

대 법 원

판 결

사 건 2018다248909 손해배상(기)

원고, 상고인 원고 1 외 2인

소송대리인 법무법인 제민

담당변호사 노희범 외 1인

피고, 피상고인 주식회사 아이씨컴퍼니 외 1인

소송대리인 변호사 김재용

원 심 판 결 서울고등법원 2018. 6. 14. 선고 2018나2016032 판결

판 결 선 고 2019. 2. 21.

주 문

원심판결 중 일실수입에 관한 원고 1, 원고 2의 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원고 1, 원고 2의 나머지 상고와 원고 3의 상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 원고 3과 피고들 사이에 생긴 부분은 원고 3이 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 가동연한에 관하여

가. 대법원은 1989. 12. 26. 선고한 88다카16867 전원합의체 판결(이하 '종전 전원합의체 판결'이라 한다)에서 일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람(이하 '육체노동'이라 한다)의 가동연한을 경험칙상 만 55세라고 본 기존 견해를 폐기하였다. 그 후부터 현재에 이르기까지 육체노동의 가동연한을 경험칙상 만 60세로 보아야 한다는 견해를 유지하여 왔다.

그런데 우리나라의 사회적·경제적 구조와 생활여건이 급속하게 향상·발전하고 법제도가 정비·개선됨에 따라 종전 전원합의체 판결 당시 위 경험칙의 기초가 되었던 제반 사정들이 아래와 같이 현저히 변화했기 때문에 위와 같은 견해는 더 이상 유지하기 어렵게 되었다. 이제는 특별한 사정이 없는 한 만 60세를 넘어 만 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다.

(1) 국민의 평균여명(0세 기준)은 종전 전원합의체 판결 당시(1989년) 남자 67.0세, 여자 75.3세이었는데, 2015년에는 남자 79.0세, 여자 85.2세로, 2017년에는 남자 79.7세, 여자 85.7세로 늘어났다.

(2) 우리나라 1인당 GDP(국내총생산)는 종전 전원합의체 판결 당시(1989년) 6,516달러이었는데, 2015년 27,000달러를 넘어 2018년에는 30,000달러에 이르렀다.

(3) 종전 전원합의체 판결 당시 기능직공무원 중 주로 육체적 업무를 내용으로 하는 철도원, 토목원, 건축원, 기계원 등의 정년이 법령상 만 58세이었는데, 2013년 이후 기능직공무원을 포함한 공무원 대부분의 정년이 만 60세로 연장되었다(법률 제9113호로 개정되어 2009. 1. 1.부터 시행된 국가공무원법 제74조 제1항 및 그 부칙 제1항, 제2항, 법률 제9301호로 개정되어 2009년 1. 1.부터 시행된 지방공무원법 제66조 제1항 및 그 부칙 제7조). 민간부문에서도 2017. 1. 1.부터 모든 근로자에 대하여 정년을 만

60세 이상으로 하도록 의무화되었다[법률 제11791호로 개정되어 2016. 1. 1. 또는 2017. 1. 1.부터 시행된 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률(이하 '고령자고용법'이라 한다) 제19조 및 그 부칙 제1호, 제2호].

그리고 고용노동부 보도자료 등에 따르면 실제로 2016년 현재 정년제를 운영 중인 사업장의 평균 정년이 60.4세이다.

(4) 경제협력개발기구(OECD)가 발표한 자료에 따르면, 우리나라의 경우 공식 은퇴연령보다 실질 은퇴연령이 높는데 2011년부터 2016년까지 실질적인 평균 은퇴연령은 남성 72.0세, 여성 72.2세로 OECD 평균 남성 65.1세, 여성 63.6세보다 높을 뿐만 아니라 회원국 중에서 가장 높게 나타나고 있다.

통계청 연령별 경제활동인구조사(총괄)에 의하더라도, 고령층의 경제활동참가가 점점 늘어나 60~64세의 경제활동참가율이 종전 전원합의체 판결 당시 52.0%이었는데, 2015년 8월 61.7%, 2017년 12월 61.5%로 각 상향되었다.

(5) 고용보험법은 1993. 12. 27. 제정 당시에는 60세 미만으로서 새로이 고용된 자에 대해 적용하였으나(법률 제4644호로 제정되어 1995. 7. 1. 시행된 고용보험법 제8조 제1호), 2013. 6. 4. 개정 이후 65세 미만으로서 고용되거나 자영업을 개시한 자에 대하여도 적용하되 65세 이후에 새롭게 고용되거나 자영업을 개시한 자만을 제외하고 있다(법률 제1864호로 개정되어 2013. 6. 4. 시행된 고용보험법 제10조 제1호).

(6) 국민연금의 수급개시연령은 점차 연장되어 2013~2017년에는 61세, 2018~2022년에는 62세, 2023~2027년에는 63세, 2028~2032년에는 64세, 2033년 이후에는 65세이다(법률 제11143호로 개정되어 2012. 7. 1.부터 시행된 국민연금법 제62조 제1항 및 그 부칙 제6조). 공무원연금 및 사립학교교직원연금의 수급개시연령도 점차 연장되어

2021년까지는 60세이나, 2022년에는 61세, 2024년에는 62세, 2027년에는 63세, 2030년에는 64세, 2033년 이후에는 65세이다(법률 제13387호로 개정되어 2016. 1. 1.부터 시행된 공무원연금법 제46조 제1항 제1호 및 그 부칙 제7조, 법률 제13561호로 개정되어 2016. 1. 1.부터 시행된 사립학교교직원 연금법 제42조 및 그 부칙 제7조).

(7) 각종 사회보장 법령에서, 국가가 적극적으로 생계를 보장하여야 하는 고령자 내지 노인을 65세 이상으로 정하고 있다.

2014. 5. 20. 기초노령연금법이 폐지되고 제정된 기초연금법에서 기초연금 수급연령을 65세로 규정하고 있다(제3조 제1항). 또한 2007. 4. 27. 제정된 노인장기요양보험법상 장기요양급여를 제공받을 수 있는 노인 역시 65세 이상이다(제2조).

(8) 저출산 및 인구의 고령화에 따른 변화에 대응할 수 있도록 2005. 5. 18. 저출산·고령사회기본법이 제정되기까지 하였는데, 위 법은 '인구의 고령화'를 전체 인구에서 노인의 인구비율이 증가하는 현상이라 정의한다(제3조 제1호). 이와 관련하여 통계청은 고령자 인구분포를 노령화지수 및 노년부양비를 통해 파악하는데 이때 노령화지수는 0~14세 인구(유소년인구) 100명당 65세 이상 인구의 비율로 산출하고, 노년부양비는 15~64세 인구(생산가능인구) 100명당 65세 이상 인구의 비율로 산출한다. 그 밖에 고령자 관련 통계 역시 65세 이상 인구를 기준으로 파악하고 있다.

나. 사실심 법원이 일실수입 산정의 기초가 되는 가동연환을 인정할 때에는, 국민의 평균여명, 경제수준, 고용조건 등의 사회적·경제적 여건 외에 연령별 근로자 인구수, 취업률 또는 근로참가율 및 직종별 근로조건과 정년 제한 등 제반 사정을 조사하여 이로부터 경험칙상 추정되는 가동연환을 도출하거나 피해자의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 구체적인 사정을 고려하여, 그 가동연환을 인정할 수 있다(대법원 2011. 5. 13.

선고 2009다100920 판결 등 참조).

다. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 사고로 사망한 망아(亡兒, 사고 당시 약 4세 5개월)의 일실수입을 산정하면서 망아가 성인이 된 후 21개월의 군 복무를 마친 2031. 12. 7.부터 만 60세가 되는 2071. 3. 6.까지 도시일용노동에 종사할 수 있다고 인정하였다.

그러나 기록에 의하면 원고들이 항소이유서에서 망아의 가동연한은 적어도 만 65세라고 주장하고 있음이 분명하고, 육체노동의 가동연한을 만 60세까지로 보았던 종전의 경험칙은 그 기초가 된 경험적 사실의 변화에 따라 더 이상 유지하기 어렵게 되었음은 앞서 본 바와 같다. 그러므로 원심은, 경험칙의 기초가 되는 제반 사정들을 조사하여 이로부터 경험칙상 추정되는 육체노동의 가동연한을 도출하거나 망아의 가동연한을 새로이 도출된 경험칙상 가동연한과 달리 인정할 만한 특별한 구체적 사정이 있는지를 심리하여, 그 가동연한을 정하였어야 함에도 그에 이르지 아니한 채 막연히 종전의 경험칙에 따라 망아의 가동연한을 만 60세가 될 때까지로 단정하였다. 이러한 원심의 판단에는 가동연한에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못으로 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

2. 위자료에 관하여

불법행위로 입은 정신적 고통에 대한 위자료 액수에 관하여는 사실심 법원이 제반 사정을 참작하여 그 직권에 속하는 재량에 의하여 이를 확정할 수 있다(대법원 2012.

4. 13. 선고 2009다77198, 77204 판결 등 참조).

위 법리에 따라 기록을 살펴보면, 원심이 이 사건 사고의 발생 경위와 결과, 망아의

나이, 가족 관계, 기타 이 사건 변론에 나타난 여러 사정을 참작하여 판시와 같이 망아 및 원고들에 대한 위자료의 액수를 확정 한 것에 상고이유로 주장하는 위자료 산정에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

3. 책임제한에 관하여

손해배상책임을 인정하면서 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상 제도의 이념에 비추어 손해배상액을 제한하는 경우, 그 책임감경사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다92466 판결 등 참조).

원심은, 이 사건 사고의 발생 경위, 피고들의 주의의무 위반의 정도, 망아는 4세에 불과하여 이 사건 수영장 등과 같은 환경에서 보호자의 세심한 보호가 필요하고, 수영장에 보호자의 동반 없이 들어가는 경우 구명조끼를 착용하거나 튜브를 이용하도록 할 필요가 있으나 그와 같은 조치가 이루어지지 않은 점 등 제반 사정들을 비롯하여 손해의 공평 타당한 분담을 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이념 등을 고려할 때 피고들의 책임비율을 60%로 제한함이 타당하다고 판단하였다.

위 법리와 기록에 따라 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유로 주장하는 책임제한사유에 관한 사실을 오인하거나 책임제한비율에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

4. 결론

원심판결 중 일실수입에 관한 원고 1, 원고 2의 패소 부분을 파기하여 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하고, 원고 1, 원고 2의 나머지 상고와 원고

3의 상고는 이유 없어 이를 모두 기각하며, 상고비용 중 원고 3과 피고들 사이에 생긴 부분은 원고 3이 부담하도록 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 가동연한에 관한 상고이유에 대하여 대법관 조희대, 대법관 이동원의 별개의견과 대법관 김재형의 별개의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

5. 가동연한에 관한 대법관 조희대, 대법관 이동원의 별개의견

가. 대법원이 종전 전원합의체 판결 이후 육체노동의 경험칙상 가동연한을 만 60세로 보아 왔으나, 그 경험칙의 기초가 되었던 제반 사정들의 변화에 따라 위와 같은 견해를 더 이상 유지하기 어렵게 되었고, 특별한 사정이 없는 한 만 60세를 넘어서도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다는 점에 대하여는 다수의견과 견해를 같이한다.

그러나 다수의견이 실시한 바와 같은 이유로 육체노동의 가동연한을 만 65세라고 보는 것이 경험칙에 합당하다는 견해에는 찬성할 수 없다.

나. 구체적으로는 다음과 같은 이유로, 다수의견에 찬성할 수 없고, 육체노동의 경험칙상 가동연한을 만 63세로 보는 것이 타당함을 밝힌다.

(1) 경험칙이란 각개의 경험으로부터 귀납적으로 얻어지는 사물의 성상이나 인과의 관계에 관한 사실판단의 법칙을 말하는 것으로서 구체적인 경험적 사실로부터 도출되는 공통인식에 바탕을 둔 판단형식이므로, 그 기초가 된 경험적 사실의 변화에 따라 그 판단내용도 달라질 수밖에 없다(종전 전원합의체 판결 참조). 한편 민사소송에서 사실의 증명은 추호의 의혹도 있어서는 아니 되는 자연과학적 증명은 아니나, 특별한 사정이 없는 한 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합 검토하여 어떠한 사실이 있었다는 점을 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이고, 그 판정은 통상인이라면 의심을

품지 않을 정도로 진실성의 확신을 가질 수 있는 것임이 필요하다(대법원 2000. 2. 25. 선고 99다65097 판결, 대법원 2010. 10. 28. 선고 2008다6755 판결 등 참조). 그러므로 사실판단의 기준으로 작용하는 경험칙 역시 필연적이고 절대 확실한 법칙으로 인정될 정도의 것일 필요는 없더라도 통상인이라면 의심을 품지 않을 정도로 진실하다고 확신을 가질 수 있는 정도에 이르는 고도의 개연성이 있는 것이어야 한다.

따라서 가동연한에 관한 경험칙은 우리 사회에서 일반인이 실제로 몇 살까지 일을 하는지에 관한 사실 확인을 거쳐, 이것을 우리 사회의 법정 정년 및 연금, 그 밖의 사회복지제도 등 각종 법규와 규범에 비추어 정합성을 갖도록 평가한 후, 우리 사회의 구성원들이 그에 대하여 의심을 품지 않을 정도의 가동연한이 제시되어야 비로소 경험칙으로서 합당하다고 말할 수 있는 것이다.

(2) 우리나라의 1인당 GDP, 법정 정년, 실질 은퇴연령, 경제활동참가율, 국민연금 등의 수급개시연령, 고용보험 피보험자 자격 등은 앞서 다수의견에서 본 바와 같다.

(3) 그런데 앞서 본 가동연한에 관한 경험칙의 기준에 비추어 볼 때, 다수의견이 위와 같은 경험적 사실 등을 전제로 '이제는 일반적으로 육체노동의 가동연한을 만 60세를 넘어 만 65세라고 보는 것이 경험칙에 합당하다'고 결론을 내린 것에 대하여 의문을 제기하지 않을 수 없다.

아래와 같은 사실들에 비추어, 일반적으로 육체노동의 가동연한을 만 65세라고 보는 것은 객관적 사실관계를 뛰어넘는 것으로서 통상인이라면 의심을 품지 않을 정도로 확신할 수 있는 것이라고 보기는 어렵기 때문이다. 다수의견은 경험칙을 선언함에 있어서 사실과 규범의 영역에서 얻어진 결과가 아니라 우리 사회가 어떻게 나아가는 것이 바람직할 것인지 고려한 결과를 경험칙의 이름을 빌어 선언한 것이라고 생각된다.

(가) 60~64세 고령자의 경제활동참가율이 증가 추세에 있으나, 종전 전원합의체 판결 당시 52.0%이던 것이 2015년 8월 61.7%, 2017년 12월 61.5%로 각 9.7%, 9.5% 증가한 데에 그치고 있을 뿐만 아니라, 25~59세의 경제활동참가율이 80%대 전후임에 비해 현저히 낮다(이는 취업자 및 고용률 측면에서도 마찬가지이다). 한편 65세 이상의 경제활동참가율이 종전 전원합의체 판결 당시 25.8%이었는데 2015년 8월 32.9%, 2015년 12월 28.2%, 2017년 12월 29.5%로 상향되기는 하였으나, 60~64세의 경제활동참가율에 비하여 비율이 현격히 떨어짐을 알 수 있다.

또한 경제활동참가율 60% 초반대라는 수치는 60~64세 중 중간 연령의 사람에게 적합한 비율이고, 64세에 이르게 되면 경제활동참가율이 이에 미치지 못하리라는 점은 쉽게 알 수 있다.

그리고 경제활동참가율은 15세 이상 인구 중에서 취업자와 실업자를 합한 경제활동 인구의 비율을 의미하고, 취업자는 1주일 중 수입을 목적으로 1시간 이상 일을 한 사람을 말하므로, 경제활동참가율 자체가 월 22일 도시일용노동에 종사하는 육체노동자의 가동연한을 논하는 이 사건과 얼마나 괴리가 있는 개념인지 유의해야 한다.

결국 종전 전원합의체 판결 당시에 비해 가동연한을 만 60세에서 만 65세로 상향 조정해야 할 만큼 경제활동참가율의 현격한 증가가 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 그 수치 자체가 육체노동의 가동연한을 일반적으로 만 65세라고 의심 없이 받아들일 수 있을 만한 정도라고 보기 어렵다.

(나) 가동연한을 만 55세에서 만 60세로 5세 상향 조정하는 것과 만 60세에서 만 65세로 5세 상향 조정하는 것이 질적으로 같다고 보기도 어렵다.

일반적으로 신체조건, 건강상태, 노동제공의 지속성 등이 55~60세와 60~65세가 같다

고 보기 어렵다. 고령으로 갈수록 질병에 걸릴 확률이 급격히 증가하고, 체력이 떨어지며, 시간에 따라 평균수명이 연장되는 효과에 비하여 건강수명의 연장효과는 작고, 60세 이후 사망률의 증가속도가 가파른 것이 이를 뒷받침한다.

즉, 다수의견에서 본 바와 같이 평균여명이 종전 전원합의체 판결 당시 남자 67.0세, 여자 75.3세이었는데, 2015년에는 남자 79.0세, 여자 85.2세로, 2017년에는 남자 79.7세, 여자 85.7세로 연장 추세에 있다. 반면에 통계청 기준 건강수명(기대수명 중 질병이나 부상으로 고통받은 기간을 제외한 건강한 삶을 유지한 기간을 의미한다)은 2012년 65.7세이었는데 2014년 65.2세, 2016년 64.9세로 감소하는 경향이다.

또한 통계청 발행 2015년 생명표에 의하면, 사망확률은 50세 0.00254, 55세 0.00360, 60세 0.00520, 65세 0.00791로 그 증가폭이 0.00106, 0.00160, 0.00271로 커지고, 이러한 양상은 2016년 및 2017년도 마찬가지이다.

(다) 한편 이 사건 사고로 사망한 망아(사망 당시 약 4세 5개월)와 같은 유아 등은 성인에 이를 때까지 사고발생 등 변수가 많다는 점에서, 유아 등이 60세 또는 그 이상까지 아무 사고 없이 건강하게 생존하여 가동할 가능성은 사고 당시까지 건강하게 가동하여 온 성인이 60세 또는 그 이상까지 아무 사고 없이 건강하게 생존하여 가동할 가능성보다 낮다는 데에 이의를 제기할 사람은 없을 것이다.

통계청 발행 2015년 생명표만을 두고 보더라도, 51~60세의 누적 사망확률은 0.03817, 41~60세의 누적 사망확률은 0.05572 등으로 젊고 어릴수록 누적 사망확률이 높고, 특히 이 사건 피해자 망인의 연령대인 4세부터 60세까지의 누적 사망확률은 0.06974로 60세의 사망확률 0.00520보다 훨씬 높다.

(라) 통계청 발행 2017년 경제활동인구연보에 의하면, 2015년 농가 경제활동인구 중

60세 이상자의 비율(47.24%)이 비농가 경제활동인구 중 60세 이상자의 비율(11.32%)보다 현저히 높고, 2017년도 마찬가지로 농가 경제활동인구 중 60세 이상자의 비율(51.47%)이 비농가 경제활동인구 중 60세 이상자의 비율(12.96%)보다 현저히 높은 현실 등에 비추어, 도시일용노동과 농촌일용노동을 동일하게 평가할 수도 없다.

위와 같은 현실 등을 반영하여 농어업인 삶의 질 향상 및 농어촌지역 개발촉진에 관한 특별법이 개정되고, 위 법에 따라 2018. 5. 29. 개정 시행된 '자동차보험에 관한 표준약관'에서 농·어업인의 취업가능연한을 65세로 정함으로써, 농·어업인의 가동연한을 65세로 상향 조정하는 것에 대해서는 규범적·제도적으로 뒷받침이 되었지만, 농·어업인 이외 사람의 취업가능연한을 65세로 상향 조정하는 것에 대해서는 여전히 규범적·제도적으로 뒷받침되지 못하고 있다.

(마) 나아가 일반적인 법정 정년은 여전히 '만 60세'이고, 특히 민간부문 모든 근로자에 대해서까지 법정 정년이 만 60세 이상으로 의무화된 것은 불과 2017. 1. 1.이다.

또한 노후에 대한 사회보장제도와 고령인구의 노동 필요성은 상호 연관관계가 있다. 그런데 국민연금 수급개시연령의 경우 단계적으로 상향 조정되었다고는 하나 2015년 61세, 2018년 62세이고, 4년 후인 2023년에도 63세일 뿐이며, 14년 후인 2033년 이후에야 65세가 된다. 공무원연금과 사립학교교직원연금의 수급개시연령도 비슷하게 2021년까지는 60세이고, 8년 후인 2027년에도 63세일 뿐이며, 14년 후인 2033년 이후에야 65세가 된다.

(4) 위와 같은 사실로부터 알 수 있는 사정들, 즉 60~64세의 경제활동참가율이 약 60% 정도이고, 그 연령대 이후 사망확률이 급격히 증가하는 점, 특히 피해자가 어릴수록 위 연령대에 이르지 못하고 사망할 확률이 높을 수밖에 없다는 점, 일반적인 법정

정년 및 연금 수급개시연령이 2018년 현재 63세를 넘어서지 못하고 있고 가까운 미래에도 크게 달라질 것으로 보이지 않는다는 점 등 제반 사정을 고려하면, 통상의 경우만 63세까지 경제활동을 한다고 보는 것이 상당하고, 결국 평균여명, 경제활동참가율, 사회보장제도와의 연관성 등을 적절히 반영한 만 63세를 육체노동의 적정 가동연한이라 볼 수 있을 것이다.

다. 결국, 이 사건이 파기환송되어야 한다는 데에 있어서는 다수의견과 결론을 같이 하나, 육체노동의 적정 가동연한이 만 65세라는 점에는 반대하여 위와 같이 별개의견을 밝힌다.

6. 가동연한에 관한 대법관 김재형의 별개의견

가. 육체노동의 가동연한을 만 60세로 본 대법원의 견해를 더 이상 유지하기 어렵고 특별한 사정이 없는 한 만 60세를 넘어서도 일할 수 있다고 보아야 한다는 점에 대하여는 다수의견과 별개의견 사이에 이견이 없다. 그러나 대법원이 육체노동의 가동연한을 일률적으로 특정 연령, 가령 만 65세나 63세 등으로 선언하는 것에는 찬성할 수 없다.

이러한 결론은 경험칙의 의미와 성격, 가동연한에 관한 경험칙의 판단방법, 사실심과 법률심의 권한 분배 등에 비추어 도출할 수 있다. 상세한 이유는 다음과 같다.

나. (1) 먼저 육체노동의 가동연한을 경험칙으로 정하는 의미에 관해서 생각해 볼 필요가 있다.

경험의 법칙, 즉 경험칙은 인간의 경험에서 귀납적으로 얻는 사실판단의 법칙이다. 그리고 민사소송에서 사실의 증명은 통상인이라면 의심을 품지 않을 만큼 진실성에 관한 확신을 가질 수 있는 정도로 고도의 개연성을 증명하여야 하므로, 사실판단의 법칙

인 경험칙도 고도의 개연성이 있는 것이어야 한다(대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카 7730 판결 등 참조).

이와 같이 인간의 경험, 사회 현상에 대한 관찰이나 통계적 분석을 토대로 도출하는 규칙이 경험칙으로서 효력을 갖기 위해서는 그러한 규칙에 대한 사회 구성원들의 공통 인식과 확신에 따라 법적 규범으로서 승인되어야 하고 그 적용 시점에 형성된 전체 법 질서에 부합하여야 한다. 그러므로 경험칙을 도출하기 위해서는 사회적·경제적 현실과 법규범을 함께 고려해야 한다. 이는 육체노동의 가동연한에 관한 경험칙에도 그대로 적용된다.

(2) 가동연한을 정하는 방법으로 크게 세 가지를 들 수 있다.

첫째, 법정 정년과 동일하게 정하는 방법이다. 법정 정년은 개인의 체력·능력 등을 고려하지 않고 일률적으로 정해진다. 법정 정년이 있는 사람의 경우 통계상으로는 법정 정년까지 근무하지 않을 가능성이 높더라도 상해를 입거나 사망한 때에 법정 정년을 가동연한으로 인정한다.

독일의 경우 정년에 관해 특별 규정이 있는 직종을 제외하고 일반 고용노동자의 법정 일반정년은 당초 65세였으나, 2008. 1. 1. 독일 사회법전(Sozialgesetzbuch; SGB) 제6권 제35조 개정으로 1963년 이후 출생자부터는 모두 67세로 상향조정되었다. 이는 점차 늘어나는 기대수명과 점차 줄어드는 출생률을 고려하여 연금기여분의 증가를 억제하고 연금수준을 높이기 위한 것이었다. 실제로는 법정 정년까지 소득활동을 하는 경우는 많지 않고, 직종이나 성별에 따라 소득활동을 하는 연령도 다르다. 그러나 독일의 판례는 고용노동자의 나이, 직업, 건강상태 등 개인적 요소와 실제 소득활동 연령에 관한 통계적 사실을 고려하지 않고 일반적으로 가동연한을 법정 정년으로 인정하고 있다. 특히

피해자가 어린 나이에 사고를 당한 경우에는 피해자의 지적 능력, 신체적 상태, 주변환경 등에 비추어 사고가 없었더라면 피해자가 어떠한 직업을 갖게 되었을지를 예측하여 그 직업에서 정한 법정 정년을 가동연한으로 본다(독일 연방대법원 1989. 5. 30. 판결, BGH NZV 1989, 345; 독일 연방대법원 2010. 10. 5. 판결, BGH NJW 2011, 1148 등 참조).

둘째, 구체적인 경험적 사실, 특히 통계를 기초로 경험칙으로 정하는 방법이다. 경험칙은 인간의 경험에서 귀납적으로 얻는 사실판단의 법칙이므로, 경험칙상 가동연한도 실제 일할 능력이나 가능성 등 현실을 최대한 반영해야 함을 근거로 한다. 이 방법을 철저히 관철하고자 한다면 언제까지 일할 수 있는지라는 문제와 마찬가지로 언제부터 일할 수 있는지라는 문제도 구체적인 경험적 사실을 토대로 인정해야 할 것이다.

일본 「고연령자 등의 고용의 안정 등에 관한 법률」은 법정 정년을 60세로 정하고, 65세까지 고용을 위해 노력할 의무가 있다는 취지로 정하고 있다. 그러나 가동연한은 이러한 정년에 따라 정하지 않고, 피해자의 경력, 연령, 직업, 건강상태 등의 개인적 요소와 평균가동연수, 평균여명 등 통계자료를 고려하여 정하고 있다. 실무에서는 위와 같은 요소를 고려하여 가동연한을 원칙적으로 67세로 인정하고 있고, 일을 시작할 수 있는 연령도 실제로 언제부터 일할 수 있는지를 고려하여 정하고 있다. 한편 유아의 가동연한은 원칙적으로 18세부터 49세까지만 인정하는데, 건강하게 생존하여 일할 확률이 성인보다는 확률적으로 낮다는 점을 이유로 들고 있다.

셋째, 법정 정년까지는 인정하되 그 이상의 특정 연령까지 인정하는 단계에서는 경험적 사실이나 통계자료를 반영하는 방법이다. 첫 번째와 두 번째 방법을 결합한 것이다. 법정 정년은 개인의 체력·능력 등을 고려하지 않고 일률적으로 정해진다. 이것은

실제 현실과는 상관없이 법정 정년까지는 누구든지 일할 수 있다는 규범적 판단을 전제로 한다. 육체노동의 가동연한을 정할 때에도 원칙적으로 법정 정년까지는 일할 수 있다고 보아야 한다. 그러나 법정 정년을 초과하여 가동연한을 인정하기 위해서는 피해자의 나이, 직업, 건강상태 등 개인적 요소와 사회적·경제적 현실을 고려해야 한다.

(3) 첫 번째 방법에 따르면 법정 정년 규범이 사회적·경제적 현실에 부응하지 못하는 경우 가동연한을 실제 일할 수 있는 나이보다 낮게 인정할 수밖에 없다. 또한 법정 정년보다 이른 나이에 실제 소득활동을 마치는 경우도 있고 법정 정년보다 늦은 나이까지 소득활동을 하는 경우도 많기 때문에, 법규범과 사회적·경제적 현실 사이에 간극이 발생할 가능성이 크다. 법정 정년을 기준으로 가동연한을 정하는 것은 고령화가 심화되고 사회상황이 급변하는 우리 현실에 적절하게 대응하기 어렵다. 특히 법률에서 해당 직종에 대해 정년을 정하지 않고 있고 법률에 정해진 정년 규정을 유추적용할 수도 없는 경우에는 이 방법을 따를 수 없다.

두 번째 방법은 사회적·경제적 현실을 철저히 관찰할 수 있지만 경험직상 가동연한을 정할 때마다 피해자의 개인적 요소와 그에 따른 통계 등을 조사해야 한다는 문제가 있다. 나아가 법정 정년까지는 누구든지 일할 수 있다고 규범적으로 전제하는 법정 정년과 달리, 경험직상 가동연한을 정년보다 이른 나이로 정할 경우에는 불합리한 차별대우라는 문제가 생긴다. 경험직을 이유로 법정 정년보다 늦은 나이까지 가동연한을 정하는 경우에도 그 기초가 되는 경험적 사실이나 통계자료를 제시하는 것이 쉽지 않다. 종래의 실무가 경험직으로 가동연한을 정했다고 하지만 실제로는 정년 규정 등을 참고하여 법관이 적당하다고 생각하는 연령을 가동연한으로 인정하였다고 볼 수 있다.

우리나라의 법정 정년이나 사회적 현실을 고려할 때 가동연한을 정하는 방법으로 세

번째 방법이 가장 적절하다.

경험칙이 법적 효력을 갖기 위해서는 위에서 보았듯이 관련 법령 등 전체 법질서와 조화가 필요하다. 그러므로 경험칙상 가동연한을 정할 때 관련 법령이 있는 경우 원칙적으로 그에 맞춰 정하여야 한다. 고령자고용법은 민간부문에서 2017. 1. 1.부터는 모든 근로자에 대하여 정년을 '만 60세 이상'으로 정하도록 하는 의무규정을 두고 있다(제19조). 개인의 체력·능력 등의 차이를 고려하지 않고 누구든지 '만 60세 이상' 일할 수 있다는 것이 우리 사회의 규범적 기초가 되었다. 그러므로 경험칙상 가동연한도 특별한 사정이 없는 한 적어도 '만 60세 이상'으로 정해야 한다. 육체노동의 가동연한이라 하여 이와 다르게 볼 이유가 없다.

그러나 만 60세를 넘어 '어느 특정 연령'까지 일할 수 있는지에 관해서는 법령에 정해져 있지 않다. 경험칙상 가동연한을 만 60세를 넘어 '어느 특정 연령'이라고 인정하기 위해서는 사회적·경제적 현실 등 여러 경험적 사실, 즉 국민의 평균여명, 경제수준, 고용조건 등 사회적, 경제적 여건 외에 연령별 근로자 인구수·취업률 또는 근로참가율, 직종별 근로조건 등을 종합적으로 고려해야 한다. 이러한 경험적 사실은 그때그때 사회상황을 반영하고 시간의 경과에 따라 수시로 변하는 속성이 있으므로, 육체노동의 경험칙상 가동연한을 만 60세를 넘어 '어느 특정 연령'으로 미리 정할 수 없다.

사람이 언제까지 일할 수 있을지 예측하는 것은 인식과 경험의 한계를 벗어나기 때문에 대법원은 가동연한의 폭을 제시하는 데 그쳐야 한다. 다수의견은 가동연한으로 만 65세를 제시하고 있지만, 만 64세나 만 66세로 가동연한을 정하는 것이 잘못이라는 적극적인 이유를 제시할 수 없다. 가동연한으로 만 67세나 만 70세는 너무 많다는 느낌을 가질 수 있지만, 그것이 잘못이고 만 65세가 맞다는 논증을 할 수는 없다.

나아가 경험칙상 가동연한을 정할 때에는 피해자가 속한 연령도 고려할 필요가 있다. 피해자가 사고 당시 유아 등 성인에 이르지 않은 경우에는 경험칙상 가동연한을 만 60세를 넘도록 적용하는 것에 신중을 기해야 한다. 반면, 피해자가 이미 만 60세에 다다른 경우에는 보다 쉽게 경험칙상 가동연한을 만 60세를 넘어서도 인정할 수 있다. 피해자가 사고 당시 만 65세에서 만 70세로서 계속해서 경제활동을 하고 있었다면 경험칙상 가동연한을 그보다 더 많이 인정해야 할 것이다. 세 번째 방법은 이러한 사정들까지 자연스럽게 반영할 수 있다.

(4) 이러한 기본인식에 비추어 볼 때, 대법원은 경험칙상 가동연한에 관하여 포괄적인 법리를 제시하는 데에 그쳐야 하고 특정 연령으로 단정하여 선언해서는 안 된다.

그런데도 경험칙상 가동연한을 만 65세(다수의견) 또는 만 63세(대법관 조희대, 대법관 이동원의 별개의견)로 특정하여 선언하고자 하는 이유는 대법원이 종전에 경험칙상 가동연한을 만 60세로 본 것을 변경하기 위한 것이다.

그러나 이러한 태도는 종전 대법원 판결에서 판단하는 방식과 다르다. 먼저 종전 전원합의체 판결은 "일반적으로 만 55세를 넘어서도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다고 할 것이므로, 당원이 종래에 육체노동의 가동연한을 경험칙상 만 55세라고 본 견해는 이를 폐기하기로 한다."라고 하였다. 즉 경험칙상 가동연한을 만 55세로 본 기존 견해를 폐기하고 만 55세를 넘어서도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다고만 판단하였을 뿐 만 55세를 넘어 가동할 수 있는 한계연령이 구체적으로 몇 살인지 단정하여 선언하지는 않았다. 가동연한에 관한 많은 대법원 판결들이 있지만, 경험칙상 가동연한을 일률적으로 특정 연령으로 단정하여 선언한 적은 없다. 다른 나라에서도, 법정 정년을 가동연한으로 보는 경우를 제외하고는, 경험칙을 이유로

가동연한을 몇 세라고 특정한 예를 찾기 어렵다.

현재 경험칙상 가동연한을 만 65세 또는 만 63세로 단정하여 선언할 수 있을 만큼 경험적 사실에 관해 확실한 변화가 있다고 보기 어렵다. 피해자의 건강상태 등 개인적 요소를 고려하지 않고 가동연한을 일률적으로 정하는 것이 경험칙이라고 할 수도 없다. 뿐만 아니라, 경험칙상 가동연한을 달리 인정해야 할 경험적 사실의 변화가 있을 때마다 대법원이 경험적 사실을 조사하여 전원합의체 판결로 경험칙상 가동연한을 특정하여 선언하는 것이 적정한지도 의문이다.

하급심 판결들이 엇갈리고 있기 때문에, 대법원이 통일적 기준을 제시할 필요성이 있다. 그러나 대법원이 통일적 기준을 제시하는 방법은 다수의견과 같이 일률적으로 가동연한을 만 65세라고 단정하여 선언하는 방식이 아니라, '육체노동의 일반적인 가동연한을 만 60세 이상이라고만 제시하고 만 65세로 인정한 별개의 사건에서 사실심 판결이 옳다고 판단하는 방법'으로 충분하다.

이 판결에서, 다수의견이든 대법관 조희대, 대법관 이동원의 별개의견이든, 종전 전원합의체 판결을 폐기하지 않기로 하였다. '만 55세를 넘어서도 가동할 수 있다'고 한 종전 전원합의체 판결이 육체노동의 경험칙상 가동연한이 '만 65세'라고 선언하는 이 판결에 저촉되지 않기 때문이다. 그런데 이 판결은 일률적으로 육체노동의 경험칙상 가동연한을 만 65세라고 단정하여 선언한 것이어서 나중에 경험적 사실의 변화에 따라 만 65세 이상으로 인정하여야 할 경우에는 폐기될 수도 있다. 종전 전원합의체 판결도 육체노동의 가동연한을 경험칙상 '만 55세'라고 본 종래 견해를 폐기하였다.

(5) 사실심과 법률심의 권한 분배 측면에서 보더라도, 대법원이 경험칙상 가동연한에 관하여 포괄적인 법리를 제시하는 데에 그치지 않고 특정 연령으로 단정하여 선언하는

것은 적절하지 않다.

경험칙에 관한 판단은 순수한 규범적 판단만은 아니다. 그 판단에는 사실인정과 법적 판단이 혼재되어 있다. 가동연한은 피해자의 개인적 요소와 함께 인간의 삶과 노동에 대한 경험적 인식이나 여러 통계자료를 기초로 한 사실인정을 토대로 정해진다. 여기에서 순수한 사실인정은 사실심의 몫이다. 경험칙상 가동연한에 관한 판단이 규범적 판단이라 하여 그중 판단의 기초가 되는 사실인정까지 법률심인 대법원이 할 수는 없다. 대법원이 사실심 법원보다 사실인정을 더 잘할 수 있는 것도 아니다. 법관이 통계 자료를 이용하여 사실인정을 할 때에도 변론에 현출하여 당사자로 하여금 의견진술의 기회를 제공함으로써 당사자가 예상하지 못한 불이익한 재판을 받지 않도록 해야 한다. 경험칙 판단에 관한 대법원의 개입은 사실심 법원이 사실인정을 하고 경험칙을 도출하는 과정에 현저한 잘못이 있다고 판단할 때 방향을 제시하거나 물꼬를 띄워주는 방법으로 하는 것이 바람직하다.

종전 판례도 만 55세를 넘어 가동할 수 있는 한계연령이 구체적으로 몇 살인가 하는 점은 사실조사 권능을 가진 사실심에서 경험적 사실 등 제반 사정을 조사하여 이로부터 경험칙상 추정되는 가동연한을 도출하든지 또는 해당 피해자의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 구체적인 사정을 고려하여 그 가동연한을 인정하든지 해야 한다고 보았다 (종전 전원합의체 판결, 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다100920 판결 등 참조).

(6) 경험칙상 가동연한을 특정 연령으로 단정하여 선언하는 것은 경험칙상 가동연한에 대한 유연한 판단에 장애가 되어 구체적 타당성 있는 판단을 저해할 수 있다. 다수의견에 따르면 재판실무에서 가동연한을 만 65세 미만으로 보는 것이 적절하다고 판단하는 경우에도 가동연한을 만 65세로 인정할 수밖에 없다. 그리고 가동연한을 만 65세

를 초과해서 인정해야 하는 상황에서는 일관성을 잃을 수 있다.

다. 덧붙여, 가동연한의 상향 여부와 별도로, 직업 등에 따라 가동연한을 달리 보는 것은 가급적 지양할 필요가 있음을 밝혀 둔다.

사람이 일을 하는 것은 직업이나 직종에 따라서 완전히 달라지는 것은 아니므로, 사람이 누구인지에 따라 혹은 직업에 따라 차별적으로 취급하는 것은 가급적 억제되어야 한다. 현재의 손해배상 산정방식을 따르더라도 직업, 소득 등에 따라 손해액이 지나치게 차이가 발생하는 것을 억제할 수 있도록 방법을 강구할 필요가 있다.

이런 점에서도 합리적인 차별대우가 필요한 경우가 아니라면 경험직상 가동연한을 법정 정년과 일치시키거나 유사하게 판단하는 것이 바람직하다. 특정 직업군이 일반적으로 언제 소득활동을 마치고 연금생활에 들어가는지 등에 관한 통계적 수치만을 들어 가동연한을 정하는 방식은 사실과 규범을 혼동한 것이라는 문제가 있다. 법률을 개정하여 육체노동을 포함하여 일반적으로 적용되는 정년 규정을 정비하는 방안을 모색해야 할 것이다.

라. 결국 이 사건이 파기환송되어야 한다는 결론에서는 다수의견과 같지만, 육체노동의 경험직상 가동연한을 특정 연령으로 선언하는 것은 부적절하다는 것을 별개의견으로 개진한다.

7. 다수의견에 대한 대법관 박상옥, 대법관 김선수의 보충의견

가. 우리나라의 평균 실질 은퇴연령은 OECD 회원국과 비교해 매우 높은 수준이다.

2011~2016년 기준 OECD 회원국 평균 실질 은퇴연령은 남성 65.1세, 여성 63.6세이다. 독일의 경우 실질 은퇴연령이 남성 63.3세, 여성 63.2세이지만 가동연한은 법정근로한계인 67세로 인정하고 있다. 일본의 경우 실질 은퇴연령이 남성 70.2세, 여성 68.8

세이고, 일찍이 1960년대부터 가동연한을 원칙적으로 67세로 인정하고 있다.

2011~2016년 기준 우리나라 평균 실질 은퇴연령은 남성 72세, 여성 72.2세로 OECD 회원국 중에 가장 높을 뿐만 아니라 이는 가동연한을 원칙적으로 67세로 보고 있는 독일이나 일본보다 높은 수치이다.

OECD는 '55~64세' 인구를 기준으로 고령자의 경제활동참가율을 파악하는데, 이는 평균 실질 은퇴연령을 고려한 것으로 보인다. 우리나라(고용노동부)도 고용동향 등을 파악하면서 경제활동참가율을 지표로 삼는데, 경제활동참가율이란 생산가능인구 대비 경제활동인구의 비율을 의미하고, 이때 생산가능인구는 '15~64세' 인구를 기준으로 삼고 있으며, 그중 고령자 경제활동참가율은 OECD 기준에 맞춰 '55~64세' 인구를 기준으로 파악하고 있다.

나. 우리나라의 실질 은퇴연령이 위와 같이 높은 데에는 아래와 같은 사정들이 그 요인으로 작용하는 것으로 보인다.

(1) 우선 다른 나라와 마찬가지로 건강상태의 변화 등에 따라 기대여명이 현저히 증가하였다. 2017년 현재 기대여명은 종전 전원합의체 판결 당시인 1989년과 비교하여 남성은 12.7세 증가하여 79.7세이고, 여성은 10.4세 증가하여 85.7세에 이른다.

2017년 영국 임페리얼컬리지 런던과 세계보건기구가 의학학술지 「The Lancet」에 발표한 논문에 따르면, 우리나라의 기대여명은 앞으로 급격히 개선되어 2030년에 여성 91세, 남성 84.07세로 증가할 것으로 예상하였다. 이는 우리나라가 세계에서 가장 높은 수준의 기대여명을 갖게 될 것임을 의미한다고 한다.

(2) 기대여명 못지 않게 건강수명도 높은 수준이다.

세계보건기구(WHO)가 발표한 2015년 기준 우리나라의 건강수명은 평균 73.2년으로

남성 70.7세, 여성 75.1세를 나타내고 있다. 반면 우리나라 통계청에서 발표한 평균 건강수명은 2012년 65.7세, 2014년 65.2세, 2016년 64.9세이다. 이처럼 건강수명에 관한 수치가 다르게 나타나는 것은 통계청이 질병이나 사고로 아프지 않은 기간의 비율에 의해 건강수명을 산출하는 반면, WHO는 건강상의 문제로 일상생활에 제약이 없는 기간의 비율에 의해 건강수명을 산출하기 때문이다.

WHO 건강수명이 '근로' 아닌 '일상생활'의 제약 여부를 기준으로 한다는 점에서 일할 수 있는 연령과 일치한다고 단정하기 어려운 측면이 있기는 하다(WHO 기준 건강수명이 일할 수 있는 연령보다 높을 것으로 보인다). 반면 통계청 기준은 너무 엄격하여 정상적으로 직장생활을 하더라도 고혈압약 등을 처방받아 복용하는 경우 질병기간에 해당하는 결과 건강수명이 단축되므로 이 역시 일할 수 있는 연령과 일치한다고 보기는 어렵다(통계청 기준 건강수명이 일할 수 있는 연령보다 낮을 것으로 보인다).

WHO보다 엄격한 통계청 기준에 의하더라도 건강수명이 '65세 상당'이라는 것은 적어도 만 65세까지 일할 수 있는 신체적 여건이 충족되고 있다는 것으로 해석해도 무방하다.

(3) 이처럼 일할 수 있는 신체적 여건이 뒷받침되는 가운데, 가족제도와 노후부양에 관한 인식의 변화, 인구구조의 변화, 이에 따른 사회제도 및 정책의 변화 등으로 60세 이후, 즉 법정 정년 이후에도 경제활동에 나아갈 필요가 있는 것이 현실이다.

(가) 핵가족화가 급격하게 진전되면서 가장이 모든 가족을 부양하고 은퇴 후에는 자식으로부터 부양을 받던 시기는 이미 지나갔다. 자식들은 성장하면 독립하여 별도의 생계를 유지하고, 부모는 은퇴 후에도 자식과 함께 살지 않는 것이 보통이다. 통계청 사회조사결과 2017년 기준 60세 이상 인구 중 자녀와 동거하지 않는 비율은 69.4%인

데 반해, 자녀와 동거하는 비율은 30.6%에 불과하고, 이러한 추세는 계속될 것으로 예상된다. 한편 부모의 노후 생계는 가족이 책임져야 한다는 생각은 2008년 40.7%, 2010년 36%, 2012년 33.2%, 2014년 31.7%, 2016년 30.8%, 2018년 26.7%로 지속적으로 감소하는 반면, 스스로 해결해야 한다는 생각은 2008년 11.9%, 2010년 12.7%, 2012년 13.9%, 2014년 16.6%, 2016년 18.6%, 2018년 19.4%로 증가하는 추세이다.

(나) 저출산·고령화, 1인 가구의 증가 등 인구구조의 변화로 자녀에 기댄 노후를 기대하기 더욱 어렵게 되었다. 2018년 현재 1인 가구수는 약 570만 명 수준으로 전체 인구의 11.1%를 차지하고, 2045년에는 8백만 명을 넘어 15.9%까지 높아질 것으로 전망된다. 특히 비노인 인구의 1인 가구 비중은 갈수록 확대될 추세여서 앞으로 가족에 의한 노인 부양은 급감할 것으로 예측된다. 결국 사회 구성원 모두가 자신의 생활 및 노후는 스스로 책임져야 하는 상황이 갈수록 확대되고 경제활동 기간도 자연스럽게 증가하게 될 것으로 보인다.

(다) 헌법을 비롯한 각종 법령은 국가 등으로 하여금 노후소득보장을 위한 고령자 일자리 창출 등 조치를 강구하도록 규정하고 있다(헌법 제34조, 저출산·고령사회기본법 제11조 등). 국민연금, 공무원연금 등 각종 연금수급개시연령이 65세까지로 연장되었고, 각종 사회보장제도 상 혜택을 받을 수 있는 연령은 65세 이상으로 설정되어 있다. 이는 적어도 만 65세까지는 본인의 노동력으로 돈을 벌 수 있고, 또 벌어야 한다는 사회적·경제적 현실을 고려한 입법정책적 판단으로 볼 수 있다.

(4) 노동의 질과 노동환경에 변화가 이루어지기도 하였다.

현대에는 산업현장의 자동화·기계화·안전화 등 시스템의 변화 및 발달로 예전과 달리 오로지 육체만을 사용하는 노동현장을 거의 찾아볼 수 없다고 해도 과언이 아니

다. 기술의 급속한 진보는 산업과 조직의 생산방식에 구조적 변화를 초래하고, 이는 인간의 노동방식에도 엄청난 영향을 미쳤다. 기존 일자리가 축소되고 자동화 시설로 대체되는 현상이 가속되고 있지만 한편으로는 새로운 일자리 창출, 근로환경의 개선, 노동의 효율화 등이 가능하게 되었다. 그 결과 고령에도 육체노동에 종사하는 것이 충분히 가능하게 되었고 이는 도시의 건설현장이나 농어촌의 농작업현장 등 모든 노동영역에서 마찬가지이다.

저출산·고령화로 인한 노동력 부족으로 자동화에 대한 시대적 요구는 해마다 높아지고 있으므로, 위와 같은 현상은 지속되거나 더 심화될 가능성이 높다.

다. 실제로 60세 이후에도 경제활동에 나아가고 있는 사실은 다른 통계수치를 통해서도 명확히 확인되고 있다.

(1) 통계청 사회조사결과 2015년 기준 60세 이상 인구의 생활비 마련방법은 본인 및 배우자 부담 66.6%, 자녀 또는 친척의 지원 23%, 정부 및 사회단체의 지원 10.4%이고, 그중 60세 이상 64세 이하 인구의 경우 본인 및 배우자가 생활비를 부담하는 비율이 86.3%이다. 2017년 기준 60세 이상 인구의 생활비 마련방법은 본인 및 배우자 부담 69.9%, 자녀 또는 친척의 지원 20.2%, 정부 및 사회단체의 지원 9.9%이고, 그중 60세 이상 64세 이하 인구의 경우 본인 및 배우자가 생활비를 부담하는 비율이 88.4%이다.

(2) 통계청 경제활동인구조사결과 2018년 12월 기준 경제활동참가율은 전체 62.2%인데 그중 20~29세 63.2%(20~24세 47.2%, 25~29세 76.6%) 60~64세 60.4%, 65세 이상 29.6%이고, 고용률은 전체 60.1%인데, 20~29세 57.7%(20~24세 42.6%, 25~29세 70.6%), 60~64세 58.4%, 65세 이상 29.0%이다.

라. 60세 이후에도 경제활동을 할 수 있게 되었다고는 하지만, 경험칙상 육체노동의

가동연한을 65세 이상으로까지 인정하기는 어렵다.

앞서 본 통계청 기준 건강수명이 2016년 현재 64.9세 정도이고, 65세를 기점으로 경제활동참가율 및 고용률이 급격하게 감소하며, 65세 이상이 되면 대부분 연금 및 사회보장 혜택을 받게 되는 등 사정들이 경험적 사실로 확인되고 있기 때문이다.

이와 관련하여 대법관 조희대, 대법관 이동원의 별개의견은 경험칙상 육체노동의 가동연한을 만 63세로 보는 것이 적정하다고 하지만, 만 63세와 만 65세 사이에 육체노동의 한계를 구별 짓기 어렵다는 점에서 만 65세로 봄이 타당하다.

(1) 대법관 조희대, 대법관 이동원의 별개의견이 언급한 바와 같이 고령으로 갈수록 질병에 걸릴 확률이 증가하고 체력도 떨어진다고 볼 수 있으나, 그러한 사정만으로 만 63세와 만 65세 사이에 육체노동의 한계가 명확히 구분된다고 단정하기 어렵다.

오히려 통계청 기준에 의한 건강수명이 '65세 상당'으로 확인되고 있는 이상 적어도 만 65세까지 일할 수 있다고 보는 데에 무리가 없고 경험적 사실에 부합한다. WHO 건강수명은 근로 아닌 일상생활의 제약 여부를 기준으로 한다는 점에서 일할 수 있는 연령보다 더 높다고 할 수 있지만, 통계청 건강수명은 정상적으로 직장생활을 하더라도 약을 처방받아 복용하면 건강수명이 단축되는 등 그 기준이 엄격함에도 65세 상당이라는 것이기 때문이다.

나아가 각종 연금수급개시연령과 사회보장 혜택을 받을 수 있는 연령이 65세로 설정되는 등 이미 규범적·제도적으로도 일할 수 있는 연령을 만 65세로 보고 있다. 이는 만 63세와 만 65세가 본질적으로 다르지 않음을 전제로 한 것이다. 연금수급개시연령을 일시에 65세로 상향하지 않고 2033년까지 단계적으로 상향 조정한 것은 기대여명 연장 등 사회환경 변화를 이유로 미국, 독일 등 많은 국가에서도 연금수급개시연령을

상향 조정한 세계적 추세에 맞추면서도 기존 가입자의 권리를 보호하고 제도 변화에 따른 충격을 최소화하기 위한 것이었지, 2033년에 이르러야 만 65세까지 가동할 수 있게 된다고 보았기 때문은 아니다.

(2) 대법관 조희대, 대법관 이동원의 별개의견이 언급한 바와 같이, 농가 경제활동인구 중 60세 이상자 비율이 비농가의 그것보다 높게 나타나고 있고, 개정된 농어업인 삶의 질 향상 및 농어촌지역 개발촉진에 관한 특별법에 따라 자동차보험에 관한 표준약관에서 농·어업인의 취업가능연한이 65세로 상향 조정된 것은 사실이다. 그러나 그러한 사정만으로 도시일용노동과 농촌일용노동의 경험칙상 가동연한을 달리 평가할 수는 없다.

저출산, 기대여명 연장 등으로 인한 고령화는 비단 농어촌뿐만 아니라 도시에서도 나타나는 문제이다. 그럼에도 도시보다 농어촌의 고령화가 더욱 심각한 것은 젊은 층의 농어촌 유출, 그로 인한 농어촌 젊은 인구의 급격한 감소 및 저출산의 심화가 그 주된 원인이다. 통계청 국내인구이동통계에 의하면 '20~29세 인구'가 서울, 경기도 등 수도권에서는 매년 증가하는 반면, 농어촌을 포함한 그 외 지역에서는 매년 감소하는 추세이다(광역시인 대전, 대구, 부산, 광주마저도 매년 감소하고 있다). 따라서 경제활동인구 중 60세 이상 고령자의 비율이 비농가보다 농가에서 더 높은 것은 사회현상에 따라 당연히 나타나는 산술적 결과일 뿐이지 도시와 농어촌 인구의 가동능력에 차이가 있어서라고 보기 어렵다. 노동의 질과 노동환경의 변화로 인해 고령에도 육체노동에 종사하는 것이 충분히 가능하게 되었고, 그것이 도시나 농어촌의 모든 노동영역에서 마찬가지로 앞서 본 바와 같기도 하다. 다른 어느 나라에서도 도시와 농어촌의 경험칙상 가동연한을 달리 정하는 예가 없는 것도 도시와 농어촌 인구의 가동능력에 차이

가 없기 때문으로 보인다.

마. 대법관 김재형의 별개의견은, 대법원으로서는 경험칙상 가동연한을 만 60세 이상이라고 선언하면 충분하고 여기에서 나아가 '만 60세 이상의 어느 특정 연령'이라고 선언하는 것은 법률심의 판단 영역을 벗어나는 등으로 적절치 않다고 한다. 그러나 경험칙의 법적 성격 등에 비추어 법률심인 대법원은 그 규범적 판단으로서 경험칙상 가동연한이 '만 65세'라고 특정하여 선언할 수 있다.

(1) 경험칙이란 사실판단의 '법칙' 즉, 구체적 사실이 아닌 사실판단의 전제로서 기능하는 법칙이다. 경험적 사실로부터 도출되는 것이어서 경험적 사실의 변화에 따라 달라질 수 있는 것이지만, 일종의 법칙으로서 당사자의 주장이나 증명에 구애됨이 없이 스스로 직권에 의하여 판단할 수 있다(대법원 1976. 7. 13. 선고 76다983 판결 등 참조). 경험칙에 반하는 사실인정은 자유심증주의의 한계를 일탈하여 위법한 것으로서 상고이유가 된다(민사소송법 제202조). 따라서 법률심인 대법원은 경험적 사실의 변화 및 그에 따라 달라진 경험칙이 무엇인지, 사실인정이 위 경험칙에 위배한 것인지에 대해 규범적 판단을 할 수 있다. 한편 경험칙을 도출하기 위한 토대가 되는 경험적 사실에는 법령 규정 내용뿐만 아니라 국제기구 및 국가기관이 공식적으로 발표한 통계자료를 비롯하여 법원에 현저한 사실도 포함된다.

경험칙상 가동연한 역시 마찬가지이다. 대법원은 법률심으로서 경험칙상 가동연한이 얼마인지 판단할 수 있다. 이때 경험칙상 가동연한이 '몇 세 이상'이라고만 판단할 수도 있지만, '그 이상의 어느 특정 연령까지'로도 판단할 수 있다. 경험칙이 부단히 변천하는 경험적 사실에 의해 계속해서 변하는 속성을 갖는다거나 사실판단이 사실심의 몫이라는 등의 이유만으로 달리 볼 필요는 없다.

가변적이라는 경험칙의 속성상 그 정도에 차이는 있을지라도 '그 이상의 어느 특정 연령'이라는 것뿐만 아니라 '몇 세 이상'이라는 것도 가변적일 수밖에 없다. 따라서 '몇 세 이상'이라고 판단할 수 있듯이 '그 이상의 어느 특정 연령'이라고도 판단할 수 있다고 보아야 한다. 그렇게 보더라도 구체적 타당성이 저해될 우려는 없다. 경험칙상 가동연한을 '어느 특정 연령'이라고 정하더라도 구체적 사안에서 가동연한을 경험칙상 가동연한과 달리 정할 만한 특별한 사정이 인정되는 경우 그 이하 또는 그 이상으로 정하는 것도 가능하기 때문이다. 이는 종전 전원합의체 판결을 비롯한 선례(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다100920 판결 등 참조)가 일관되게 유지하고 있는 견해이다.

또한 민사소송법 제202조가 선언하고 있는 자유심증주의는 형식적·법률적 증거규칙에 얽매일 필요가 없다는 것을 뜻할 뿐 법관의 자의적 판단을 허용하는 것은 아니다. 그러므로 사실의 인정은 적법한 증거조사절차를 거친 증거능력 있는 증거에 의하여 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 하여야 하고, 사실인정이 사실심의 전권에 속한다고 하더라도 그 한도를 벗어나서는 안 된다(대법원 2012. 4. 13. 선고 2009다77198, 77204 판결 등 참조). 따라서 사실심이 인정한 사실(가동연한)이 경험칙(경험칙상 가동연한)에 반하는 경우 법률심인 대법원으로서 그 위법 여부를 판단할 수 있고, 그 전제로서 경험칙의 존부 및 내용을 판단하는 것이 당연하다. 경험칙이 무엇인지(경험칙상 가동연한이 얼마인지) 즉, 그 존부 및 내용(경험칙상 가동연한이 '몇 세 이상'인지 '그 이상의 어느 특정 연령'인지)을 판단하는 것은 그 판단 과정에서 사실판단의 요소가 포함된다고 하더라도 사실심의 전권에 속하는 사실인정 영역은 아니다. 다만 사실심은 경험칙상 가동연한과 달리 가동연한을 인정할 만한 특별한 사정이 있는지를 심리하여 경험칙 가동연한보다 더 높거나 낮게 가동연한을 인정할 수 있

는데, 이는 사실심의 전권에 속하는 사실인정 영역이다. 사실판단의 요소가 포함되었다고 하여 경험칙의 내용이 무엇인지에 관한 판단을 사실심의 몫으로 둔다는 것은 사실판단이 경험칙에 반하여 위법한 지 여부에 관한 판단을 사실심의 몫으로 둔다는 것과 다를 바 없어 그대로 따르기 어렵다.

(2) 경험칙상 가동연한을 '몇 세 이상'이라고만 선언하는 것보다 '그 이상의 어느 특정 연령'이라고 선언하는 것이 법적 안정성 등을 도모할 수 있다는 차원에서 더 적절하다.

지금과 같이 구체적인 가동연한을 인정하는 데 적용하는 경험칙상 가동연한에 관한 판단이 하급심마다 엇갈려 혼선을 빚고 있는 상황에서는 더욱 그러하다. 경험칙상 가동연한이 얼마인지에 대해 대법원은 '몇 세 이상'으로만 정하고 '그 이상의 어느 특정 연령'인지는 하급심으로 하여금 판단하도록 한다면 하급심에 심리의 부담을 줄 뿐만 아니라 또다시 하급심별로 엇갈리는 판단으로 혼선이 빚어질 수 있다.

또한 경험칙상 가동연한이 자동차보험업계 등 각 경제주체에 미치는 영향이 적지 않으므로, 각 경제주체가 경험칙상 가동연한의 변경에 따라 제도 정비 등 적절한 조치를 취할 수 있도록 경험칙상 가동연한을 특정해 줄 필요도 있다.

나아가 종전 전원합의체 판결 당시와 달리 현재는 기대여명, 법정 정년뿐만 아니라 그 밖의 경험적 사실들이 현저하게 변하였다는 것을 국제기구 및 국가기관이 공식적으로 발표한 통계자료 등을 통해 충분히 알 수 있어 대법원이 이에 더 잡아 경험칙상 가동연한이 만 60세를 넘어 구체적으로 몇 살인지 도출할 수 있다.

(3) 경험칙상 가동연한이 반드시 법정 정년과 일치되어야 하는 것도 아니다.

법정 정년이 경험칙상 가동연한을 도출하는 데에 하나의 경험적 사실로 작용하는 것

이지만 필연적으로 경험칙상 가동연한과 동일시되어야 하는 것은 아니기 때문이다. 법정 정년은 다른 사회제도 등과의 조정을 통해 입법적으로 해결될 문제인 반면, 경험칙상 가동연한은 경험칙상 몇 살까지 가동할 수 있느냐의 문제로서 법정 정년을 넘어서도 가동할 수 있다면 경험칙상 가동연한은 법정 정년보다 더 높게 인정될 수 있다.

실제로도 법원은 종전 전원합의체 판결 이후 그 취지에 따라 경험칙상 가동연한을 만 60세로 보아 왔다. 그러나 종전 전원합의체 판결 당시 기능직공무원 중 육체노동을 주된 업무 내용으로 하는 철도원, 토목원, 건축원, 기계원 등의 정년이 법령상 만 58세 뿐이었고, 기능직공무원을 포함한 공무원 대부분의 정년이 만 60세로 연장된 것은 2013년 이후이다. 나아가 민간부문 모든 근로자의 법정 정년이 만 60세 이상으로 의무화된 것은 2017. 1. 1.부터이다.

지금 현재 법정 정년이 만 60세 또는 만 60세 이상이지만, 현실 내지 경험적 사실의 변화에 맞춰 먼저 경험칙상 가동연한이 상향 조정되면 연금가입연령이나 법정 정년 등 공식 은퇴연령도 상향되는 방향으로 개선이 이루어질 것으로 예측된다.

바. 결국, 종전 전원합의체 판결 당시와 비교하여 기대여명 등 경험적 사실이 현저히 변한 이제는 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 만 60세를 넘어 가동할 수 있고, 제반 사정들에 비추어 육체노동의 경험칙상 가동연한을 만 65세로 봄이 적정하다. 이상으로 다수의견에 대한 보충의견을 밝혀 둔다.

재판장

대법원장

김명수

대법관 조희대

대법관 권순일

주 심 대법관 박상옥

대법관 이기택

대법관 김재형

대법관 조재연 전보로 인하여 서명날인 불능

재판장
대법원장

대법관 박정화

대법관 민유숙

대법관 김선수

대법관 이동원

대법관 노정희