupations, KSCO)는 1963년에 처음 제정되어 이후 6차례에 걸쳐 개정되었고, 제6차 개정판은 2007. 10. 1.부터 시행되었다. 대분류, 중분류, 소분류, 세분류, 세세분류의 5단계로 나뉘고, 대분류 10개,²⁵⁶⁾ 중분류 52개, 소분류 149개, 세분류 426개, 세세분류 1,206개의 직업항목이 존재하며,²⁵⁷⁾ 소분류 이상에 대하여는 통계소득이 조사, 작성되고 있다.

산업분류는 생산단위(사업체단위, 기업체단위 등)가 주로 수행하는 산업 활동을 그 유사성에 따라 체계적으로 유형화한 것으로서, UN의 국제표준산업분류(International Standard Industrial Classification, ISIC)를 기초로 작성되었다. 한국표준산업분류(Korean Standard Industrial Classification, KSIC)는 1963년에 광업, 제조업 부문이, 1964년에 비제조업 부문이 처음 제정되어 이후 9차례에 걸쳐 개정되었고, 제9차 개정판은 2008. 2. 1.부터 시행되었다. 대분류 21개,²⁵⁸⁾ 중분류 76개, 소분류 228개, 세분류 487개, 세세분류 1,145개의 산업항목이 존재하며,²⁵⁹⁾ 중분류 이상에

256) 1 관리자 / 2 전문가 및 관련 종사자 / 3 사무 종사자 / 4 서비스 종사자 / 5 판매 종사자 / 6 농림어업 숙련 종사자 / 7 기능원 및 관련 기능 종사자 / 8 장치·기계 조작 및 조립 종사자 / 9 단순노무 종사자 / A 군인

257) 통계청, 한국표준직업분류 (2007), 5-7쪽.

258) A 농업, 임업 및 어업 / B 광업 / C 제조업 / D 전기, 가스, 증기 및 수도 사업 / E 폐기물, 환경복원업 / F 건설업 / G 도매 및 소매업 / H 운수업 4 4 12 11 21 20 48 46 / I 숙박 및 음식점업 / J 출판, 영상, 방송통신 및 정보서비스업 / K 금융 및 보험업 / L 부동산업 및 임대업 / M 전문 과학 및 기술서비스업 / N 사업시설관리 및 사업지원서비스업 / O 공공행정, 국방 및 사회보장행정 / P 교육 서비스업 / Q 보건업 및 사회복지서비스업 / R 예술, 스포츠 및 여가관련 서비스업 / S 협회 및 단체, 수리 및 기타 개인서비스업 / T 가구내 고용활동 및 달리 분류되지 않은 자가소비 생산활동 / U 국제 및 외국기관

대하여는 통계소득이 조사, 작성되고 있다. 산업분류에 있어서 생산단위의 산업 활동은 그 생산단위가 수행하는 주된 산업 활동(판매, 제공되는 재화 및 서비스)의 종류에 따라 결정되고, 근로자 개개인의 직종 차이는 고려되지 않는다.

즉 위 고용형태별근로실태조사 보고서의 직종별 임금은 특정한 직종에 종사하는 근로자의 임금을 산업별 구분 없이, 산업별 임금은 특정한 산업 부문에 종사하는 근로자의 임금을 직종의 구분 없이 각 집계한 것이다.

손해배상에 있어서의 객관적 임금수준은 원칙적으로 직종별 소분류별 소득통계를 기준으로 일실수입을 산정함이 타당하다. 이는 불법행위 전의 현실수입을 일실수입의 기준값으로 하여 통계소득의 예외적 적용을 전제로 한 종전의 논의에 있어서도 다수의 견해이다.²⁶⁰⁾

4. 개별적인 사안에서의 기준 설정방향

가. 급여소득자

1) 신분이 보장된 공무원 등

정무직 공무원처럼 임용권자의 의사에 따라 언제든 그만둘 수 있거나 기간이 정해져 있는 계약직 공무원과 같은 경우를 제외하면, 모든 공무원이나 교사 등은 일정 수준 이상의 형사 유죄판결이 확정되거나,²⁶¹⁾ 파면,

259) 통계청, 한국표준산업분류 (2008), 5-12쪽.

260) 황현호, “일실수입산정자료로서의 ‘임금구조기본통계조사보고서’에 대한 고찰”, 인권과 정의 제227호 (1995. 7.), 66쪽; 조윤희, “임금구조기본통계조사보고서에 관한 판례의 검토”, 판례연구 1998, 전주지방법원 (1999), 404쪽.

261) 국가공무원법 제33조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 공무원으로 임용될 수 없다.

1. 피성년후견인 또는 피한정후견인
2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자
3. 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아

해임에 이를 정도의 비위를 저지른 특별한 사정이 없는 한 정년까지 신분이 보장되므로,²⁶²⁾ 통계수입이 아니라 관계 법령에 규정된 보수액을 기대수입의 기준으로 인정할 것이다. 따라서 호봉승급 등도 모두 포함된다. 신분보장이 어려운 특별한 사정은 가해자가 증명하여야 한다.

이하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니한 자

4. 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행유예 기간이 끝난 날부터 2년이 지나지 아니한 자
5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예 기간 중에 있는 자
6. 법원의 판결 또는 다른 법률에 따라 자격이 상실되거나 정지된 자
- 6의2. 공무원으로 재직기간 중 직무와 관련하여 「형법」 제355조 및 제356조에 규정된 죄를 범한 자로서 300만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 2년이 지나지 아니한 자
- 6의3. 「형법」 제303조 또는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제10조에 규정된 죄를 범한 사람으로서 300만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 2년이 지나지 아니한 사람
7. 징계로 파면처분을 받은 때부터 5년이 지나지 아니한 자
8. 징계로 해임처분을 받은 때부터 3년이 지나지 아니한 자

국가공무원법 제69조(당연퇴직) 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.

1. 제33조 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우. 다만, 제33조제2호는 파산선고를 받은 사람으로서 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따라 신청기한 내에 면책신청을 하지 아니하였거나 면책불허가 결정 또는 면책 취소가 확정된 경우만 해당하고, 제33조제5호는 「형법」 제129조부터 제132조까지, 제303조 또는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제10조 및 직무와 관련하여 「형법」 제355조 또는 제356조에 규정된 죄를 범한 사람으로서 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우만 해당한다.
2. 임기제공무원의 근무기간이 만료된 경우

262) 법관의 경우 임기는 10년이지만 재임용탈락비율이 극히 낮다는 점에 비추어 볼 때 정년인 65세까지 근무한다고 봄이 상당하다. 지금까지는 변호사의 수입이 더 크기 때문에 가해자 또는 그 보험회사로서는 피해자의 일일 수입에 있어 법관의 수입을 주장하는 것이 더 유리하므로 특별히 문제된 적은 없으나, 변호사 수가 급증하고 있는 향후에는 법관의 수입이 더 크게 될 가능성도 있어 쟁점화될 수도 있다.

2) 기타 급여소득자

위에서 살펴본 바와 같이 높은 이직률, 짧은 평균 근속기간, 낮은 정년 퇴직 비율 등을 고려하면, 한 직장에서 정년까지 근무한다고 가정하는 것은 더 이상 합리적, 객관적이지 않으므로, 불법행위 전에 얻고 있던 수입은 기준값이 될 수 없고, 직종별로 경력에 맞는 통계소득을 장래의 기대수입의 기준값으로 삼아야 할 것이며, 피해자가 자신의 직업이 어떤 직종으로 분류되는 것이 합리적, 객관적으로 타당한 것인지와 그 경력만을 증명하면 일용 통계소득을 기준값으로 적용하여야 한다. 이 기준값에서 벗어나는 기대수입의 적용을 주장하는 경우에는 그 주장을 하는 사람이 이를 증명하여야 할 것이고, 이러한 증명과정에서 불법행위 이전에 얻고 있던 현실수입은 간접사실로서 그 주장을 뒷받침할 자료로 삼을 수 있을 것이다. 종전과 달리 오늘날에는 컴퓨터 등 저장장치의 발달로 국세청, 국민건강보험공단, 국민연금관리공단 등에 대한 조회 등을 통하여 장기간의 소득자료를 언제든지 파악할 수 있으므로, 아주 오래된 것이 아닌 한 피해자의 과거 수입을 대부분 추적하여 구체적으로 밝히는 것이 가능하다. 그렇다면 피해자로서는 불법행위 이전의 대부분의 기간 동안 지속적으로 통계소득 이상을 얻고 있었다는 점을 들어, 반대로 가해자로서는 과거에 대부분 통계소득에 미달하는 수입만을 얻고 있었다는 점을 들어, 각각 통계소득이 아닌 현실수입이 적용되어야 함을 주장, 증명할 수 있을 것이다.

이는 일실수입 배상액 산정에 있어 일종의 정형화를 추구하는 것으로서, 실제 재판과정에서도 증명의 부담이 경감되고, 피해자의 구제도 신속해지며, 배상액에 대한 예측가능성이 높아져 화해의 촉진에 도움이 될 뿐 아니라, 심리의 편의도 증가된다. 종전에는 조금이라도 더 유리한 소득액을 인정받기 위해 현실수입에 관한 자료를 취사, 선별하여 일부씩만 제출하거나 소득세 신고기간이 다음해 5월까지라는 점을 이용하여 세무자료들의 의도적으로 오염시키는 등의 폐단이 존재하였는데,²⁶³⁾ 이러한 현상은 자연

263) 직접 취급한 사건에서 다음과 같은 사례를 경험한 바 있다. 11월에 사고를

스럽게 사라질 것이고, 재판 과정에서 현실수입에 관한 자료도 더 투명하게 나타날 수 있을 것이다. 또한 종전에는 현실수입액이 기준값이므로 수당 중 어떤 것을 포함하여야 하고 어떤 것을 제외하여야 하는지 등 지나치게 세부적인 사항에 대하여까지 공방을 벌여 1원 단위까지 현실수입액을 산정하여야 했지만,²⁶⁴⁾ 통계소득을 장래 기대수입의 기준으로 하게 되면 현실수입이 그 통계소득에서 얼마나 벗어나는지가 쟁점이 되는 것이므로, 통계소득과 현실수입액 사이에 너무 큰 차이가 있어 통계소득을 적용하는 것이 합리적, 객관적으로 수긍될 수 없을 정도가 아니라면, 종전과 같이 그 현실수입액을 항목별로 1원 단위까지 산정할 필요가 없게 되어 소송의 결론도 간명하게 이끌어낼 수 있게 된다.

나. 사업소득자

사업자의 소득은 다음과 같이 구성된다. ① 자신의 노동에 대한 대가, ② 가족이 제공한 근로의 대가, ③ 종업원의 노무대가, ④ 동업자의 노동의 대가, ⑤ 투자자본에 대한 자본수입인 이자, 사업주 개인 소유로 제공된 점포의 임료상당액, 영업권, 특허권 등에 의한 수익 등. 그런데 일실수익 산

당한 피해자가 원고가 된 사안이었는데, 연봉 7,200만 원을 받고 있었다고 주장하였다. 실제 종사하고 있던 업무에 비추어 볼 때 너무 높은 수준이라는 의문이 있어 피고의 과세정보조회신청을 받아들여 원천징수내역을 조회하니 1월부터 11월까지의 원천징수대상 급여액이 3,300만 원인데 12월 급여액이 3,900만 원으로 신고되어 있었다. 원고 소송대리인이 그 조회결과에 당황하여 상여금이라고 주장하였으나, 몇 년간의 자료를 모두 조회하여도 원고가 상여금을 받은 적이 한 번도 없었던 사실이 드러났다. 이 경험 이후 재판을 진행함에 있어 현실수입을 기준으로 할 경우에는 항상 3년치 이상의 수입자료를 요구하였다.

264) 실제로 양 당사자 및 소송대리인은 손해배상액의 총액에 관심이 있을 뿐 세세한 항목이 어떻게 될지는 별 관심이 없어 세부적인 항목의 증명에 열의를 보이지 않는다. 수당 하나 빠지더라도 위자료를 조금 더 인정받으면 그만이므로 딱히 노력을 들일 필요가 없기 때문이다. 쌍방이 특별한 관심을 두지 않는 이러한 1원 단위까지의 계산에 시간을 소모하고 있는 것은 담당재판장 뿐이다.

정의 기초가 되는 것은 사업주 개인의 근로의 대가뿐이므로, ② 내지 ⑤의 부분은 모두 공제하여야 한다.²⁶⁵⁾

그런데 실제 분쟁사안에 있어서는 이러한 것을 재무제표에 의하여 산정하는 것이 거의 불가능할 뿐 아니라,²⁶⁶⁾ 사고가 발생하면 많은 경우에 있어서 피해자 측에 의한 세무자료의 오염이 발생한다는 문제도 있으므로, 비슷한 경영규모의 같은 업종에 대한 평균적 수입인 통계소득을 근간으로 그 소득액을 추계하는 산출방법이 단순히 사문서와 증언에 의존하는 것보다는 진실에 가까울 개연성이 높고 합리적, 객관적이라고 볼 것이고,²⁶⁷⁾ 차액설적 산정방법을 취하던 시기부터 이미 사업소득자의 수입은 사업주의 노동가치 대신 피해자와 같은 경력, 기술 및 경영능력을 가진 사람을 고용하는 경우의 보수 상당액, 즉 대체고용비에 의하는 경우가 많았다.²⁶⁸⁾

개인사업주인 피해자의 수입이 주로 사업주 개인의 노무에 의존하고 있어 기업에서의 자본적 수익이 미미한 경우, 즉 직접 조리에 종사하는 식당 주인과 같이 1인 사업장 또는 소수의 직원을 두고 사업주도 동일한 노동에 종사하는 등의 사업소득자는 동일한 직종 근로자의 직종별 소분류별 소득통계를 사용함이 타당하나, 일정규모 이상의 사업장이거나 주로 관리, 대외교섭 등의 업무만 하는 사업소득자에게는 직종별 소분류별 소득통계 중 관리자의 통계수입을 적용하거나 산업별 중분류별 소득통계 중 해당

265) 사법연수원, 앞의 책, 99쪽

266) 실제 처리한 2,000여 건의 손해배상사건 중 이와 같은 방법으로 계산하여 판결을 선고한 사건은 1건이었는데(서울지방법원 2003. 2. 7. 선고 2001가단318488 판결, 그대로 확정됨), 해당 사건은 사업소득자로서 재무제표의 기장이 매우 모범적인 수준이었고, 투하자본도 거의 정확하게 액수가 드러나 자본수익 부분을 정확히 산출하는 것이 가능한 사건이었다.

267) 김종배, “통계소득의 인정방법”, 한국배상의학회 논문집 제1집 (1992), 230쪽.

268) 대법원 1966. 9. 20. 선고 66다1215 판결, 대법원 1967. 12. 26. 선고 67다1806 판결, 대법원 1968. 11. 5. 선고 68다1559 판결, 대법원 1979. 7. 10. 선고 77다534 판결, 대법원 1989. 6. 13. 선고 88다카10906 판결, 대법원 1991. 8. 9. 선고 91다269 판결, 대법원 1994. 2. 22. 선고 93다56657 판결, 대법원 1996. 2. 23. 선고 95다1439 판결.

사안에 더 적절한 것을 기준값으로 삼아야 할 것이다. 물론 소득통계자료에 비하여 현저하게 많은 수입이나 적자기업 등과 같은 특별한 사정은 피해자 또는 가해자가 증명하여야 할 영역이다.

다. 경력년수의 증가에 따른 기대수입의 증가 인정 여부

고용형태별근로실태조사 보고서의 통계소득은 경력년수별로 전경력, 1년 미만, 1년 이상 3년 미만, 3년 이상 5년 미만, 5년 이상 10년 미만, 10년 이상으로 구분되어 있다. 같은 직종이나 같은 학력이라도 경력이 증가함에 따라 통계소득이 높음은 당연하다. 그렇다면 통계소득을 기초로 일실수입을 산정할 경우 이러한 통계소득상의 경력증가도 고려하여 일실수입을 산정하여야 할 것인지가 문제된다.

대법원은 통계소득을 기준으로 일실수입을 산정하는 경우 원칙적으로 사고 당시의 피해자의 경력년수에 따른 통계소득을 적용하여야 한다고 하면서, 수익의 증감이 상당한 정도로 확실시되는 경우가 아닌 한 원칙적으로 ‘사고 당시’의 해당 경력에 상응한 통계소득을 기준으로 삼아야 하고,²⁶⁹⁾ 사실심 변론종결일의 해당 경력에 상응한 통계소득을 기준으로 할 수도 없으며,²⁷⁰⁾ 전경력자의 평균임금을 기준으로 일실수입을 산정하여서는 안 되고,²⁷¹⁾ 대학 졸업자로서 직장경력이 매우 짧거나 재학 중 특수기능자격증을 취득한 학생인 피해자에 대하여 대졸자 또는 그 특수자격자의 통계소득을 적용하는 경우에도 1년 미만 경력자의 통계소득을 기대수입으로 하여야 한다고 하여²⁷²⁾ 경력의 증가에 따른 통계소득의 상승분을 적용할 수 없다는 입장을 견지하고 있고,²⁷³⁾²⁷⁴⁾ 이에 대하여는 견해의 대립이

269) 대법원 1996. 9. 10. 선고 95다1361 판결.

270) 대법원 1997. 11. 28. 선고 97다40049 판결.

271) 대법원 1992. 3. 10. 선고 91다27044 판결.

272) 대법원 1994. 2. 8. 선고 93다49024 판결, 대법원 1995. 2. 24. 선고 93다54286 판결.

있다.²⁷⁵⁾

273) 다만 대법원은 의사에 대하여 다른 기준을 적용한 사례가 있다. 대법원 1987. 11. 10. 선고 87다카376 판결은 레지던트 1년차 의사(인턴기간을 고려하면 사고 당시 경력은 1년)에 대하여 레지던트 및 군복무기간 합계 7년을 경력으로 가산하여 군복무 후 8년 경력이 된다는 이유로 5-9년 수입을 가동기간까지 인정한 원심을 유지하였고, 대법원 1988. 4. 12. 선고 87다카1129 판결은 인턴을 마치고 레지던트과정에 합격한 의사(결국 87다카376과 경력년수는 비슷하다)에 대하여 같은 이유로 8년 경력이 된다는 이유로 5-9년과 10년 이상의 경력년수별 통계소득을 적용한 원심을 유지하였으며, 대법원 1996. 9. 10. 선고 95다1361 판결은 공중보건 치과의사에 대하여 사고 당시를 기준으로 3-4년의 통계소득을 적용한 원심을 파기하면서 경력 5년이 되는 때부터 5-9년을 적용하여야 한다고 하였다.

그런데 위 판결들의 사안을 자세히 살펴보면 경력증가를 모두 인정한 것은 87다카1129 판결뿐이고, 87다카376 판결과 95다1361 판결은 모두 10년 이상 경력에 대해서는 아무런 언급이 없다. 87다카376 판결은 피고만 상고하여 불이익변경금지 원칙상 대법원의 실질적 심판대상이 아니므로 그 언급을 하지 않은 것도 수긍이 되지만, 원고가 상고한 95다1361 판결에서 5-9년만을 언급한 파기취지는 좀처럼 이해가 되지 않는다. 경력증가를 인정하면 5-9년뿐만 아니라 10년 이상의 경력도 모두 적용하라고 하여야 하고, 경력증가를 부정하면 3-4년의 경력만 인정하는 원심을 유지하는 것이 옳기 때문이다.

의사 외의 사례로서는 대법원 1991. 9. 13 선고 91다18194 판결이 대학교 3학년생에 대하여 전문대학 졸업자의 '전경력' 통계소득을 적용한 원심을 그대로 유지하기는 하였으나, 이는 대졸 1년 미만 경력의 적용(당시에는 지금과 달리 대졸 1년 미만 경력자의 통계소득이 전문대졸 전경력의 통계소득보다 액수가 컸다)을 구하면서 원고만 상고한 사건이므로 선례로서의 가치가 크지 않다. 위에서 언급된 다른 판결들에서 대법원이 취한 입장에 비추어 보면, 원심이 3학년생이라는 이유로 도시일용노임만 적용했다 하더라도 원심을 그대로 유지했을 가능성이 높기 때문이다.

274) 조윤희, “임금구조기본통계조사보고서에 관한 판례의 검토”, 판례연구 1998, 전주지방법원 (1999), 408쪽은 의사에 대한 위 판결들을 언급하면서 대법원이 원칙적으로 경력연수가 늘어나면 증가된 소득을 기준으로 일실수입을 산정할 수 있다는 입장을 취하고 있다고 설명하나, 다른 판결들과 비교해 보았을 때 위 판결들이 오히려 예외적인 경우에 해당하고, 위에서 살펴본 바와 같이 각 판결들 사이의 일관성도 없다.

275) 대법원의 견해를 지지하는 견해로 홍기중, “일실이익산정과 통계소득의 적용상 문제점”, 법과 행복의 추구 : 청암정경식박사 화갑기념논문집 (1997), 50쪽; 이와 반대로 경력 증가를 인정하여야 한다는 견해로는 황현호, “일실수입산정자료로서의 '임금구조기본통계조사보고서'에 대한 고찰”, 인권과정의 제227호 (1995. 7.), 72-73쪽.

그런데 대법원은 호봉승급에 대하여 호봉승급이 확실하게 예측되는 경우에는 가해자가 그 사실을 알 수 있었는지를 불문하고 배상범위에 포함시켜야 하고,²⁷⁶⁾ 일용노동임금을 기초로 손해배상청구를 하는 때에는 동임금이 상승일로에 있다는 것이 공지의 사실이라고 하고 있어²⁷⁷⁾ 호봉승급이나 일용노임에 대하여는 이와 다른 태도를 보이고 있다. 이에 따라 실제 소송에서도 공무원 등과 같이 장래에 호봉승급이 확실하게 예상되는 경우 또는 불법행위 후 추가로 공표된 일용노임이 있는 경우에는 그 승급될 호봉이나 추가 공표된 일용노임에 따라 일실수입 손해액이 산정되고 있는 것이 보통이다.

대법원이 단지 ‘적절하지 않다’ 등의 판시만을 하였으므로 위와 같은 입장을 취하고 있는 이유는 분명하지 않으나, 이는 아마도 통계소득을 장래의 기대수입의 근거로 본 것이 아니라, 어디까지나 ‘불법행위 이전에 얻고 있던 현실수입’을 기대수입으로 치환하는 손해의 본질에 대한 차액설적 입장을 견지하여, 현실수입을 대체하는 일종의 대체재로 통계소득을 바라보았다는 데 있을 것이다. 현실수입을 증명한 경우에는 그 현실수입이 곧 장래의 기대수입이 되어 가동기간 전체를 통틀어 현실수입이라는 고정액을 기준값으로 한 일실수입액이 산정되는데, 그 현실수입의 불확실성 때문에 통계소득을 적용하였더니 도리어 일실수입액이 가동기간의 경과에 따라 점점 증가하게 된다는 현상은 일견 모순되는 것으로서 용납하기 어려웠을 것이다.

그러나 일실수입 손해의 본질은 소득능력의 상실이고, 그것은 곧 장래의 기대수입의 상실이며, 장래 경력의 증가는 확실한 것으로서 위 보고서상의 경력 증가에 따른 통계소득의 상승은 과학적 근거에 의하여 산출된 것이므로, 이는 공무원의 호봉승급이나 일용노임의 상승만큼이나 확실한 예측이 가능한 것이다. 즉 가동기간까지 경력의 증가에 따른 기대수입의 증가도 일용노임의 증가 추이와 마찬가지로 공지의 사실이라고 보아야 하

276) 대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카6761 전원합의체판결.

277) 대법원 1981. 10. 24. 선고 80다1994 판결.

므로, 평가설적 산정방법에 입각하여 통계소득을 일응의 기준값으로 삼아
일실수입을 산정할 때에는 그와 같은 경력의 증가는 당연히 기대수입에도
반영되어야 한다.

제 6 절 중간이자공제방식에 대한 반성적 검토

1. 현행 중간이자 공제 방식

피해자가 장래에 얻을 수 있는 수입은 원래 배상받을 시기에 발생할 것이 아니고, 향후 매일(일당) 또는 일정기간(주급, 월급) 단위로 계속 발생하는 것이므로, 이와 같이 정기적으로 발생하게 될 손해를 미리 당겨서 일시금으로 배상함에 있어 중간이자를 공제하지 않으면 실질적으로 장래에 발생할 이자수입 상당액은 초과배상이 발생한다는 입장에서, 중간이자를 공제하고 있다.

그런데 현재의 소송실무는 특별한 고려 없이 그 중간이자 공제에 있어 법정이율을 적용하고 있고, 피해자의 소송대리인 역시 이에 관하여 아무런 의문을 갖고 있지 않은 것으로 보인다. 그런데 법정이율에 관한 규정인 민법 제379조나 상법 제54조는 이자있는 채권의 법정이율에 관한 규정이기 는 하나 중간이자 공제에까지 이를 적용하도록 하고 있지는 않으며, 일부 특별법²⁷⁸⁾을 제외하면 중간이자 공제의 경우 반드시 법정이율을 적용해야 한다는 의무규정이 있는 것은 아니다.

2. 외국의 사례

일본은 초저금리 시대로 접어들면서 3-4%를 적용한 하급심판결이 나오기도 했으나,²⁷⁹⁾ 2005년 最高裁判所 平成 17. 6. 14.²⁸⁰⁾에 의하여 법정이

278) 10.27법난 피해자의 명예회복 등에 관한 법률, 삼청교육피해자의 명예회복 및 보상에 관한 법률, 노근리사건 희생자 심사 및 명예회복에 관한 특별법 시행령, 제주 4·3사건 진상규명 및 희생자명예회복에 관한 특별법 시행령 등 각종 특별법령에서는 법정이율에 의한 중간이자 공제를 명시하고 있다.

279) 외국사법제도연구반, 앞의 책, 407쪽.

280) 民集 59卷 9号 983頁. 3%를 적용한 원심을 파기하였다.

율 5%에 의한 중간이자 공제가 판례로 선언되었으나,²⁸¹⁾ 이에 대하여는 많은 비판이 있다.²⁸²⁾

미국에서는 보통 사람들이 특별한 기술 없이 안전하게 투자할 수 있는 수익률을 공제이율로 하는데, 우리나라나 일본과 달리 인플레이션을 감안하고, 하나의 율을 일관하여 적용하기보다는 배심원의 의견에 따른다. 인플레이션을 장래의 일실수입에 반영한 다음 중간이자 공제를 하는 실무례와 인플레이션을 고려한 실질이자율로 중간이자 공제를 하는 실무례로 나뉘어 있고,²⁸³⁾ 후자의 경우 이미 20세기부터 알래스카와 펜실베이니아를 필두로 하여 인플레이션과 중간이자를 상쇄하여 중간이자 공제를 하지 않는 판결이 선고되기 시작하였다.²⁸⁴⁾ 위 두 가지 방법은 어느 것을 먼저 계산하느냐에 있어 순서의 차이일 뿐, 인플레이션을 중간이자 공제에 반영하여 실질적인 현가환산율을 도출한다는 데 있어 그 목표가 동일하다.

3. 검토

일실수입의 산정에 있어 중간이자를 공제하는 것은, 모든 돈은 이자를 낳는다는 전제 하에, 일시금배상액에서 발생하는 투자이윤의 전부와 배상액 원본의 일부를 연 또는 월 단위의 일실수입에 충당하는 방법을 계속하

281) 이 판결은 중간이자 공제를 법률의 문제로 보았는데, 이후 일본의 하급심에서는 중간이자 공제가 법률의 문제인 이상 복리식인 라이프니츠 방식(우리나라와 달리 일본은 라이프니츠 방식이 실무례이다)을 적용할 수 없고 법률이 지연손해금 산정을 단리식으로 정한 이상 중간이자 공제에 있어서도 단리식인 호프만 방식을 적용해야 한다는 판결이 늘어나고 있다고 한다. 이윤호/이천성, “일실이익산정에 있어서 합리적인 중간이자공제 : 미국-일본의 논의를 근거로”, 손해사정연구 제2권 제2호 (2009. 8.), 122-123쪽.

282) 츠부라야 다카시(円谷峻), 不法行爲法事務管理, 不当利得 : 判例による法形成, 成文堂 (2005), 158쪽; 오지마 시게키(尾島茂樹), 逸失利益の算定における中間利息控除の割合, 速報重要判例解説 No. 2005-009, 5쪽.

283) 외국사법제도연구반, 앞의 책, 70-73쪽.

284) *Beaulieu v. Elliott*, 434 P.2d 665 (Alaska 1967), *Kaczkowski v. Bolubasz*, 421 A.2d 1027 (1980)

여 가동기간 말에는 배상금 전액이 소비되도록 하여²⁸⁵⁾ 초과배상 없이 정기금 배상과 동일한 결과를 가져오려는 것으로서, 중간이자 공제는 이행지체에 대한 지연손해금을 법정이율로 정하는 것과는 그 궤를 달리한다.

즉 이는 법적인 평가라기보다는 손해배상액의 실질성에 관한 사실인정의 문제이므로,²⁸⁶⁾ 위에서 살펴본 일부 특별법과 같이 따로 법령상의 규정이 없는 이상 중간이자공제율을 법정이율로 하여야 할 필연성은 인정되지 않는다고 보아야 하고,²⁸⁷⁾ 그 중간이자 공제는 최대한 정기금 배상과 동일한 결과를 도출할 수 있는 비율을 적용하여야 할 것이다.

그런데 이미 20세기부터 각국의 경제정책은 고전경제학에 기반한 단순한 불개입보다는 완만한 인플레이션을 감수하는 수요축진책을 채용하여 왔고, 21세기에 들어오면서 그 통화정책은 제로금리에 가깝게 변화하여, 시중은행의 정기예금 금리는 2016년 현재 1%대로 낮아져, 사실상 일시금 배상으로 기대할 수 있는 수익은 거의 없는 수준에 가까워졌다. 물론 피해자로서는 공격적인 투자방법을 통하여 일시에 받은 손해배상금에 대한 높은 수익을 올릴 수도 있으나, 피해자에게 이러한 역할을 기대하는 것은 불법행위로 인하여 손해를 입은 피해자에게 원금손실위험을 전가함으로써 가해자에게 배상액에 있어 실질적으로는 이익을 주는 것이나 마찬가지이다. 따라서 중간이자 공제에 있어서의 현가율은 정기예금 금리 등을 종합적으로 고려한 실질금리에 의하여야 할 것이다.

그 구체적인 방식에 관하여 보면, 이에 관하여 통계적 기법에 의하여 적정 할인율을 산정한 여러 가지 연구가 선행되어 있는바,²⁸⁸⁾ 매 사건마다

285) 이보환, “중간이자공제의 비현실성”, 민사재판의 제문제 5권, 한국사법행정학회 (1989), 248쪽.

286) 권영준, 위 글, 84쪽은 중간이자 공제는 손해액 산정에 동원되는 하나의 법적 사고장치이므로, 손해액 산정이 사실인정의 영역에 속한다면 이를 위한 수단으로서의 중간이자 공제도 사실인정의 영역에 속한다고 봄이 타당하다고 한다.

287) 이명갑, “중간이자 공제에 대한 비판적 검토”, 변호사 제29집, 서울지방변호사회 (1999), 68쪽 이하; 이윤호/이천성, 위 글, 125-129쪽.

288) 마승렬/김정주, “일실이익의 현가산정을 위한 중간이자 공제방법”, 법경제

어떤 방법에 따라 얼마만큼의 중간이자 공제율을 채택할 것인지를 심리하는 것은 번잡하기도 하거니와 법적 안정성 측면에서도 바람직하지 않다고 할 것이므로,²⁸⁹⁾ 좀더 심화된 연구를 통하여 위에서 언급한 알래스카나 펜실베이니아와 같은 완전상쇄방식의 정당성이 뒷받침된다면 이와 같은 방법을 채택하거나, 위와 같은 제반 사정을 고려하여 이를 범령화하는 방법 또는 법원이 매년 기준을 공표하는 방법 등이 요청된다고 할 것이다.²⁹⁰⁾

학연구 11권 3호 (2014), 311-337쪽과 마승렬, “공무원 일실회의 합리적 산정방법 연구”, 보험금융연구 26권 4호 (2015. 11.), 77-111쪽은 임금상승률과 이자율, 물가상승률, 일반근로자의 평균임금상승률, 무위험수익률인 5년만기 국민주택채권수익률 등의 각종 통계자료를 시계열자료로 비교 분석하여, 우리나라의 현실에서는 중간이자를 공제하지 않는 알래스카, 펜실베이니아 식의 완전상쇄방법이 가장 적절한 방법이라는 통계적 결론을 제시하였다.

289) 미 연방대법원의 *Jones & Laughlin Steel Corp. v. Pfeifer*, 462 U.S. 523 (1983) 사건과 제5항소법원의 *Culver v. Slater Boat Co.*, 722 F.2d 114 (5th Cir. 1983) 사건에서는, 인플레이션의 개별 사건 고려방식이 비효율적이고, 장래 물가상승률을 쌍방의 전문가 증인에 의하여 인정하는 것은 시간이 많이 걸릴 뿐 아니라 적절한 손해배상액의 인정을 위한 재판이 미래 인플레이션 예측에 관한 세미나가 될 수 있다는 이유로 실질이자율에 의한 현가할인방식을 취함이 바람직하다고 판시하기도 하였다.

290) 예컨대 국세환급금의 가산금에 대한 국세기본법 제52조와 같이 금융회사 등의 예금이자율 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 방식이 있을 수 있고(국세기본법 시행령 제43조의3 제2항, 국세기본법 시행규칙 제19조의3에 따라 2016. 3. 7. 이후 2016. 10. 현재까지 연 1.8%로 정해져 있다), 한국은행의 기준금리와 시중은행 정기예금금리의 과거 평균격차를 기준으로 일정한 공식에 따라 일률적으로 연동하게 하는 방법 등이 있을 수 있다.

제 4 장 결론

이상에서 인신사고로 인한 손해배상사건의 배상액 산정의 기준을 구체적인 사안에서 어떻게 정립할 수 있을 것인지를 논의해 보았다.

불법행위로 인한 손해배상의 가장 큰 목적은 피해자의 노동능력을 불법행위 발생 이전의 상태로 환원시키는 데 있고, 그 범익상태의 환원이란 피해자의 ‘현실적인 수입’의 감소뿐만 아니라 피해자가 ‘장래에 기대할 수 있었던 수입’의 상실분까지도 모두 전보하는 방법이어야 하며, 일실수입 손해액의 산정기준은 그러한 전제 하에 정립되어야 한다. 이러한 산정기준의 정립은 종전의 산정방법만의 평가설에서 한 발 더 나아가, 손해의 본질이 무엇인가의 문제에서 노동소득능력의 상실 자체를 일실수입으로 보는 진정한 평가설의 원칙을 도입하는 것으로부터 출발한다. 따라서 피해자는 일실수입에 관한 모든 자료를 홀로 제출하여 증명에 이르러야 하는 것이 아니고, 피해자가 어느 정도 수준의 증거자료를 제출하여 일정한 기준값에 달하였음을 증명한다면, 그 기준값 이하의 일실수입만 발생한다는 점은 오히려 가해자가 다른 간접사실들에 의하여 그 증명을 흔들어야 한다. 예컨대 피해자가 전문가로서의 라이선스를 취득한 상태에서 다른 직종에 잠시 종사하였다거나, 전문가로서의 라이선스를 취득하기 위한 과정 중에 있었다면, 피해자로서는 장래에 있어 그러한 라이선스 소지자로서 기대할 수 있는 수입을 당연히 주장할 수 있어야 하는 것이고, 가해자는 그 증명책임이 피해자에게 있다는 이유로 아무런 주장을 하지 않아도 되는 것이 아니라, 위와 같은 라이선스에 불구하고 피해자의 현실수입이나 경제상황, 성적 등의 간접사실을 들어 그보다 낮은 수입밖에 기대되지 않는다는 점을 적극적으로 다투어야 한다.

장래의 기대수입 산정에 있어서는 피해자에 대한 장래의 가능성을 모두 확률적으로 반영한 값이 손해배상액의 각 산정요소에 대한 기준이 되어야 한다. 불법행위로 인하여 장애자가 된 경우, 피해자는 장래의 다양한

가능성을 대부분 상실하였음이 직관적으로도 명백하다. 이는 피해자가 사망한 경우에는 더 극명하게 나타난다. 그럼에도 불구하고, 그 손해액의 증명에 ‘고도의 개연성에 대한 법관의 확신’이 요구되고, 그 장래의 다양한 가능성이 ‘평균- α ’과 ‘평균+ β ’ 사이의 범위를 가지고 있음에도 그 기준값을 ‘평균- α ’로 놓고 그 이상은 모두 피해자가 증명하여야 한다고 하는 결과, 피해자로서는 가능성도 상실되고 손해액의 증명도 상당 부분 차단되어 최소한의 배상밖에 받을 수 없는 결과가 자주 나타나게 된다. ‘고도의 개연성에 대한 법관의 확신’이 요청되는 상황에서 이러한 부당성을 시정하기 위하여는, 피해자와 가해자 사이에서 공평, 타당한 분담이 형성될 수 있는 적절한 배상액의 기준이 확률적 방법에 의하여 재정립되어야 하는 것이다.

일실수입에서 손해의 본질은 노동소득능력의 상실이고, 노동소득능력의 평가액은 피해자가 불법행위 이전에 얻고 있었던 현실수입이 아니라 장래에 얻을 수 있었다고 기대되는 수입이다. 이 기대수입의 산정과정에서는 피해자와 가해자 모두에게 공평, 타당한 손해액 산정기준이 제시되어야 한다. 신설된 민사소송법 제202조의2는 피해자의 증명책임 수준을 경감함과 동시에, 법관의 재량에 의하여 시대 상황에 맞는 손해액의 기준을 재정립할 것을 요청한다. 그 기준은 피해자의 장래의 가능성을 확률적으로 포섭할 수 있는 것이어야 한다.

또한 배상액의 산정기준을 정립함에 있어서는 발전된 사회의 현실을 반영하여야 한다. 과거 차액설이 현실적 손해만을 인정했던 것은 과연 사고를 당한 피해자가 장래에 어떤 수입을 기대할 수 있었는가에 대한 평가자료가 충분하지 못했던 데도 그 한 원인이 있다. 이를 쉽게 인정한다면 법관의 재량권이 지나치게 커지게 되는데, 이와 같은 재량권은 유연성과 판례에 의한 법리 발전의 원동력이 될 수도 있지만, 반대로 법적 안정성을 해치는 원인이 될 수도 있다. 게다가 인적 손해 부분은 보험제도와 밀접한 관련을 가지고 있는데, 장래의 수입에 대하여 개별 사안마다 법관의 재량에 의한 임의적인 평가를 허용할 경우 보험회사로서는 법원이 어떤 일관된 기준을 가지고 전보할 손해액을 산정하는지에 대한 아무런 정보를 얻

을 수 없게 되고, 사고가 발생할 경우에도 보험금액을 정할 수 없게 되며, 이로 인하여 사건의 화해적 해결에도 지장이 초래된다. 그러나 최근에 민사소송법 제202조의2가 신설됨으로써 그러한 규범적 손해액 산정에 있어 법관의 재량이 보장되었고, 오늘날 국가를 비롯하여 각종 공공, 민간단체에 의하여 피해자의 장래 수입을 규범적으로 판단할 수 있는 각종 정보자료가 정밀한 형태로 가공, 생산되고 있어, 피해자의 장래를 규범적으로 예측하는 것이 과거에 비하여 좀더 용이해졌다. 이러한 풍부한 통계자료의 존재는 새로운 손해배상액 산정기준을 정함에 있어서 충분히 고려되어야 하고, 현대의 과학적인 소득통계자료는 ‘평균- α ’가 아닌 ‘평균’을 기준값으로 제시함으로써 피해자의 장래의 가능성과 객관성을 뒷받침할 수 있다.

마지막으로 실제 소송 결과에 의하여 어떠한 산정기준이 확인되거나 아직 그러한 내용의 소송이 제기되기 전이라 하더라도 손해배상전담재판장 회의 등에 의하여 어떠한 산정기준이 수립된 경우에는, 법원은 적극적으로 그 내용을 어떤 방법으로든 손해배상사건의 잠재적 당사자가 될 수 있는 국민들에게 알려야 한다. 향후에는 법률상의 증명책임이 피해자에게 있는 것과는 별개로, 앞으로는 일응의 기준을 충족하는 경우 일단 증거가 성립된 것으로 보게 될 가능성이 높고 그 이하의 기준을 주장하는 것은 가해자의 몫이 될 것이므로, 쌍방이 어떠한 부분을 더 적극적으로 증명하여야 하는지는 이러한 공표에 의하여 기준이 정립되어야만 성립할 수 있는 것이기 때문이다. 물론 다양한 유형의 손해배상사건이 존재하고 있어 그 모든 유형에 대한 손해배상액의 산정기준을 공표하는 것은 사실상 불가능하지만, 적어도 사람이 죽거나 다치는 사고는 예나 지금이나 꾸준히 발생하는 유형의 사건이고, 그렇다면 적어도 일실수입 부분에 관하여는 기준의 정립과 공표가 가능할 것이다. 그 방법은 위에서 언급한 일본 법원의 방식도 가능하고, 현재 우리 법원이 취하고 있는 위자료액을 사실상 공표하는 방식도 무방하다고 할 것이다.

위와 같은 전제 하에서, 사회적, 경제적 여건과 평균수명, 인구동태, 정년연장 의무화, 공적 연금제도 등의 전면적 변화가 발생한 점에 비추어, 가

동연한의 기준은 65세로 변경되어야 하고, 일실수입 산정에서 무직자의 최저한도의 기본임금인 일용노임의 기준은, 피해자의 거주지와 관계 없이 도시일용노임으로 통일하여 적용하여야 한다. 학생과 미취학아동의 일실수입은 더 이상 일용노임을 기준으로 삼아서는 안 되고, 장래의 가능성을 확률적으로 반영하여 학력별 평균임금을 가중평균한 기대수입액을 기준으로 삼아야 한다. 가사노동가치는 통계에 의하여 산정할 수 있고, 가사분담자는 직업에 종사하는 것을 전제로 한 노동소득능력 상실과 별도로 그 가사노동가치를 일실수입으로 평가하여 배상받을 수 있어야 한다. 급여소득자나 사업소득자의 경우에도, 불법행위 이전에 얻고 있었던 현실수입을 손해액 산정의 기준으로 하는 종전의 원칙을 개선하여, 통계적 수입을 피해자의 장래 기대수입의 근거로 하는 새로운 기준을 정립하여야 하고, 그 통계에 의하여 뒷받침되는 경력 증가에 의한 기대수입의 증가도 일실수입액 산정기준에 반영되어야 한다. 또한 초저금리시대라는 사회적 현실을 반영하여, 과거 특별한 고려 없이 법정이율을 적용하여 왔던 종래의 중간이자 공제방법은 실질금리를 기초로 한 새로운 방식으로 변경되어야 한다.

과학적이고 객관적 통계자료에 기반한 위와 같은 일용의 정형화가 달성되고, 그와 같은 정형화기준을 대외적으로 널리 공표하게 되면, 실제 재판과정에서도 증명의 부담이 경감되고, 피해자의 구제도 신속해지며, 배상액에 대한 예측가능성이 높아져 화해의 촉진에 도움이 될 뿐 아니라, 심리의 편의도 증가될 것이다.

아직 일실수입에 관한 법리 중에는 기존의 차액설적 입장에서 논의가 시작되어 특정한 견해가 확립됨으로써 현재의 평가설적 산정방법과 논리가 일관되지 않음에도 당연한 원칙으로 그대로 긍정되고 있는 부분이 더 존재할 수도 있다고 생각한다. 20년 이상 안정적으로 유지되어 온 기존의 논의와 판례이론도 그 스스로의 논리와 구체적 타당성에 입각하여 충분히 그 기능을 하여 왔으나, 사회, 경제의 발전에 따라 그러한 법리도 점진적으로 바뀌어 갈 필요성이 있다. 그러한 발전적 해석이야말로 생명 내지 신체가 침해되는 사안에서 공평하고 타당한 손해의 분담이라는 손해배상의 기

본 원칙의 실현을 뒷받침할 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

[단행본]

- 곽윤직 대표집필, 민법주해[IX] 채권(2), 박영사 (1995)
- 곽윤직, 채권총론(제6판), 박영사 (2003)
- 김증한, 채권총론, 박영사 (1988)
- 노태현, 산재 구상금 사건 소송실무, 서울남부지방법원 (2015)
- 대한의학회, 장애평가기준, 박영사 (2011)
- 류승훈, 자동차사고와 손해배상책임론, 한국학술정보 (2011)
- 박우동, 인신사고소송, 한국사법행정학회 (1981)
- 사법연수원, 손해배상소송, 경성문화사 (2014)
- 서울중앙지방법원 교통산재손해배상실무연구회, 손해배상소송실무,
한국사법행정학회
(2005)
- 여성부, 제1차 여성정책기본계획('98~2002) 주요 추진성과 (2003)
- 외국사법제도연구반, 외국사법제도연구(1), 법원행정처 (2007)
- 이주홍, 실무손해배상책임법, 박영사 (1996)
- 정동윤/유병현, 민사소송법(2판), 법문사 (2007)
- 현승중, 채권총론, 일신사 (1975)
- 호문혁, 민사소송법(제4판), 법문사 (2005)

[논문]

- 강봉수, “불법행위로 인한 손해배상의 범위에 관한 입증의 정도”, 민사
제판의 제문제 4권, 한국사법행정학회 (1986)
- 권영준, “법정이율 변동제”, 비교사법 통권 제20권제1호 (2013)
- 김재형, “프로스포츠 선수계약의 불이행으로 인한 손해배상책임”, 인권
과 정의 제345호 (2005. 5.)

- 김정희, “한국주부의 가사노동시간과 경제적 가치 평가”, 대한가정학회
지 제31권4호 (1993. 4.)
- 김종배, “일실효익의 산출방법과 산정기준”, 재판자료 제21집 (1984)
- 김종배, “통계소득의 인정방법”, 한국배상의학회 논문집 제1집 (1992)
- 김주상, “라이프니쯔식 계산법의 합리성”, 민사재판의 제문제 3권, 한국
사법행정학회 (1985)
- 대한의학회, “손해배상 사건의 노동능력 상실률 산정을 위한 의학적 기
준 재정립 연구”, 법원행정처 (2009)
- 마승렬, “공무원 일실효익의 합리적 산정방법 연구”, 보험금융연구 26
권 4호 (2015. 11.)
- 마승렬/김정주, “일실효익의 현가산정을 위한 중간이자 공제방법”, 법정
제학연구 11권 3호 (2014)
- 박동진, “독일손해배상법상 손해의 인식과 산정방법”, 연세법학연구 제
4집 (1997. 9.)
- 박용수, “호프만식계산법에 의한 중간이자의 공제와 과잉배상의 문제”,
판례연구 6집, 부산판례연구회 (1996)
- 박우동, “인신사고의 손해배상”, 민법학의 회고와 전망 : 민법전시행30
주년기념논문집, 한국민사법학회 (1993)
- 박창수, “아동의 일실효익 배상과 가동기간의 실무 쟁점”, 저스티스 110
호 (2009. 4.)
- 박희태, “호프만식계산법의 허구”, 법률신문 1319호 (1979)
- 설민수, “민사, 형사 재판에서의 입증의 정도에 대한 비교법적, 실증적
접근”, 인권과 정의 388호 (2008. 12.)
- 서광민, “손해의 개념”, 서강법학연구 6권(2004. 5.)
- 양승규, “자동차책임보험과 손해배상체계”, 법률신문 1507호, 법률신문
사(1983)
- 양창수, “불법행위법의 변천과 그 가능성 : 그 제도목적과 관련하여”,
민법연구 3권, 박영사 (1995)

- 오지용, “새로운 손해배상 산정방식의 모색”, 법조 제57권 11호 (2008. 11.)
- 유태현, “가정주부의 일실이익”, 민사판례연구 제12집 (1990)
- 윤경현, “처(주부)의 일실이익”, 사법논집 제9집 (1978)
- 윤석찬, “신체침해에 따른 비재산적 손해배상에 관한 법리”, 법조 통권 634호 (2009. 7.)
- 윤소영, “가사노동 가치평가와 입법방안에 대한 제안”, 2005. 5. 24. 가사노동가치 입법화 토론회 자료집
- 윤진수, “보험사고에 있어서 손해배상액의 산정”, 민법논고III (2008)
- 이도식, “중국의 인신손해배상 산정방식”, 재판자료 134집 (2016)
- 이명갑, “중간이자 공제에 대한 비판적 검토”, 변호사 제29집, 서울지방 변호사회 (1999)
- 이보환, “인신손해액의 산정”, 사법논집 제12집 (1981)
- 이보환, “중간이자공제의 비현실성”, 민사재판의 제문제 제5권, 한국사법행정학회 (1989)
- 이윤호/이천성, “일실이익산정에 있어서 합리적인 중간이자공제 : 미국-일본의 논의를 근거로”, 손해사정연구 제2권 제2호 (2009. 8.)
- 이진화, “가사노동 종사자의 일실수입 산정”, 재판실무연구 2005, 광주지방법원 (2006)
- 정귀호, “손해배상법리의 재구성”, 재판자료 제20집 (1984)
- 조무제, “도시 또는 농촌일반노임의 인정과 거주지문제”, 판례연구 제6집, 부산판례연구회 (1996)
- 조윤희, “임금구조기본통계조사보고서에 관한 판례의 검토”, 판례연구 1998, 전주지방법원 (1999)
- 최우진, “구체적 액수로 조사 곤란한 재산적 손해의 조사 및 확정 : 사실심 법원 권능의 내용과 한계”, 사법논집 51집 (2011)
- 홍기중, “일실이익산정과 통계소득의 적용상 문제점”, 법과 행복의 추

구 : 청암정경식박사 화갑기념논문집 (1997)
황현호, ‘손해배상소송에 있어서 증명의 정도 및 범위’, 법조 52권2호
(2003. 02.)
황현호, “일실수입산정자료로서의 ‘임금구조기본통계조사보고서’에 대
한 고찰”, 인권과 정의 제227호 (1995. 7.)

[통계자료]

법원행정처, 2016 사법연감
대한건설협회, “2016년 하반기 적용 건설업 임금 실태조사 보고서”
(2016. 9.)
도로교통공단, “2015 교통사고통계 요약” (2016)
중소기업중앙회, “중소제조업 직종별 임금조사보고서” (2016. 10.)
통계청 보도자료, “2015 고령자 통계” (2015. 9.)
통계청 보도자료, “2016년 5월 경제활동인구조사 청년층 및 고령층 부
가조사” (2016. 7.)

[디지털 문헌]

국가통계포털, <http://kosis.kr>
고용노동통계포털, <http://laborstat.moel.go.kr>
교통사고분석시스템, <http://taas.koroad.or.kr>
통계청 e나라지표, <http://www.index.go.kr>

2. 외국문헌

[단행본]

고토 타카노리(後藤孝典), 現代損害賠償論, 日本評論社 (1982)
시오자키 츠토무(塩崎勤), 現代損害賠償法の諸問題, 判例タイムズ社
(1999)
요시무라 료이치(吉村良一), 人身損害賠償の研究, 日本評論社 (1990)
츠부라야 다카시(円谷峻), 不法行爲法事務管理, 不当利得 : 判例による法
形成, 成文堂 (2005)

후지무라 카즈오/야마노 요시로(藤村和夫/山野嘉郎), 概説交通事故賠償
法(제3판), 日本評
論社 (2014)

日本交通法學會, 人身賠償-補償研究 第1卷, 判例タイムズ社 (1991)

日本交通法學會, 人身賠償-補償研究 第3卷, 判例タイムズ社 (1995)

린지앤준(林建軍), 人身損害賠償糾紛訴訟指引与法務解答, 法律出版社
(2014)

[논문]

니노미야 아츠코(二宮充子), “損害の算定：主婦の逸失利益”, 判例タイ
ムズ 268号 (1971. 12.)

니시하라 미사오(西原道雄), “人身事故における損害賠償額の法理”,
ジュリスト 339号 (1966. 2.)

오지마 시게키(尾島茂樹), “逸失利益の算定における中間利息控除の割
合”, 速報重要判例解説 No. 2005-009

이토 시게오(伊藤滋夫), “民事訴訟法二四八條の定める 相當な損害額の
認定(下)”, 判例時報 1796號(2002. 11.)

고영아(高影娥), “人身損害賠償請求權の日韓比較法研究(1)：生命侵害
の場合を中心に”, 北大法學論集 第58卷 第6号, 北海道
大學大學院 (2008. 3.)

[디지털 문헌]

경제협력개발기구(Organization for Economic Co-operation and
Development, OECD), “Ageing and Employment
Policies - Statistics on average effective age of
retirement”,
[http://www.oecd.org/els/emp/average-effective-age
-of-retirement.htm](http://www.oecd.org/els/emp/average-effective-age-of-retirement.htm)

국제통화기금(International Monetary Fund, IMF), <http://www.imf.org>

Abstract

Assessing of Lost Earnings
in Injury and Death Suits

Kim Eun-Sung

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

Torts that cause personal injury or death occur frequently. Lost earnings plays a major role in assessing damages that result from such injuries. Generally, a plaintiff must prove causation as well as the amount of damages in order to recover. The burden of proof in a civil action is the “highly probable” standard. Because the default amount used in assessing lost earnings is the average daily wage—which is the least amount of recovery possible—recovery of damages in excess of such amount must be affirmatively proved by the victims. However, since the burden of proof is high while the standard for assessing damages is modest, most victims end up with damage awards that are far less than the extent of injuries they have actually suffered. This research is based on these problems that I often encountered during my judicial career.

This thesis was written for the purpose of exploring the most appropriate assessing standards for lost earnings. I will first examine

the fundamental attributes of damages as well as the purpose of the newly enacted Civil Procedure Act §202-2 which allows damage awards to be granted at the judge's discretion and consider whether the use of statistics would be possible in assessing lost earnings. I will apply these findings to the various factors that are considered in assessing damage awards in order to deduce the appropriate method of assessing lost earnings.

Damages awarded for lost earnings is fundamentally equivalent to recovery of the loss of labor productivity, which is determined not by the actual income earned prior to the tort, but rather by the amount of income expected to earn in the future. In assessing such expected future earnings, a standard which is fair and equitable to both the perpetrators and the victims must be used. The newly enacted Civil Procedure Article 202-2 demands both the reduction of the plaintiffs' burden of proof and exercise of judicial discretion in establishing a new standard of damages appropriate for the modern era. Such a standard must be an objective one that would likely incorporate a victim's future earnings while reflecting the modern socioeconomic reality. Scientific data regarding income statistics can support objectivity as well as the victims' future earnings.

Given today's socioeconomic conditions, life expectancy, demographics, and changes in social security policies, the period of loss should be adjusted to age 65. Moreover, the municipal average daily wage must be uniformly applied even to the unemployed regardless of the victims' residence. Lost earnings of students and minors should no longer be based on the average daily wage, but instead on their expected earnings that accurately reflect their

educational attainment as well as their future potential. The value of housekeeping chores can be calculated by using statistical data, and those who solely perform housekeeping chores should be compensated in accordance with such calculations.

In the case of both wage earners as well as business owners, the outdated principle that set their actual income prior to the commission of the tort as the standard of recovery should be improved so that statistical income is used as the basis for future expected earnings, and the increase in the future expected earnings due to augmentation in work experience is reflected in assessing their lost earning capacity.

Accordingly, assessing standard of lost earnings must be appropriately adjusted by using statistical data that can be scientifically estimated. A standard based on such data could reduce the plaintiffs' burden of proof, aid the victims, increase the predictability of damage awards, and contribute to reconciliatory resolution of disputes.

keywords : Lost earnings, loss of labor productivity, expected future earnings, standard of damage awards, statistical data regarding income, period of loss, daily average wage, value of housekeeping chores.

Student Number : 94275-510