http://doi.org/10.36248/kdps.2021.15.2.317

인신 사고로 인한 손해배상액 산정에 관한 연구*
- 경험칙상 도시일용노동의 월 가동일수를 중심으로 -

송 민 진**

<차례>

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 경험칙상 도시일용노동의 월 가동일수 일반
Ⅲ. 경험칙상 도시일용노동의 월 가동일수에 관한 기존 판례의 문제점
Ⅳ. 경험칙상 도시일용노동의 가동일수에 관한 판결의 변경 가능성
Ⅴ. 맺음말

주제어 : 경험칙, 불법행위, 일실수입, 가동일수, 민사소송법 제202조

<국문초록> 불법행위로 인한 인신사고에서 손해배상범위의 대부분을 차지하는 부분이 일실수입이다. 일실수입이란, 사고가 없었을 경우 피해자가 장래에 얻을 수 있었으리라 예측되는 소득을 말한다. 당해 사건에 현출된 구체적 사정, 통계자료 등 과학적 근거에 바탕을 두고 계산하더라도 피해자의 노동능력이 가지는 재산적 가치를 경제적 가치로 평가하는 것은 누구도 정확히 예측할 수 없는 문제인 것이다. 즉 민사소송법 제202조는 법관이 자유로운 심증으로 일실수입을 판단하더라도 사실인정에 있어 경험칙에서 자유로울 수 없는 것이다.

이 연구는 피해자가 소득을 구체적으로 입증하여 배상을 구하지 않을 경우 인정되는 일용노임이 현실에 비추어 적정한 수준인지를 판단하고, 피해자와 가해자 사이의 손해를 공평하게 분담시킬 수 있는 일용노임의 일응의 기준을 제시하고자 하였다.

일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람의 경험칙상 월 가동일수에 관하여 대법원은 약 20년 동안 육체노동자의 가동일수를 22일로 인정하는 견해를 유지해 왔다. 그러나 종전 판결이후 사회·경제적 구조가 변화 발전하고 법제도가 개정됨에 따라 근로자 스스로 종전처럼 일과 수입에만 매여 있지 않고 생활여유를 즐기려는 의지가 커지면서 각종 통계에서도 월 가동일수가 줄어드는 현상이 확인되었다. 과거의 가동일수 경험칙이 변경되었던 근거와 같은 논리에 의하더라도 가동일수가 변경될 가능성이 있음

* 본 논문의 내용은 저자의 개인적 견해에 바탕이며, 소속된 회사의 공식적 입장과 무관함을 밝힙니다.

** 전국택시운송사업조합연합회 공제조합 과장, 동아대학교 국제법무학과 박사과정.

– 논문접수일(2021.04.28), 심사개시일(2021.06.10), 게재확정일(2021.06.22)

www.kci.go.kr

을 시사하는 것이다.

따라서 특별한 사정이 없는 한 대법원은 기존의 경험칙상 도시일용노동의 월 가동일수 22일보다 적은 새로운 경험칙을 인정하는 판례를 통해 이러한 논란을 종식시켜야 할 것이다.

Ⅰ. 머리말

불법행위로 인한 인신사고에서 손해배상범위의 대부분을 차지하는 부분이 일실수입이다. 일실수입이란, 사고가 없었을 경우 피해자가 장래에 얻을 수 있었으리라 예측되는 소득을 말한다. 당해 사건에 현출된 구체적 사정, 증거, 통계자료 등 과학적 근거에 바탕을 두고 계산하더라도 피해자의 노동능력이 가지는 재산적 가치를 경제적 가치로 평가하는 것은 누구도 정확히 예측할 수 없는 문제인 것이다.

법관이 민사소송법 제202조의 자유로운 심증으로 일실수입을 판단하더라도 피해자가 구체적으로 주장·입증하여 그 배상을 구하지 않을 경우, 이를 배척해서는 아니 되고 직권으로 손해액을 심리 판단해야 한다. 이때 최소 기준을 도시일용노임으로 삼고 있기에 법원은 일용노임의 사실 인정에 있어 경험칙에서 자유로울 수 없는 것이다. 재판실무에서 최소 기준을 도시일용노임으로 인정한 것은 입증이 어려운 향후 소득에 대한 피해자의 입증책임을 완화하고, 손해의 정액화하여 대량 인신사건에서 재판관의 주관성·자의성을 배제하여 피해자 상호간의 신속·공평한 처리를 위함이었다.

과거 이러한 도시일용노임은 손해의 저액화를 가져올 우려가 있다는 비판이 있었다. 그러나 최근 도시일용노임의 기준인 대한건설협회의 시중노임단가가 상당 증액되고 월 가동일수가 실제 줄어들어 과다한 배상이 이루어지고 있다는 주장이 제기 되었다. 이 연구는 현재 인정되는 일용 노임이 현실에 비추어 적정한 수준인지를 판단하고 일실수입의 일응의 기준을 제시하고자 하였다.

일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람의 경험칙상 가동일수[1]에 관하여 대법원은 2003.10.10. 선고 2001다70369판결에서 옥외근로자직종별임금조사보고서에 기재된 근로일수와 사건 기록의 제반사정 및

1) 대법원 2019. 2. 21. 선고 2018다248909 판결.

www.kci.go.kr

가동일수 감소의 경험칙을 감안하여 경험칙적 가동일수를 22일로 판결하여 25일의 기존 견해를 폐기하였다. 이후 대법원은 약 20년 동안 육체노동자의 가동일수를 22일로 인정하는 견해를 유지해 왔다.

그러나 종전 판결이후 근로 환경을 개선되고 경제가 선진화되면서 근로자 스스로 종전처럼 일과 수입에만 매여 있지 않고 생활여유를 즐기려는 의지가 커졌다. 이러한 변화는 과거의 가동일수 경험칙이 변경되었던 근거와 같은 논리에 의하더라도 가동일수가 변경될 가능성이 있음을 시사하는 것으로, 월 가동 일수에 대한 재검토 필요성에 의해 본 연구를 시작하였다.

우선, 종전 판결 이후 사회·경제적 구조가 변화 발전하고 법제도가 개정됨에 따라 근로환경, 근로조건 등이 어떠한 변화가 있었는지 확인하고, 그러한 변화가 실제 경험칙의 기초가 되는 각종 통계에서도 확인되는지 검토하였다. 덧붙여 기존의 22일의 가동일수 경험칙이 유지될 경우 발생되는 문제점을 분석하여 적정한 가동일수로 조정되어야 함을 제시하였다.

Ⅱ. 경험칙상 도시일용노동의 월 가동일수 일반

1. 일실수입의 본질

불법행위나 채무불이행의 책임근거가 인정되면 배상되어야 하는 손해를 확인하여 배상범위를 결정하고 그 손해항목을 금전적 가치로 평가하게 된다.[2] 손해배상제도의 원리를 손해의 공평·타당한 분담에 둔다면 그 목적은 손해의 전보에 있다.[3] 일실수입은 사고가 없었을 경우, 피해자가 장래 얻을 수 있었으리라고 예측되는 이익 또는 소득을 말하는 것이다. 불법행위로 인한 피해자의 장래수입 상실 손해액은 피해자의 노동능력이 가지는 재산적 가치를 정당하게 반영하도록 당해 사건에 현출된 구체적 사정을 기초로 객관적이고 합리적인 자료에 의하여 피해자의 수입금액을 확정하여 이를 기초로 산정하여야 할 것인데,[4] 아무리 객

2) 우리 민법은 제한배상주의를 채택하고 있으며 민법 제394조에 따라 다른 의사표시가 없는 경우 금전배상을 원칙으로 한다.
3) 대법원 1997. 7. 22. 선고 95다6991 판결.
4) 대법원 1997. 10. 24. 선고 96다33037, 33044 판결.

www.kci.go.kr

관적인 증거를 조사하고 통계자료 등 과학적 근거에 바탕을 두고 계산하더라도 어느 정도 가공적이고 추측적인 사실에 관한 전제가 재개될 수밖에 없다.[5] 그러므로 불법행위로 피해자가 사망하거나 신체상의 장애를 입은 경우 피해자가 장래 얻을 수 있는 수입을 어떤 기준으로 산출할 것인가는 실제 손해배상소송에서 가장 큰 비중을 차지하는 손해로서 첨예한 다툼이 있는 부분이다.

이러한 손해에는 손해가 생긴 법익의 종류에 따라 재산적 손해와 비재산적 손해로 구분하고 기존의 이익이 멸실 또는 감소하였다면 적극적 손해, 장래의 이익을 얻을 수 있는 것이 방해되어 손실이 발생한다면 그것을 소극적 손해라 한다.[6] 대법원은 불법행위로 인하여 피해자의 생명이나 신체가 침해된 인신사고의 경위 적극적 손해, 소극적 손해 그리고 정신적 손해라는 손해항목에 따라 소송물이 별개로 성립한다는 소송물의 손해 3개설을 명확하게 확인하고 있다.[7] 일실수입은 이 중 소극적 손해에 해당되고 소극적 손해는 불법행위로 인하여 피해자가 사망하거나 신체상의 장애를 입는 등의 가정적인 사안에서 판단하는 것이므로 그 증명이 어려워 특별손해에 해당하는 경우가 많다.[8] 우리 민법은 채무불이행에 의한 손해배상 범위를 결정하는 기준을 민법 제393조에 두고 있는데 특별한 사정으로 인하여 발생하는 손해인 특별손해는 일실수입 산정방식인 차액설의 완전배상의 원리로 접근하기 어려운 개념이다.[9]

2. 일실수입의 산정방식

일실수입의 산정방식은 차액설(소득상실설)과 평가설(가동능력상실설)로 나뉜다.

(1) 차액설(현실손해설, 소득상실설)

차액설은 사상 그 자체를 손해로 보지 않고 사상에 의해 실제 발생한 전체 재

5) 서울중앙지방법원, 「손해배상소송실무(교통·산재)」, 사법발전재단, 2017. 1, 107면.
6) 대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313 판결 ["인신사고의 손해배상청구 소송물은 적극적 손해, 소극적 손해, 정신적 손해마다 별개의 소송물이 성립한다는 손해 3분설을 채택하고 있다."]
7) 이현종, "불법행위 손해배상청구소송의 소송물에 관한 검토", 「민사소송」 제23권 제2호, 한국민사소송법학회, 2019. 6, 11면.
8) 곽윤직, 「채권총론(민법강의Ⅲ)」 제6판, 박영사, 2001. 2, 114면.
9) 임윤수 · 최현숙, "손해배상범위에 관한 입법적 분석", 「법률실무연구」 제2권 제1호, 한국법이론실무연구, 2014. 4, 101면.

www.kci.go.kr

산적 상태[10]의 차액을 손해로 본다.[11] 즉 일실수입의 본질을 불법행위가 없었을 경우 피해자가 얻을 수 있는 소득이 상실된 것으로 보아 불법행위 당시의 소득과 불법행위 후의 향후 소득과의 차액을 일실수입으로 산정한다.[12]

이 견해의 경우 소득감소가 없는 무직자, 유아의 경우 산정이 어렵다. 일정소득이 있는 피해자의 경우에도 소득을 언제까지 유지할 수 있을지, 그 금액이 적정한 수준인지를 판단하기 어렵다. 피해자가 같은 직장에서 사고 전과 동일한 수입을 얻고 있다면 일실수입 손해가 없는 것으로 평가된다. 사고가 없었을 경우 장래의 수입에서 사고로 현실적인 장래예상 소득액을 공제하고, 생계비 및 중간이자를 공제하는 방식이 차액설의 구체적인 방법이다.

(2) 평가설(사상손해설, 가동능력상실설)

평가설은 사상 그 자체가 손해이다. 따라서 상실된 노동능력의 가치를 손해의 본질로 보고 노동능력의 가치를 불법행위 추정소득이나 당시의 소득으로 평가하는 것이다.[13] 평가설적 일실수입 산정방법은 노동능력이 상실되기 전의 노동능력에 의하여 장래에 얻었을 것으로 예측되는 기대수입의 기준은 반드시 피해자가 사고 당시 실제 받고 있었던 수입액이 아닌 사회적, 객관적 임금이 고려되어야 한다. 그렇다면 사회적, 객관적 수입은 피해자의 사고당시의 연령, 성별, 학력, 경력 등의 구체적 사실과 피해자가 소속된 경제 부분의 정책, 노사관계의 특수성 고도의 사회적 요인에 의하여 결정된다.

불법행위가 발생되기 전 실질 소득, 당시의 통계 분석을 통한 사회적, 객관적 소득의 수준은 피해자가 장래에 얻을 수 있는 기대 수입이 얼마인지를 산정할 수 있는 간접사실이 된다. 즉 현실 소득이 곧 기준이 될 수는 없다.

3. 일실수입의 소득액 산정방법

불법행위로 인한 소극적 손해 중 일실수입 손해액을 산정하기 위해서는 합리

10) 양삼승, “손해배상범위에 관한 기초적 연구”, 서울대학교, 박사학위 논문, 1988, 126면.
11) 이재하, “손해배상의 범위에 관한 연구”, 청주대학교, 박사학위 논문, 2019, 56면.
12) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카21022 판결.
13) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카21022 판결.

www.kci.go.kr

적인 자료에 따라 불법행위 당시 피해자가 실제 얻고 있었던 수입금액을 확정하여 이를 기초로 산정하여야 한다. 이러한 소득을 세무당국에 신고하였을 경우에는 신고 소득액을 그 기준으로 삼는 것이 원칙이나, 신고 된 소득액이 피해자의 나이, 직업, 경력 등에 비해 현저히 저액이라 판단되는 경우에는 신고소득으로 피해자의 사고 당시 수입금액으로 삼을 것이 아니라, 사고 당시 피해자가 그러한 소득 금액을 얻고 있었거나 그에 상당한 소득금액을 얻을 수 있었을 것이라는 상당한 개연성이 인정되는 경우 일용 노임 이상의 소득 금액을 인정할 수 있다.[14]

불법행위로 인한 손해배상사건에서 피해자의 일실수입은 사고 당시 피해자의 실제소득을 기준으로 하여 산정할 수도 있고 통계소득을 포함한 추정소득에 의하여 평가할 수도 있는 것인 바, 피해자가 일정한 수입을 얻고 있었던 경우 신빙성 있는 실제 수입에 대한 증거가 현출되지 아니하는 경우에는 피해자가 종사하였던 직종과 유사한 직종에 종사하는 자들에 대한 통계소득에 의하여 피해자의 일실수입을 산정하여야 한다.[15] 즉 일실수입의 산정은 사고당시의 실제수입을 기초로 삼는 것이 원칙이고 통계소득에 의한 산정은 예외적 보충적으로 인정하여야 한다.[16]

통계소득으로 사용되는 자료는 고용형태별근로실태조사보고서, 건설업 임금실태조사보고서(시중노임단가), 농업노동임금, 한국표준직업분류표, 한국표준산업분류표 등이 있다. 고용형태별근로실태조사보고서는 상용근로자를 대상으로 하는 것인 반면 건설업임금실태조사보고서는 일용근로자를 대상으로 한다. 보통인부가 아닌 기능공은 일반 일용노임 보다 많은 소득을 인정할 수 있는데 이때 상용기능공과 일용기능공으로 나뉘어진다. 상용기능공은 고용형태별근로실태조사보고서를 기준으로 적용하지만 일용기능공[17]은 보통인부와 달리 직업의 특성과 성질,

14) 대법원 2007. 12. 14. 선고 2007다52607 판결; 동 2016. 6. 28. 선고 2015다23024 판결.
15) 대법원 1992. 11. 13. 선고 2007다52607 판결.
16) 대법원 2000. 3. 24. 선고 98다62114 판결.
17) 대법원 1991. 2. 26. 선고 90다6460 판결[“원심은 소외 망 서수범이 사고 당시 건축공사 현장에서 목수로 일하여 온 사실을 인정하고, 을(원심표기 "갑"은 오기로 보인다.) 제7호증의 1,2(월간거래가격 표지 및 내용)에 의한 사고일 무렵의 형틀목공 1일 임금 13,060원을 추정소득으로 하여 이를 기준으로 일실이익을 산출하였는바, 원심의 이러한 조치는 수긍할 수 있고, 또 원심이 이 점에 관하여 원고가 제출한 갑제11호증의 1,2(직종별임금실태조사보고서 표지 및 내용)를 채용하지 아니하였다 하여 위법이라 할 수 없다.”]라고 하여 일용기능공의 경우 직종별 임금실태조사보고서를 채택하지 않고 별도기준을 채택하였다. 실제 실무에서 일용기능공의 일실수입 기준은 건설업임금실태조사보고서로 하고 있다.

www.kci.go.kr

업무의 내용 등을 참작하여 가동일수를 보통인부보다 줄여 인정하기도 한다.[18] 본 논문에서는 도시일용노임의 통계 소득과 관련된 건설업 임금실태조사보고서[19]를 다루고 월 가동일수 인정에 의한 일실수입 인정 기준에 대하여 논하도록 한다.

4. 도시일용노동의 산정 기초

실무상 일용노임[20]을 적용함에 있어 시중노임단가와 정부노임단가 어느 쪽을 선택할지 문제가 되었었다. 종례판례를 보면 손해배상액 산정의 기초가 되는 일용노임을 관계 법령에 의해 정부 중앙관서의 장이 공사 부문의 원가계산에 적용하는 노무비의 기준금액인 정부노임단가를 기준으로 산정하도록 하였다. 이때 현재 적용되고 있는 대한건설협회의 시중노임단가는 적용요령이나 그 조사기관, 조사의 대상과 범위, 조사의 방법, 산출기준이나 그 근거를 알 수 없어 객관성과 보편성을 확인할 만한 자료를 기록상 찾아볼 수 없다는 이유로 손해배상액 산정의 기초가 되는 일용노임으로 삼을 수 없다고 하였다.[21]

그러나 관계 법령이 개정되면서 1994년 7월 20일 통계법 제3조에 의하여 통계 작성 승인을 받은 기관인 대한건설협회가 조사·공표한 공사 부문의 시중노임은, 관계 규정에 의하여 1995. 1. 1.부터 국가 계약의 원가계산에 적용하는 노무비 산정의 기준금액으로 적용[22]되게 되었으므로, 판례[23]도 대한건설협회가 조사 공표한 노임단가가 객관성과 보편성이 있어 일실수입 산정의 기초인 일용 노임단가로 삼기에 충분하다고 하여 이를 기준 삼았다.

---

18) 이양희, "경험칙상 도시일용노동의 가동연한", 「사법」 통권 제49호, 사법발전재단, 2019. 9, 535면.

19) 대한건설협회가 건설 부문의 시중노임단가를 조사한 것으로 손해배상소송에서 보통인부, 일용기능공의 일실수입 기준으로 사용된다. 건설업 임금실태조사보고서는 매년 9월 1일과 다음해 1월 1일에 대한건설협회에서 발표한다.

20) "일용근로자"란 1일 단위로 고용되거나 근로 일에 따라 일당(미리 정해진 1일 동안의 근로시간에 대하여 근로하는 대가로 지급되는 임금을 말함) 형식의 임금을 지급받는 근로자로서 그 날의 근로가 끝나면 근로관계가 종료되어 계속 고용이 보장되지 않는 근로자를 말합니다.(산업재해보상보험법 시행령 제23조제1호 본문 및 고용노동부 임금의 매월 1회 이상 정기지급 원칙에 관한 해석기준)

21) 대법원 1993. 6. 8. 선고 92다633 판결.

22) 대법원 1996. 3. 22. 선고 95다20669 판결.

23) 대법원 1996. 3. 22. 선고 95다20669 판결.

www.kci.go.kr

5. 경험칙

(1) 경험칙의 의의와 민사소송에서의 기능

경험칙은 인간이 경험을 통하여 얻은 사물의 속성이나 사물 간의 연계에 대해 관찰과 측정으로 얻은 법칙을 말한다.[24]. 즉 개별적인 경험으로부터 귀납적으로 얻어지는 인과의 관계나 사물의 성상 등에 대하여 가언적 판단의 형식으로 표현된 명제라고 할 수 있다.[25] 판례에 의하면 경험칙이란, 각개의 경험으로부터 귀납적으로 얻어지는 사물의 성상이나 인과의 관계에 관한 사실판단의 법칙을 말하는 것으로서, 구체적인 경험적 사실로부터 도출되는 공통인식에 바탕을 둔 판단형식이다.[26]라 정의하고 있다.

민사소송법 제202조는 "법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다."고 규정한다. 자유심증주의에 따른 판단이 법관의 자율적 판단이 되기 위해서 요구되는 도구가 바로 논리법칙과 경험칙임을 보여주는 것이다. 경험칙은 합리적 사실인정을 위한 중요한 출발점이나, 유한한 인간의 경험칙으로서 그 자체로서 일정한 한계를 가지고 있으며, 자연과학적 경험칙이 아닌 한 사회현상과 문화의 변화에 따라서 달라질 수 있다.[27] 합리적인 재판을 위해서는 적정하고 타당한 사실의 인정이 기초되어야 한다. 과거에 있었던 일정 사실을 확정하거나 이성적 근거로 미래의 사실을 예측하는 것으로 절대적인 진실을 확정할 수 없지만, 일정한 증거에 의해 진실이 아니겠는가하는 정도의 개연성을 통해 개연적 사실을 추리한다. 그리고 증거의 증명력은 직접사실, 간접사실 등 우리의 경험칙에 비추어 판단되므로 경험칙은 증거의 증거가치의 판단기준으로 사실인정에 작용한다.[28] 재판에서의 사실인정이란

24) Tao Ting, "The rule of thumb in the civil procedure", 「중국법연구」, 제41집, 중국법학회, 2020. 2., 38면.

25) 이용우, "판례를 통해서 본 경험칙", 「재판자료」 제25집(상), 법원행정처, 1985, 123면.

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

27) 권오걸, "자유심증에서의 경험칙과 한계", 「법학연구」 제48권, 한국법학회, 2012. 11., 250면.

28) 대법원 1983. 9. 27. 선고 83다카1069 판결["원심이 사실인정의 자료로서 부족하다고 배척한 위 갑 제3호증(농지분배증서)은 기록에 의하면, 전라북도지사가 1980. 6. 9. 자로 이 사건 토지 2필지가 농촌근대화촉진법 제102조 및 같은 법 시행령 제47조의 규정에 의하여 원고에게 분배된 농지임을 증명하는 문서로서 피고도 그 성립을 다투지 아니하고 있는바, 공문서라고 할지라도 보

www.kci.go.kr

과거에 있었던 일정사실을 돌이켜 확정하거나 미래의 사실을 확정하는 것이므로 절대적인 진실을 확신할 수는 없는 것이다. 그런 이유로 증거 등에 의하여 그 정도라면 진실이 아니겠는가 하는 사실, 합리적인 의심을 품지 않을 정도의 개연적 사실을 추리하는 것으로 만족하므로 개연적 사실을 추리해 내기 위해서는 경험칙이 필요 불가결한 것이다.

(2) 경험칙의 법적성격

판례[29]에 따르면 사실인 관습은 일반생활에 있어서의 일종의 경험칙에 속한다고 한다. 경험칙은 일종의 법칙으로 법관은 어떠한 경험칙의 유무를 판단함에 있어서 당사자의 주장이나 증명에 구애됨이 없이 스스로 직권에 의하여 판단할 수 있다고 한다. 경험칙은 법규범 자체는 될 수 없다. 경험칙 자체를 법규범과 동일시 할 수는 없지만 위반할 경우 민사소송법 제202조 사실인정은 경험칙에 반한다는 규정을 위반하게 되기 때문에 법률문제가 된다는 견해인 것이다. 그러므로 경험칙의 위반은 법률문제이므로 상고 이유가 된다. 원심 판결을 채증 법칙의 위배나 심리미진의 이유로 대법원이 원심을 파기 환송하는 것은 경험칙 위반으로 인한 자유 심증주의의 한계 일탈을 이유로 위법 사항을 지적하는 것이다.

Ⅲ. 경험칙상 도시일용노동의 월 가동일수에 관한 기존 판례의 문제점

1. 경험칙상 도시일용노동의 월 가동일수에 관한 기존판례

일반 일용노동자, 육체노동에 종사하는 자의 월평균 가동일수는 25일로 보는 것이 경험칙이고[30] 특정한 기능이 없는 농촌일용노동자의 월평균 가동일수도 25

고 문서에 불과한 이상 법원은 자유 심증에 의하여 반증이 없이도 그 증거력을 배척할 수 있는 것이긴 하나 위 문서는 농촌근대화촉진법 제102조 및 같은 법 시행령 제47조의 규정에 의하여 농지를 분배한 전라북도지사가 그 분배사실을 증명하는 내용이므로 그 내용의 진정을 의심할만한 별다른 반증이 없는 한 그 내용대로 분배된 것으로 보는 것이 우리의 경험칙에 합당한 일이라고 할 것이다."]

29) 대법원 1976. 7. 13. 선고 76다983 판결.

www.kci.go.kr

일로 추정[31]된다는 것이 판례의 입장이다. 92다 26604판결에 따르면 대법원은 경험칙상 일반적으로 특별한 기능이 없이 육체노동에 종사하는 근로자의 가동일수는 월 평균 25일로서 연 평균 300일로 추정된다하고, 94다19662판결에서 보면, 일용배관공이 60세가 될 때까지 매월 평균 25일씩 가동할 수 있음을 경험칙에 의하여 인정하였는데, 판례에 따르면 노동부 작성의 1990년도 옥외근로자직종별임금조사보고서에 배관공의 월 근로일수가 평균 20.7일로 조사기재되었다고 하여도 그 사실만으로 일용노동자가 매월 25일씩 가동할 수 있다는 경험칙이 이 경우에 배제되어야 한다고 할 수 없고 달리 특별한 사정도 엿보이지 아니한다는 전제하에 일용배관공이 60세가 될 때까지 매월 평균 25일씩 가동할 수 있음을 경험칙에 의하여 인정한 원심의 조치를 수긍하였다. 그 외에도 일용조적공이 60세가 될 때까지 매월 평균 25일 가동할 수 있음을 경험칙적으로 인정한 경우[32], 형틀목공이 연령, 직업, 경력, 건강상태에 비추어 매월 25일씩 60세까지 가동할 수 있다는 사실을 그 증거에 의하여 적법하게 확정[33]한 경우가 있다.

그러나 경험칙상 육체노동에 종사하는 근로자의 가동일수가 25일로 추정된다고 하여도 구체적으로 사건에 적용하기에 적합한 통계 기타 자료 등이 나타나면 이에 의하여 종전의 가동일수와 달리 인정할 수 있다. 선고 92다26604판결에 의하면 원고는 월평균 22일정도 타일공으로 일하였는데 타일공으로 일감이 없는 겨울(1월 내지 3월)에는 식당, 세탁소, 공장 등에서 일당을 받고 일하였다는 것인바, 이에 의하면 원고의 경우에는 월평균 25일이라는 가동일수 경험칙에 의한 추정이 적용된다고 볼 수 없고, 또 겨울 동안 종사한 업무가 타일공 업무와 유사하거나 이에 관련되는 부업이라고 볼 수 없는 한 그동안의 기간을 타일공으로서의 가동기간으로 보기도 어려울 것이므로 경험칙상 추정되는 월 평균 25일과 달리 인정할 수 있다고 보았다.

그러므로 가동일수를 합리적인 사실인정 없이 경험칙에 의하여 인정할 수는 없으므로 그 가동일수에 관하여도 법원에 현저한 사실을 포함한 각종 통계자료 등에 나타난 월평균 근로일수와 직종별 근로조건 등 여러 사정들을 감안하고 그

30) 대법원 1966. 9. 20. 선고 66다1379 판결; 동 1970. 2. 24. 선고 69다2172 판결.
31) 대법원 1988. 7. 10. 선고 95다4774 판결; 동 1999. 2. 9. 선고 98다53141 판결.
32) 대법원 1993. 4. 9. 선고 92다20651 판결.
33) 대법원 1990. 12. 26. 선고 90다10629 판결.

www.kci.go.kr

밖의 적절한 자료들을 보태어 합리적인 사실인정의 과정을 거쳐 판단되어야 한다.[34] 경험칙상 가동일수를 초과하여 주장하더라도 증거의 불합리에 의해 22일만을 인정한 경우는 기계설치공[35], 용접공[36] 타일공, 송전공[37] 등이 있다.

육체노동에 종사하는 자의 경험칙상 월 가동일수는 25일 이었으나, 임금은 해가 갈수록 증가하는 추세에 있고, 또한 근로자들도 휴양을 통한 문화적 생활을 점차 향유하려는 의식을 갖고 있는 점 등에 비추어[38] 종전처럼 월 25일까지 일하려는 의사가 있다고 보기 어렵다고 하였다. 그리고 판례는 시중노임단가의 자연 상승에 의하여 종전의 정부노임단가보다 훨씬 고액의 시중노임단가를 일실수입 산정의 기초로 삼고, 월 가동일수는 월 22일로 산정하기 시작하였다.

대법원은 2003. 10. 10. 선고 2001다70369판결에서 과거의 통계, 사건의 기록의 제반 사정 및 가동일수 감소의 경험칙을 감안하여 경험칙상 월 가동일수를 22일로 인정하였다.[39] 1990년대 이후 대체적으로 경험칙에 의하여 하급심은 월 가동일수 22일을 그대로 인정하여 판결하는 것으로 확인된다.

2. 기존 경험칙상 일반 육체노동자의 가동일수에 관한 문제점

판례는 일실이익을 종전직업의 소득에서 향후 소득을 공제하는 방법으로 산정할 경우에 그 향후소득에 대한 입증책임은 피해자에게 있으므로 만일 피해자가

34) 대법원 1999. 5. 25. 선고 99다748 판결.

35) 대법원 1999. 6. 22. 선고 99다12093 판결["원심이 위 원고의 월간 가동일수에 관하여 위와 같은 합리적인 사실인정의 과정을 거치지 아니한 채 경험칙을 내세워 자의로 월 22일로 인정한 것은 잘못이라 할 것이나, 당원에 현저한 사실인 노동부 발간의 옥외근로자직종별임금조사보고서에 기재된 통근 일용 용접공의 월평균 근로일수에 관한 과거의 통계(월 21.1일)와 이 사건 기록에 나타난 제반 사정 및 가동일수 감소의 경험칙 등을 감안하여 보면 일용 용접공인 위 원고의 사고 당시 월간 가동일수를 22일을 초과하여 인정할 수는 없다."]

36) 대법원 1999. 5. 25. 선고 99다748 판결.

37) 대법원 1996. 2. 23. 선고 95다31782 판결["재판부는 피해자의 사고 전 실제 작업일수, 송전전공 작업의 성질, 그 임금이 비교적 고액인 점 및 통계에 나타난 다른 일용 근로자들의 월평균 작업일수 등에 비추어 볼 때, 일용 송전전공의 월 가동 일수를 경험칙 만에 의하여 25일로 인정하기는 어렵다."]

38) 대법원 1997. 2. 28. 선고 95다54198 판결.

39) 대법원 2003. 10. 10. 선고 2001다70369 판결["옥외근로자직종별임금조사보고서에 기재된 통근 도시 일용 근로자의 월평균 근로일수에 관한 과거의 통계(최고 월 20.5일)와 이 사건 기록에 나타난 제반 사정 및 가동일수 감소의 경험칙 등을 감안하여 보면 도시 일용 근로자인 위 원고의 사고 당시 월간 가동일수를 22일을 초과하여 인정할 수는 없다."]

www.kci.go.kr

이를 입증하지 못하면 그 불이익은 피해자에게 돌아갈 수밖에 없을 것이나, 향후의 예상소득에 관한 입증에 있어서의 증명도보다 이를 경감하여 피해자가 현실적으로 얻을 수 있는 구체적이고 확실한 소득의 증명이 아니라 합리성과 객관성을 잃지 않는 소득의 증명으로 족하다고 향후 소득에 관한 입증 책임 및 증명도를 밝히고 있다.[40] 법원의 향후 소득의 입증에 관한 석명권 행사와 입증 촉구 노력에도 불구하고 향후소득의 예측이 불가능한 경우에는 법원은 합리적이고 객관성 있는 노동능력상실률을 가려낼 수 있는 한 직권으로 이를 적용하여서라도 일실이익을 산정하여야 할 것이며 향후 소득의 예측이 불가능하다고 하여 바로 피해자의 청구를 배척하여서는 안된다.[41] 그러므로 법원은 경우에 따라서는 피해자의 주장과 입증이 미흡하더라도 직권으로 손해액을 심리 판단해야 하는 것이다.

종래 재판실무가 향후 소득을 일용노임으로 인정해 온 것은 이러한 소득인정기준을 인정함으로써 입증이 어려운 향후 소득에 대한 피해자의 입증책임을 완화하고자 한 뜻이 있다고 본다. 또한 피해자의 소득입증이 없더라도 적어도 도시 또는 농촌 일용노임을 인정하도록 그 기준을 마련한 것이다.

그렇다면 최저일반노임 기준인 도시일용노임은 현 시점에서 어느 정도의 수준일지 알아볼 필요성이 있을 것이다. 대한건설협회가 발행한 건설업 임금실태 조사 보고서(시중노임단가)에 의하면 2020년 9월 기준 보통인부 월 소득은 월 가동일수 22일을 기준으로 3,057,758원이 된다.

<표 1>. [건설업 임금실태조사 보고서의 시중노임단가](단위 : 원)

보통인부	2020년하반기	2020년상반기	2019년하반기	2019년상반기
노임(일)	138,989	138,290	130,264	125,427
노임(월)	3,057,758	3,042,380	2,865,808	2,759,394

이러한 월 소득은 건설업 전체근로자 평균 급여 보다 113,808원[42]이 더 많고 2020년 공무원봉급표상 4급 3호봉인 3,075,100원에 약간 못 미치며 소령 1호봉

40) 대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카331 판결.
41) 대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카331 판결.
42) 고용노동부, 고용형태별근로실태조사 전 연령 평균임금과 건설업 월평균임금총액.

www.kci.go.kr

인 2,965,300원 보다 소폭 많다.[43] 통상적으로 서기관이라 불리는 4급 직급은 최초 7급으로 임용되더라도 25년 만에 가능한 직급이고, 5급 사무관의 경우도 약 10년이 걸려야 진입할 수 있다. 특정직 공무원의 경우[44] 소령은 군무원 4급 상당의 계급으로 일반직 공무원과 비교 한다면 국가직 공무원 중 국방부, 행정안전부의 행정부처 6급 주무관과 동일한 보직이다. 소령의 연령은 30대 중반부터 40세까지의 나이대로 육군의 경우는 대위 6년, 총 복무기간 11년 이상이 되어야 가능하므로 동일직종을 10년 넘는 경력이 필요하다는 것과 같다. 물론 공무원 봉급표상 금액은 각종 수당, 급식비, 업무보조금, 명절휴가비, 상여금을 제외한 금액이다. 실 수령 기준으로 비교해보면, 일반 행정직 공무원이 9급으로 입사하여 10년 경력이 되면 7급에 진입하여 약 연 4,000만원을 수령하기에 시중노임단가와 비슷한 수준이 된다.

제조업의 경우를 살펴보면, 중소제조업 직종별 임금[45]은 국가를 당사자로 하는 계약 시 제조원가계산의 기준이 되는 노무비 산정에 필요한 기초자료로 활용되는데 평균 조사노임(일급)은 직종별 생산직 근로자에게 지급한 총지급액을 시간당 임금으로 환산하여 1일 8시간 근무 기준으로 계산한 평균금액이다.[46]

<표 2>. [보통인부 시중노임단가(상반기 기준)](단위 : 원)

	2008년	2012년	2016년	2018년	2020년
(A)공사부문	60,547	75,608	94,338	109,819	138,290
(B)제조부문	43,990	57,859	65,674	68,899	79,552
자동차보험약관	43,557	55,611	80,006	89,359	108,921
(A)-(B)	16,557	17,749	28,664	40,920	58,738
(B)÷(A)×100	72%	76%	69%	62%	57%

산업분류별	시점	전체근로자
		월임금총액 (천원)
전체	2019	3,138
F. 건설업(41~42)	2019	2,752

43) 인사혁신처 홈페이지 : http://www.mpm.go.kr/mpm/info/resultPay/bizSalary/2020/ [2021.3].
44) 경찰서장, 소방서장, 교육공무원 교장 등.
45) 중소기업중앙회, 「2020년 하반기 중소제조업 직종별 임금조사 보고서」, 2020. 12, 3면.
46) 직종별 평균 조사임금(일급)=(직종별 총지급액/총월정상근로시간)×8시간.

www.kci.go.kr

2008년 공사부문 대비 제조부문이 72%이고 2012년 76%, 2016년 69%, 2018년 62%이다 2020년에는 57%이다. 2016년부터 현재까지 제조부문 시중노임단가와 공사부문 시중노임단가의 차이는 더 크게 벌어져 2020년 상반기 기준 제조부문과 공사부문 시중노임단가 차이는 58,738원이다. 참고로 2020년 하반기 중소제조업 생산직 근로자의 단순노무종사원의 평균 조사노임은 80,656원[47]으로 건설업 시중노임단가인 138,989원의 58%에 불과하다.

대한건설협회와 중소기업중앙회의 조사에 따르면 지난 20년간 제조업과 건설업 현장 종사자들의 노임단가는 직종별로 양극화가 심화되었다. 2019년 기준 공사부문 노임단가는 특고압 케이블 작업공은 323,944원, 비계공 224,359원으로 위험성이 크거나 전문적 기술과 경험이 있는 직종의 경우 상대적으로 노임이 높았고, 제조부문 노임단가는 CAD설계사가 122,906원[48]으로 가장 높은데 그 외 대다수 직종이 8만원대[49] 노임으로, 대다수가 15만원[50]이 넘는 공사부문 노임단가에 비해 낮게 측정되고 있다. 이유는 업무 강도가 비교적 높지 않고 단순한 노무직이 대다수이고 위험도가 낮은 이유일 것이다.

공사부문과 제조부문의 노임단가의 격차가 커지면서 과연 경험칙상의 도시일용노임을 공사부문 노임단가를 기준으로 하는 것이 타당한지 의문이 든다. 참고로 최저임금[51]도 매년 인상되어 69,760원(8,720원×8시간)과 약 15%정도의 차이가 나고 매년 그 격차가 좁혀지고 있다.

경험칙이란, 인간의 개별적인 체험으로부터 얻어진 경험적 규칙으로 어느 사회의 누가 보더라도 보편타당성을 지닌 법칙일 것인데 공사부문과 제조부문, 그 외 다양한 직종의 차이를 볼 때, 건설업 임시일용근로자의 노임을 인정한 현 기준은 타 직종에 비해 높아 과잉 배상이 발생할 것으로 보인다.[52]

47) 중소기업중앙회(주27), 14면.
48) 2019년 상반기 제조부문 시중노임단가 기준.
49) 식품가공원 83,944원, 방적기계조작원 81,258원, 세척원 77,664원, 용접원 89,876원.
50) 작업반장 153,186원, 배관공 171,738원, 건설기계운전사 187,069원.
51) 2021년 시간당 최저임금은 8,720원으로 월급으로 환산하면 1,822,480원이다. 이는 1일 8시간 주40시간 주휴수당을 포함한 근로기준이다. 제조부문의 단순노무 종사원의 노임은 80,656원으로 25일으로 환산하면 2,016,400원이 되어 매년 그 차이가 좁혀지고 있다.
52) 현재 건설업 임시일용근로자 임금을 일실수입의 경험칙 기준으로 삼는 것은 향후 소득을 예상하여야 하는 점에서 피해자의 가능성, 물가상승률에 비해 화폐가치가 하락한 점 등을 고려한다면 오히려 사고 당시의 도시일용노임을 기준 삼는 것이 과소 배상되는 결과라 주장하는 경우도 많다. 이러한 주장은 계속해서 상승할 임금 기준과 피해자의 가능성 등을 고려하여 일실수익을 판단하여야

www.kci.go.kr

재판 실무상 피해자가 향후소득에 대한 입증이 부족한 경우에 피해자의 일실이익을 산정함에 있어 공사부문 노임단가를 적용하게 한 것은 사실[53]이나, 그러한 경우에도 피해자의 종전 직업의 성질, 연령, 교육정도, 직업경력 및 기능숙련정도, 신체기능장애정도 및 유사직종이나 타 직종에의 전업 가능성과 확률 기타 사회적, 경제적 조건과 경험칙에 비추어 피해자가 장차 도시 또는 농촌일용노동에 종사할 것으로 예상되는 경우에만 일용 노임을 가지고 향후소득으로 인정할 수 있는 것이며 그렇지 않는 경우에 까지 일률적으로 위 일용 노임을 가지고 향후 소득으로 인정한다는 것은 합리성과 객관성을 결여[54]하여 부당하다 한 바 있다.

한편 현실수입이 없는 무직자나 기존의 기왕장해를 지닌 자, 수입이 없는 주부가 이러한 시중노임단가를 인정받는 것은 심각한 과다배상으로 보인다. 물론 학생의 경우 미래의 가능성을 예상하여 평가하므로 이러한 소득도 적다 주장할 수도 있으나 고등학생, 대학생 등의 경우 미래 취학, 취업 분야에 맞추어 소득을 인정한 판례[55]가 서울중앙지법 외 항소심[56]에서도 나타나고 있고 소득 입증이 미흡하여 과소하게 인정받는 대신, 위자료를 상향조정하는 방식으로 보완할 수 있는 점에서 충분히 적정 배상이 이루어질 수 있을 것이다. 그러나 무직자의 경우 도시일용임금을 인정하여 배상할 경우 근거 없이 과다 배상할 수 있는 것이다.[57]

한다고 한다.

53) 대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카331 판결.

54) 대법원 1986. 3. 25. 선고 85다카538 판결.

55) 서울중앙지방법원 2018. 11. 29. 선고 2017나81047 판결.

56) 과거 의대생 신분에서 사망한 학생의 기대수입은 일반 도시의 일용직 노동자 임금과 같다고 판단하였던 판결(대법원1987. 2. 24. 선고 86다카646 판결)이후, 2019년 서울중앙지방법원 민사항소7부(부장판사 김은성)은 대학생 한모씨가 전국택시운송사업조합연합회 상대로 낸 손해배상 청구소송에서 “청소년인 피해자가 다양한 직업 선택의 가능성을 상실했음이 직관적으로 명백하다”하여 전문대학에 진학한 점을 고려해 전문대 졸업자의 성별과 무관한 전 경력 통계소득인 310만원을 일실수입 기준으로 삼았다.

57) 외국사법제도연구반, 「외국사법연구 1. 각국의 인신사고 손해배상사건에서의 손해배상액 산정」, 법원행정처, 2007, 260면. 독일의 경우 피해자가 실업상태(arbeitlos)에 있었다면, 지금의 노동시장에 비추어, 사고가 없었더라면 단기간 내에 일자리를 구했을 것이라는 개연성을 피해자가 입증할 경우에 한하여 인정한다. 프랑스는 무직자의 소득을 최저 임금에 못 미치는(대체로 2분의 1 정도 금액) 금액으로 산정하고 있고 일본의 경우도 노동능력과 노동의욕이 있고 취업의 개연성이 있는 경우, 평균임금을 밑돌게 인정하는 점에서 우리나라와 상당한 차이가 있다.

www.kci.go.kr

Ⅳ. 경험칙상 도시일용노동의 가동일수에 관한 판결의 변경 가능성

경험칙상 도시일용 노동의 가동일수[58]를 판단하기 위해서는 종전 판례 이후의 사회변화, 노동시장의 변화, 노동에 관한 제도적 요인의 변화 등을 살펴보아야 할 것이다.

1. 노동에 관한 제도적 요인의 변화

(1) 근로시간과 관련된 근로기준법의 개정으로 5일제의 시행

법정근로시간은 1953년 근로기준법이 제정된 이래 계속해서 변화해 왔다. 1953년 당시 법정 근로시간은 1일 8시간, 주 48시간으로 제정하고 1989년 3월에는 법정근로시간을 44시간으로 규정, 1991년 10월에 이르러서야 44시간제가 시행되었다. 그러나 이러한 제도도 업종·규모에 따라 2004년 7월부터 2011년까지 단계적으로 시행하였다. 또한 정부는 우리나라 근로자가 OECD국가[59] 근로자에 비해 장기간 근로를 하고, 월차휴가[60] 유급 생리휴가 등을 과도하게 인정받아 기업에 부담이 되는 문제점을 해결하기 위해 2003년 9월 15일 주 40시간 법정근로시간을 골자로 하는 개정 근로기준법을 공포하여 법정근로시간을 단축하고 휴일·휴가제도의 개선을 통해 근로자의 삶의 질 향상과 기업의 경쟁력 제고를 도모하였다.[61]

주 40시간으로 단축된 개정 근로기준법(2003년 9월 15일 법률 제6974호)[62]은

58) 가동일수란 노동을 하여 수익을 취할 수 있는 기간을 의미한다.

59) 노동부, 개정 근로기준법 시행지침」, 2003. 12, 2면.

<2002년도 OECD 주요국 연간근로시간>

한 국	캐나다	체 코	프랑스	독 일	일 본	스페인	영 국	미 국
2,410	1,774	1,896	1,453	1,361	1,825	1,748	1,683	1,802

※ 자료 : OECD「Employment Outlook」

60) 휴가를 사용하지 않고 수당으로 지급받는 관행이 개선되지 않고 있었음.

61) 1989년 법정근로시간이 44시간으로 규정하였으나 개정법 부칙에서 300인 미만의 사업 중 노동부장관이 지정하는 업종에 대해서는 1991년 9월30일까지, 이외는 1990년 9월 30일까지 46시간으로 한다고 규정하여 46시간제를 거쳐 1991년10월부터 44시간제가 제대로 시행되었다. 즉 법정근로시간이 4시간 단축되는데 36년 이상이 걸렸고 40시간제는 이로부터 15년이 필요하였다.

62) 국회사무처 제242회 국회본회의회의록 제3호, 2003. 8, 3면.

www.kci.go.kr

기본사항에서 노사정위원회를 통해 노사 간 의견접근이 이루어진 사항을 최대한 존중하고 근로기간 및 휴가 제도를 국제기준에 부합하도록 조정한 것으로 중소기업의 경영여건과 비정규직 근로자 보호를 함께 고려하였다.[63] 그러나 개정 근로기준법이 시행되었음에도 40시간 이외의 연장근로시간에 대한 해석문제가 지속되어 정부는 2018년에 주 최대근로시간 52시간 단축법을 내놓았다.[64] 그 내용은 '1주간 근로시간은 40시간을 초과할 수 없고, 당사자가 합의하면 1주에 52시간까지 근로시간을 연장할 수 있다.'[65]는 것이었다. 새로운 근로기준법은 2004년 7월부터 시행되어 그때부터 실질적인 주 5일근무가 실시되었다. 즉 2003. 9. 이전에는 월요일에서 토요일 오전까지 5.5일 근무를 하였으나, 2003. 9. 이후는 월요일부터 토요일까지 5일 근로를 원칙으로 하고 토요일은 근로를 하지 않게 된 것이다.

<표 3>. [연간 휴일, 실 근무일수] (단위 : 일)

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
일수	366	365	365	365	366	365	365	365	366	365
휴일	116	116	117	114	118	119	119	117	115	113
근무일수(년)	250	249	248	251	248	246	246	248	251	252
근무일수(월)	20.83	20.75	20.67	20.92	20.67	20.50	20.50	20.67	20.92	21.00

위의 표는 2012년부터 2021년까지의 연간 휴일과 실 근무일수를 나타낸 것으로 평균적으로 월평균 근무일수는 21일이다. 주 5일 근무가 보편화되면서 건설현장도 주 5일 근무가 보편화되고 있어 월 22일의 가동일수을 인정하는 것은 지나치게 많다. 2012년부터 10년의 평균 근무일수를 살펴보면 상용근로자의 경우 1년간 근로하는 일수는 249일 정도이고 월 근무일수는 20.74일 정도이다. 이는 상용근로자가 사용할 수 있는 유급휴가를 반영하지 않은 수치인데도 월 22일보

63) 노동부, "개정 근로기준법 시행지침", 보도자료, 2003. 12. 16, 3면.
64) 고용노동부 근로시간 단축 개정안은 기존의 주68시간은 법정근로시간은 40시간, 연장한도 12시간, 휴일한도 16시간이었는데 주52시간이 시행되면서 법정근로시간 40시간, 연장한도와 휴일한도가 12시간으로 제한되었다는 내용이다.
65) 근로기준법 제50조 제1항, 제53조 제1항.

www.kci.go.kr

다 적은 일수이다. 결과적으로 도시일용근로자가 월 22일 일을 할 수 있다는 것은 도시일용근로자가 상용근로자보다도 더 많이 일하는 것이 되므로 비현실적이라 할 것이다.[66]

<표 4>. [고용형태별 월 가동일수](단위 : 일)

고용형태	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
전체근로자	21.7	22.5	22.2	21.6	20.9	20.3	20.1	21.6	21.0	20.8	19.5	19.2
정규근로자	22.2	23.1	22.9	22.5	21.7	21.0	21.0	22.7	22.1	21.9	20.5	20.2
비정규근로자	19.9	20.4	20.0	19.1	18.4	17.9	17.3	18.1	17.6	17.4	16.5	16.0
일일근로자	18.4	18.6	17.9	16.7	14.8	14.7	13.0	12.8	12.3	12.1	11.6	11.0

위 고용노동부의 통계자료[67]는 자영업자를 제외한 정규직 근로자, 비정규근로자의 월 가동일수를 나타낸 것이다. 이를 보면 전체근로자부터 일일근로자[68]까지 가동일수가 전반적으로 감소추세에 있고 22일을 넘는 경우는 거의 없다.

경험칙에 의한 도시일용노동자의 노임의 기준은 대한건설협회에서 공표하는 건설부문 시중노임단가이다. 시중노임임금은 1일 8시간을 기준으로 정해진 것으로 시중노임단가에 가동 일수 22일을 적용하면 도시일용근로자가 172시간을 일한 것이 된다. 172시간을 일한다는 것은 도시일용근로자가 상용근로자처럼 근로기준법상 최대 근로시간을 지켜 가동연한까지 꾸준히 일을 하다는 가정에서 가능하다.

그러나 도시일용근로자는 상용근로자에 비해 신분보장이 지켜지지 않고 업무자체에 체력소모가 심해 지속적으로 일하기 곤란하며, 건설현장의 근로계약에 따라 일이 발생하므로 그 건설현장 근무가 끝나면 다른 일을 계약하기 까지 중간

66) 건설일용근로자의 근로보호를 위해 1주 동안의 소정 근로 일에 개근하고, 4주를 평균(4주 미만인 경우에는 그 기간)으로 하여 1주 동안 15시간 이상 일을 한 건설일용근로자는 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 받을 수 있도록 하고 있고 규제방법(근로기준법 제55조, 제18조 제3항 및 근로기준법 시행령 제30조제1항 참조) 또한 마련되어 있다.

67) 고용노동부 홈페이지에서 고용노동통계 주제별, 임금근로시간, 고용형태별 근로일수를 확인할 수 있다. http://laborstat.moel.go.kr/hmp/tblInfo/TblInfoList.do?menuId=0010001100101&leftMenuId=0010001100101&bbsId=[2021.6.12].

68) 여기서의 일일근로자는 근무지속성, 규칙성이 없이 아는 사람이나, 업체, 협회, 취업알선기관 등의 호출을 받아 일자리가 생겼을 경우 일시적으로 단기간 근무하는 자이다.

www.kci.go.kr

에 쉬는 경우도 많다. 이 외 결기나 계절에 따라 일을 할 수 없는 상당기간이 있어 상용근로자들처럼 근로일수를 유지하여 일하는 경우는 드물다. 아래 통계는 통계청[69]의 사업체노동력조사보고서상 [산업, 규모별 임금 및 근로시간]으로 건설업 임시일용근로일수가 평균 14.1일로 상용근로일수 21.1일의 66%에 불과하다. 전체산업을 기준으로 비교하더라도 평균 18일로, 일용근로자의 가동 일수는 전체 근로자의 비해 상당히 적다.

<표 5>. [통계청, 사업체노동력조사 상용근로자 1인 이상 사업체 산업, 규모별 임금 및 근로시간](단위 : 일)

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
전체근로일수	19.2	18.9	18.9	18.2	17.8	17.5	17.5	17.0	16.8	18
상용근로일수	21.9	21.7	21.4	21.0	21.1	21.0	20.7	20.6	20.6	21.1
임시일용근로일수	15.0	14.7	15.3	14.7	14.1	13.8	13.8	12.9	12.4	14.1

그 외에도 고용노동부의 2020년 노동통계연감[70]에서도 건설업 노동자 중 임시근로자의 총 근로일수는 2017년 13.8일, 2018년 12.9일, 2019년 12.4일로 매년 감소하고 있다.

<표 6>. [고용노동부, 2020년 고용노동통계연감, 임금 및 근로시간, 건설업 기준]

F. 건 설 업 Construction														Year
근로일수 Days Worked			근로시간 Hours Worked					급 여 액 Wages						
전 체 All Employees	상 용 Permanent	임시일용 Temporary & Daily	전 체 All Employees	상 용 Permanent			임시일용 Temporary & Daily	전 체 All Employees	상 용 Permanent				임시일용 Temporary & Daily	
				총근로시간 Total	소정실근로 Regular	초과근로 Overtime			임금총액 Total	정액급여 Regular	초과급여 Overtime	특별급여 Special		
18.9	21.4	15.3	151.6	171.2	168.7	2.5	123.6	2 311 574	2 751 155	2 500 063	42 712	208 380	1 682 625	2013
18.2	21.0	14.7	146.7	169.5	166.4	3.0	117.4	2 377 187	2 864 125	2 617 214	55 095	191 816	1 749 387	2014
17.8	21.1	14.1	143.9	171.3	167.5	3.8	113.9	2 431 641	3 023 217	2 759 589	76 635	186 993	1 783 935	2015
17.5	21.0	13.8	142.0	170.7	166.5	4.2	112.6	2 507 323	3 165 423	2 856 907	88 874	219 641	1 831 733	2016
17.5	20.7	13.8	141.9	167.4	163.1	4.3	112.2	2 624 174	3 226 933	2 926 116	91 991	208 826	1 923 933	2017
17.0	20.6	12.9	138.5	167.7	162.7	5.1	104.8	2 783 640	3 466 970	3 131 036	112 172	223 761	1 997 239	2018
16.8	**20.6**	**12.4**	**136.3**	**168.1**	**162.6**	**5.5**	**100.2**	**2 951 013**	**3 698 668**	**3 317 562**	**133 344**	**247 762**	**2 103 733**	**2019**

69) 통계청 홈페이지 : http://laborstat.moel.go.kr[2021.4]

70) 부산지방법원 2019. 10. 10. 선고 2019나46169 판결에서 인용된 자료로, 본문의 <표11>. 고용노동부의 사업체 노동력 조사 산업/규모별 임금 및 근로시간과 동일한 자료이다.

www.kci.go.kr

따라서 도시일용노동자의 월 가동일수를 22일이라 인정하면 도시일용노동자들이 상용근로자들보다 더 많은 시간과 일수를 근무하게 되는 결과가 된다. 도시일용근로자가 근로기준법상 최대의 근로일수를 채우고 가동연한 65세까지 일을 할 수 있다는 것은 노동현장의 현실과 동떨어진 가정일 것이다.

덧붙여 2019년 1월 국토교통부는 근로기준법 개정에 따른 근로시간 단축, 기후변화, 품질·안전 관련 규정 강화 등 건설환경변화를 반영하여 공공 건설공사의 공사기간 산정기준[71]을 시행하였다. 공사기간 산정 기준에서 작업일수의 산정은 시설물별 작업량에 건설근로자의 충분한 휴식보장과 시설물의 품질 안전을 위해 법적 공휴일 및 폭염·폭설·폭우·미세먼지 등과 같은 기후여건에 대한 작업 불능일을 반영 하도록 하여 건설현장의 작업환경을 최대한 반영할 수 있도록 하였다.[72] 건설현장의 공사가 진행 불가능한 비작업일수를 고려함에 법적 공휴일인 관공서 공휴일에 관한 규정 제2호에 따른 일요일, 국경일, 설날, 추석 등의 휴일을 포함하고 해당지역의 최근 10년 동안의 기상정보에 의한 기후여건을 고려하도록 한 것이다.

여기에서 작업일수는 1일 8시간, 주40시간 산정을 원칙으로 하였는데 최근의 미세먼지 등의 기상여건으로 공사를 할 수 없거나 작업효율이 떨어지는 비작업일이 100여일에 달하였고 주 40시간의 근로단축에 의한 비작업일수도 늘어날 것을 반영한 것이다. 정부의 새로운 공사기간 산정기준은 건설현장의 노동자의 주 40시간 법정근로시간을 준수하고, 그 외 미세먼지, 기후, 현장의 특성에 의해 가동 일수가 종전보다 줄어들 것을 반영하고 있다. 정부의 이러한 산정기준은 민영공사에도 영향을 끼칠 것이기에 도시 일용노동자의 가동 일수는 22일보다 줄여 인정하는 것이 합당할 것이다.

(2) 관공서 공휴일에 관한 규정 개정으로 공휴일의 증가

대통령령인 관공서의 공휴일에 관한 규정이 2013. 11. 5. 개정되었다. 기존의 공휴일외에 대체공휴일[73]이 신설되었고 동법 제2조 제11호에서 정한 임시공휴일

71) 국토교통부 훈령 제1140호.

72) 국토교통부, "공공 건설공사 공사기간 산정기준 마련, 안전·품질 높인다.", 보도자료, 2019. 1. 11, 2-3면.

73) 제3조(대체공휴일) ① 제2조제4호 또는 제9호에 따른 공휴일이 다른 공휴일과 겹칠 경우 제2조제4

www.kci.go.kr

의 지정으로 2013년 이후 공휴일이 증가하게 되었다.[74] 실제로 2012년 공휴일을 64일, 토요일과 일요일 포함한 공휴일은 113일이나, 2019년 시행된 공휴일을 보면 공휴일 67일, 토·일요일을 포함한 공휴일은 117일로 공휴일 수가 증가한 것을 확인가능하다. 즉 2019년 법정근로일수는 365일에서 117일을 제외하면 248일로, 월 20.6일이 되어 기존의 22일보다 적게 되었다.

최근 더불어 민주당은 대체공휴일을 확대하는 법안을 6월 임시국회에서 처리하기로 했다.[75] 공휴일 중 추석과 설, 어린이날만 적용하던 대체공휴일을 확대 적용하는 법안이다. 이러한 법안이 시행되면 주말과 겹치는 광복절, 개천절, 한글날, 성탄절도 대체공휴일이 되어 연간 실 근무일수는 현재보다 더 줄어들 것으로 예상된다. 과거 절대적인 근로시간이 생산성으로 이어지던 생산구조에서 부가가치 창출이 절대적인 시간보다는 다른 다양한 부분에서 창출되는 사회의 변화를 반영하는 것으로 보인다. 또한 과거에 비해 일과 삶의 균형을 중시하는 '워라밸(work and life balance)'이 새로운 흐름으로 강조되는 사회 분위기와도 연관이 깊다 할 것이다.

호 또는 제9호에 따른 공휴일 다음의 첫 번째 비공휴일을 공휴일로 한다. ② 제2조제7호에 따른 공휴일이 토요일이나 다른 공휴일과 겹칠 경우 제2조제7호에 따른 공휴일 다음의 첫 번째 비공휴일을 공휴일로 한다.

74) 제2조(공휴일) 관공서의 공휴일은 다음 각 호와 같다. 다만, 재외공관의 공휴일은 우리나라의 국경일 중 공휴일과 주재국의 공휴일로 한다. <개정 1998. 12. 18., 2005. 6. 30., 2006. 9. 6., 2012. 12. 28., 2017. 10. 17.>
1. 일요일
2. 국경일 중 3·1절, 광복절, 개천절 및 한글날
3. 1월 1일
4. 설날 전날, 설날, 설날 다음날 (음력 12월 말일, 1월 1일, 2일)
5. 삭제 <2005. 6. 30.>
6. 부처님오신날 (음력 4월 8일)
7. 5월 5일 (어린이날)
8. 6월 6일 (현충일)
9. 추석 전날, 추석, 추석 다음날 (음력 8월 14일, 15일, 16일)
10. 12월 25일 (기독탄신일)
10의2. 「공직선거법」 제34조에 따른 임기만료에 의한 선거의 선거일
11. 기타 정부에서 수시 지정하는 날

75) 세계일보, "대체공휴일 법안 통과되나...직장인들 오매불망 기다려", 2021. 6. 7. 10:27, https://www.segye.com/newsView/20210607505204?OutUrl=naver.

www.kci.go.kr

2. 건설관련종사자의 통계 근로일수

(1) 옥외근로자직종별임금조사보고서

대법원 2003. 10. 10. 선고 2001다70369판결은 월 가동 일수를 22일로 정해도 잘못이 아니라고 하면서 그 근거 중 하나로 당시 법원에 현저한 사실로 인정되었던 옥외근로자직종별임금조사보고서[76]의 통근 도시 일용 근로자의 월평균 근로일수 통계가 최고 월 20.5일이었다는 사실을 제시하였다.

<표 7>. [통근 도시 일용근로자의 월평균 근로일수] (단위 : 일)

연도별	1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990	평균
근로일수	18.7	17.9	18.2	19.0	19.0	18.6	18.8	18.6

<표 8>. [건설업 직종별(일반직종) 월평균 근로일수] (단위 : 일)

연도별	1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990	평균
근로일수	19.7	19.2	19.4	20.5	20.6	20.1	21.3	20

옥외근로자 직종별임금조사보고서는 통상 옥외근로자로 있으면서 건설업 항만운송관계사업의 사업체에 고용된 상용근로자 및 임시, 일용근로자의 임금을 직종별로 조사하여 지역, 고용형태, 임금형태 등 그 실태를 정확히 파악하여 노동정책 및 경제 정책 입안 자료로 제공할 뿐 아니라 기업체의 임금결정 및 관리 자료로 활용하기 위해 조사하였다.

<표8>의 근로일수를 살펴보면 1984년 19.7시간, 1985년 19.2시간, 1986년 19.4일, 1987년 20.5일, 1988년 20.6일, 1989년과 1990년은 20.1시간으로 동일하고 1984년부터 1990년까지 평균 근로일수는 20일이다. 판례에 따르면 사실인 노동부 발간의 옥외근로자직종별임금조사보고서에 기재된 통근 일용 용접공의 월평균 근로일수에 관한 과거의 통계(월 21.1일)와 이 사건 기록에 나타난 제반 사정 및 가동 일수 감소의 경험칙 등을 감안하여 보면 일용 용접공인 위 원고의 사고

76) 옥외근로자직종별임금조사보고서는 통계법 법률 제2799호에 의거 지정된 통계조사로서 동법 및 동법시행령, 동법시행규칙에 의거 조사 실시되었다.

www.kci.go.kr

당시 월간 가동일수를 22일을 초과하여 인정할 수는 없다.[77]고 하였다. 이와 같이 옥외근로자직종별임금조사보고서 통계결과를 사실인정으로 그대로 원용한 것이 아니라 원고의 여러 사정인 실제 근로일수, 직종별 근로조건의 사정, 각종통계자료로 합리적 사실인정의 근거로 삼았다. 그러나 옥외근로자 직종별 임금조사보고서는 1990년을 마지막으로 폐간되었고 이후의 근로환경변화를 보여주는 각종 통계자료를 통해 월 근로일수를 산정하여야 할 것이다.

(2) 고용형태별근로실태조사보고서

고용형태별근로실태조사보고서는 15개의 통계표를 제시하고 있는데 그 중, 고용형태별, 산업별, 직종별로 분류하고 있는 통계 항목은 1. 고용형태별 임금 및 근로시간, 5. 산업별 임금 및 근로시간, 6. 직종별 임금 및 근로시간, 12. 직종(중,소)성별의 연령, 근속년수, 근로일수, 근로시간, 월급여, 연간특별급여 및 근로자수, 15. 산업(중)·성별의 연령, 근속년수, 근로일수, 근로시간, 임금 및 근로자수로 확인된다.

2020년 발행된 고용형태별근로실태조사 보고서의 통계항목을 중심으로 근로일수를 검토한다.

[1. 고용형태별 임금 및 근로시간]에서 전체근로자의 총근로일수는 19.2일이고 총근로시간은 152.4시간이다. 총근로시간에서 8시간을 나누면 19.05일이다.

[6. 직종별 임금 및 근로시간]의 전체근로자의 총근로일수는 19.2일이고 총근로시간은 152.4시간으로 8시간을 나누면 19.05일이 된다. 구체적으로 단순노무종사자의 총근로일수는 17.9일이고 총근로시간은 139.3시간으로 8시간을 나누면 17.41일이다.

[9. 산업별 임금 및 근로시간]에서 전체근로자의 총근로일수는 19.2일이고 총근로시간은 152.4시간으로 8시간을 나누면 19.05일이다. 산업 중 건설업의 총근로일수는 16.2일이고 총근로시간은 130.3일으로 8시간을 나누면 근로일수는 16.28이다.

[12. 직종(중,소)·성별의 연령, 근속년수, 근로인수, 근로시간, 월급여, 연간특별급여 및 근로자수]는 전직종 근로인수는 19.9일이고 총근로시간은 163.6시간, 8

77) 대법원 1999. 5. 25. 선고 99다748 판결.

www.kci.go.kr

시간으로 나누면 20.45일이다. 이중 910. 건설 및 광업 단순종사원의 근로일수는 21.0이고 총 근로시간은 163.7시간으로 8시간을 나누면 20.46일이다.

[15. 산업(중)·성별의 연령, 근속년수, 근로일수, 근로시간, 임금 및 근로자수]에서 건설업의 근로일수는 19.8일, 총근로시간은 161.4시간, 8시간으로 나누면 20.75일이다.

현실수입이 없는 경우인 학생, 무직자, 전업 주부의 수입을 손해배상액으로 산정할 때, 특별한 사정이 없는 한 건강한 사람이라면 누구나 최소한 일용노동에 종사하여 그 임금 상당의 수입을 얻는다는 개연성이 있다는 것이 경험칙에 부합하기 때문에[78] 수입의 기준은 일용 노임이 되는 것이다. 도시지역 보통인부[79]는 건설현장에서 일용 보통인부로 고용된 자이다. 즉 보통인부는 건설업임금실태 조사보고서(시중노임단가)의 Ⅳ.직종해설 중 직종번호 1002.에서 기능을 요하지 않는 경작업인 일반잡역에 종사하면서 단순 육체노동을 하는 사람을 말한다.[80]

따라서 산업별 자료에 따른 통계[81]는 건설업에 종사하는 관리자, 전문관련 종사자, 사무 종사자까지 포함하여 보통인부를 파악하기에 매우 포괄적이므로 적절하지 않다. 그러므로 [6. 직종별 임금 및 근로시간]의 단순노무종사자와 [12. 직종(중,소)·성별의 연령, 근속년수, 근로인수, 근로시간, 월급여, 연간특별급여 및 근로자수]의 건설 및 광업 단순종사원가 보통인부에 근접하다. 구체적으로 [6. 직종별 임금 및 근로시간]을 성별, 연령의 구분 없이 근로일수와 근로시간으로 연도별 정리하면 다음과 같다.[82]

<표 9>. [6. 직종별 임금 및 근로시간](단위 : 일,시간)

한국표준직업 분류6차	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	평균
단순노무종사자 근로일수	22.3	22.3	22.2	21.5	21.1	21.0	22.1	21.8	21.9	20.8	20.3	21.57
단순노무종사자 총근로시간	214.4	209.4	202.0	193.8	188.9	187.7	188.4	190.5	187.0	174.8	167.2	191.27

78) 대법원 1980. 2. 26. 선고 79다1899전원합의체 판결; 동 1980. 9. 24. 선고 80다1767 판결.
79) 일용노임은 도시지역 보통인부의 일용노임과 농촌지역의 일용노임을 말한다.
80) 대한건설협회, 2020년 하반기 적용 건설업 임금실태조사보고서」, 2020. 1, 13면.
81) [9. 산업별 임금 및 근로시간], [15. 산업(중)·성별의 연령, 근속년수, 근로일수, 근로시간, 임금 및 근로자수]
82) '고용형태별근로실태조사' [6. 직종별 임금 및 근로시간]으로 조회한 결과이다.

www.kci.go.kr

2009년부터 2019년까지의 단순노무 종사자의 평균 근로일수는 21.57일이고, 근로시간은 191.27시로 8시간을 나누면 23.91일이나, 최근 5년(2015년부터 2019년까지)의 평균은 근로일수은 21.38일이고 평균근로시간 181.58로 8시간 나누면 22.69일이다. 경험칙에 의한 도시일용노동자의 기존 가동일수에 가까우나, 건설현장에서 일하는 단순노무 종사자[83]만을 대상으로 한 수치가 아니므로 적용하기 부적절하다. [12. 직종(중,소)·성별의 연령, 근속년수, 근로일수, 근로시간, 월급여, 연간특별급여 및 근로자수]에 의하여 건설업 단순종사원 2009년 이후 월평균 가동일수는 21.62일이고, 월평균 근로시간은 176.46시간을 8시간으로 나누어 산정할 경우 가동일수는 22.05일이다.

<표 10>. [12. 직종(건설 및 광업 관련 단순노무직)·성별의 연령, 근속년수, 근로일수, 근로시간, 월급여, 연간특별급여 및 근로자수](단위 : 일, 시간)

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	평균
근로일수	23.0	23.7	22.5	21.8	21.0	21.2	21.7	21.9	22.5	21.0	20.1	21.93
근로시간	191.1	211.7	188.3	183.8	171.9	171.2	176.3	184.7	184.5	173.1	163.7	181.84

통계청에서 제공하는 고용형태별근로실태조사·직종·성별 임금 및 근로조건으로 검색한 결과에 따라 제공되는 2009년에서 2019년 자료는 <표10>과 같고 건설업 및 단순 종사원 2009년 이후 월평균 가동일수는 21.93일이고 월평균근로시간인 181.8시간을 8시간으로 나누어 일수를 산정할 경우 월 가동일수는 22.73일이다. 수년간의 평균치 가동일수가 21일-23일 정도인 상위의 자료를 근거로, 현재의 도시일용노동자의 월평균 가동일수로 인정되는 22일과 크게 차이가 없어 경험칙상의 가동일수는 22일이라는 주장은 타당해 보인다.

그러나 [12. 직종(중,소)·성별의 연령, 근속년수, 근로일수, 근로시간, 월급여, 연간특별급여 및 근로자수]에도 광업 관련 단순노무직이 포함되어 있어 건설업 단순노무직의 월 가동일수를 판단하기에 적절하지 않다.

83) [6.직종별 임금 및 근로시간] 통계는 직종을 1. 관리자 2. 전문가 및 관련 종사자 3. 사무종사자, 4. 서비스종사자, 5. 판매종사자, 6. 농림어업숙련종사자, 7. 기능원 및 관련기능종사자, 8. 장치 기계 조작 및 조립종사자, 9. 단순노무 종사자로만 구분하여 구체적인 건설 직종의 단순노무 종사자가 아니므로 건설현장의 일용 보통인부의 기준으로 볼 수 없다.

www.kci.go.kr

(3) 사업체노동력조사보고서상

사업체노동력조사보고서[84]는 고용노동부가 임금 및 근로시간에 관한 사항을 매월 조사하여 변동 추이를 파악한 것으로 2008년 이후 건설업 근로일수 변화를 보면 일용근로자의 평균적인 월 가동일수는 약 14.3일이다. 건설업 일용근로자 이와 상용근로자까지 포함한 전체 건설업 근로자의 월 근로일수도 18일이어서 월 20일 미만의 수치임을 확인 할 수 있다.

<표 11>. 통계청, [고용노동부, 사업체노동력조사 산업/규모별 임금 및 근로시간](단위 : 일)

산업 분류별	1인이상 사업체	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
전체	전체근로일수	21.2	21.0	20.8	20.6	20.7	20.4	20.1	20.0	20.0	19.7
	상용근로일수	21.7	21.6	21.4	21.1	21.3	21.1	20.8	20.7	20.7	20.4
	임시일용근로일수	17.2	16.9	16.4	16.2	15.5	14.7	14.4	13.6	13.3	13.2
F. 건설업	전체근로일수	19.2	18.9	18.9	18.2	17.8	17.5	17.5	17.0	16.8	16.9
	상용근로일수	21.9	21.7	21.4	21.0	21.1	21.0	20.7	20.6	20.6	20.7
	임시일용근로일수	15.0	14.7	15.3	14.7	14.1	13.8	13.8	12.9	12.4	12.7

이러한 수치는 2003년도 위 대법원 판결 근거인 옥외근로자직종별임금조사보고서의 월 평균 근로일수는 20.5일이었던 것에 비해 현재 건설업 일용근로자의 월 가동 일수는 그보다 약 6일이 줄어든 약 14일 정도이다. 현재의 경험칙에 의한 도시일용노동자의 월 가동일수가 22일이므로 실제 근로일수인 14일보다 매월 8일 정도 가동일수를 더 인정하게 된다. 따라서 월 가동일수를 22일로 정함이 잘못이 아니라는 2003년도 대법원 판결 이후 그 판단의 기초가 된 경험적 사실이 현저히 변화하였음을 확인 할 수 있다.

84) 사업체노동력조사보고서를 작성한 기관의 이용자용 "통계정보보고서"에 의하면 본 통계 조사목적은 종사자 현황, 빈 일자리 및 입·이직에 관한 사항과 임금 및 근로시간에 관한 사항을 매월 조사하여 변동 추이 파악한 것으로 노동정책 기초자료, 노동생산성 참고자료, 노무비 산정자료, 법률에 따른 보상 기초자료 등에서 활용하도록 하고 있다. 매월 고용노동부 고용노동 통계로 공표되고 있다. 고용노동부 고용노동통계 웹주소 : http://laborstat.moel.go.kr/

www.kci.go.kr

(4) 건설근로자 종합생활 실태조사

건설근로자 실태조사[85]는 건설근로자 공제회가 건설근로자의 고용상황, 근로조건, 근로복지, 가족생활, 근로현황 등을 종합적으로 파악한 통계이다.

<표 12>. [2018년 작업능력수준별 연간근무일수](단위 : %, 일)

		사례수	50이하	51-100	101-150	151-200	201-250	251-300	301-350	평균
전체		1,018	0.8	1.0	1.6	26.0	56.7	13.5	0.5	225.1
작업능력수준	팀장, 반장	87	-	-	1.1	28.7	50.6	18.4	1.1	234.3
	기능공	463	0.4	1.1	1.9	22.0	62.6	11.2	0.6	226.1
	준기능	136	-	-	-	29.4	62.5	8.1	-	223.4
	조공	78	1.3	1.3	-	30.8	48.7	16.7	1.3	224.7
	일반공	254	2.0	1.6	2.4	29.1	47.2	17.7	-	221.1

<표 12>는 2018건설근로자 종합생활 실태조사 보고서 상의 연간 근무일수[86]로 작업능력 수준별로는 팀장·반장이 234.3일로 가장 많이 근무하는 반면, 일반공은 221.1일로 가장 적게 나타났다. 대체로 숙련도가 높을수록, 기능공의 경우에 근무일수도 많은 것을 확인할 수 있다. 일반 공의 연간 근무일이 221.1일이므로 월 근무일은 18.42일로 볼 수 있을 것이다.

<표 13>. [2020년 직종별 연간 근로일수] (단위 : %, 일)

		사례수	150미만	150-200	200-250	250-300	300이상	무응답	평균
전체		1,222	9.7	9.6	36.8	31.9	11.7	0.2	230.1
직종	보통인부	155	21.9	19.4	32.9	18.1	7.1	0.6	199.5
	배관공	118	11.0	5.1	27.1	37.3	19.5	0.0	242.5

85) 건설근로자공제회, "2020년 건설근로자 종합생활 실태조사"는 건설근로자 정책 수요 등을 종합적으로 파악함으로써 관련제도의 개선을 뒷받침할 수 있는 실증자료를 제공하고 공제회 외부적으로는 건설근로자 고용 개선 정책을 마련하기 위한 기초자료로 활용될 수 있으며, 내부적으로는 건설근로자 취업 및 훈련 등 고용지원사업의 활성화와 신규 복지사업 아이템 발굴에 활용을 목적으로 기획되었다. 조사대상은 최근 1년 이내 1회 이상 건설업에 종사한 근로자로 방문면접조사를 통해 조사가 이루어진다. 건설근로자공제회 홍보센터 웹주소 : http://cwma.bigzine.kr/section/data/view?id=946&page=1

86) 건설근로자 공제회, 2018년 건설근로자 종합생활 실태조사 보고서」, 2018. 11, 77면.

www.kci.go.kr

		사례수	150미만	150-200	200-250	250-300	300이상	무응답	평균
	형틀목공	113	10.6	10.6	38.1	32.7	8.0	0.0	224.1
	철근공	86	12.8	11.6	44.2	27.9	2.3	1.2	214.5
	타일공	80	2.5	3.8	48.8	33.8	10.0	1.3	239.5

<표13>은 2020년 건설근로자 종합생활 실태조사의 직종별 연간 근로일수로, 전체 연간 근로일수는 평균 230.1일로 조사되었으며 근로일수가 가장 많은 배관공이 242.5일 것에 반해 보통인부의 경우 조사 직종 중 가장 낮은 근로일수인 199.5일이다. 이는 월평균 16.62일과 같은 수치이다.

건설근로자 종합생활 실태조사는 근로 일수 이외에도 절기별 근로일수를 조사하고 있는데 2018년 동절기(1월~2월)의 경우 평균 15.0일, 춘추하절기(3월~12월)는 평균 20.4일로 나타났다. 2020년 조사에 따르면 동절기는 평균 16.1일, 춘추·하절기는 이보다 약간 많은 평균 20.2일을 근로한다고 조사되었는데 보통인부로 보면 동절기에는 평균 14.0일, 춘추·하절기에는 평균17.7일을 근로 한 것으로 확인되어 계절에 따라 3.7일 차이가 나타났다. 그러므로 계절적 요인에 의해서도 과거에 비하여 근로일수가 감소하였음을 확인할 수 있다.

3. 소결

앞에서 옥외근로자직종별임금조사보고서, 고용형태별근로실태조사보고서, 사업체노동력조사보고서, 건설근로자 종합생활 실태조사를 통해 건설관련 종사자의 월 근로일수를 살펴보았다.

대한건설협회의 보통인부는 기능을 요하지 않는 경작업인으로 단순육체노동을 하는 사람을 말하고 일용근로자는 계속적 근로관계가 성립되지 않는 1일 단위로 고용되는 자이다. 고용형태별근로실태조사보고서에서 대한건설협회의 보통인부, 경험칙상 도시일용노동자의 가동일수로 인정할 수 있는 통계자료는 존재하지 않으나, 전체근로자, 비정규근로자, 일일근로자 등 거의 모든 고용형태의 근로자의 월 근로일수가 감소 추세에 있고 그 일수가 22일을 넘는 경우는 없었다.

www.kci.go.kr

<표 14>. [단순노무 종사자와 건설 및 광업관련 단순노무직의 연도별 월 근로일수](단위 : 일)

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	평균
단순노무 종사자	22.3	22.3	22.2	21.5	21.1	21.0	22.1	21.8	21.9	20.8	20.3	21.38
건설 및 광업 관련 단순노무직	23.0	23.7	22.5	21.8	21.0	21.2	21.7	21.9	22.5	21.0	20.1	21.93

<표 15>. [직종별 단순노무 종사자의 연도별 월 근로일수](단위 : 일)

	고용형태	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	평균
단순노무 종사자	전체 근로자	21.3	21.0	20.5	20.0	19.7	18.9	19.8	19.6	19.6	18.2	17.9	19.68
	비정규 근로자	20.0	19.6	18.7	18.1	17.9	16.9	17.5	17.3	17.3	16.0	15.7	17.73

직종별 분류에서 전체 직종의 월 가동일수는 전체적으로 감소추세에 있고 22일을 넘지 않았다. 전체 단순노무자의 경우 2009년 21.3일에서 2019년 17.9일로 감소하였고, 단순노무 종사자 중 비정규근로자의 경우 2009년 20일에서 2019년 15.7일로 감소하였고 그 평균은 17.7일로 확인되었다.

<표 16>. [고용노동부, 고용형태별근로실태조사 산업별(건설업) 근로일수](단위 : 일)

고용형태	산업 분류별	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
전체 근로자	건설업	21.1	20.4	19.7	18.8	18.3	17.7	18.9	17.9	17.8	16.5	16.2
비정규 근로자	건설업	18.3	16.5	16.6	15.2	14.9	13.4	13.8	12.9	13.5	12.8	12.4

산업별 분류에서 건설업전체근로자의 전체근로자의 경우 2009년에 21.1일에서 2019년 기준 16.2일로 감소하였고 평균은 18.4일로 확인되었다. 이 중에서도 비

www.kci.go.kr

정규근로자의 경우는 2009년 18.3일, 2019년 기준 12.4일로 현재의 가동일수 22일과 현저한 차이를 보였다.

사업체노동력조사보고서에서 2008년 이후 건설업 근로일수 변화를 보면 일용근로자의 평균적인 월 가동일수는 약 14.3일이고 전체 건설업 근로자의 월 근로일수는 18일이다. 일용근로자에 단순노무 종사자 외 각종 기술 취득 종사자가 포함되어 있으므로 이를 원용할 수는 없어 보인다.

앞에서 살펴본 바와 같이 상위의 통계자료 중에서 도시일용근로자 보통인부의 개념과 일치되는 통계자료는 없었다. 따라서 위 통계자료 중 어느 하나만을 그대로 채택할 수 없고 위 통계자료의 수치를 종합하여 도시 일용근로자의 월 가동일수를 산정하는 것이 타당할 것이다.

4. 도시일용노동의 월 가동일수에 관한 판례 태도

도시 일용 근로자의 월 가동일수가 주요 쟁점이 된 대법원 판례는 찾을 수 없었다. 하급심에서는 대체적으로 경험칙에 의하여 월 가동일 수를 기존의 22일로 인정하는 경우가 대부분이나, 일부 그 보다 적은 일수를 인정하기도 하였다.

월 가동일수가 쟁점이 된 하급심 판례를 보면, 기존의 22일로 인정한 판례의 경우는 콘크리트공(대구고등법원 2020. 8. 19. 선고 2019나24828 판결)과 도시일용근로자(부산지방법원 2019나63674 판결)가 있고 기존의 경험칙보다 적은 17일로 인정한 판례(부산지방법원 2019. 10. 10. 선고 2019나46169 판결), 만 60세 다음 날부터 65세까지 20일로 인정한 판례(부산지방법원 2020. 4. 29. 선고 2019나54771 판결, 대구지방법원 서부지원 2020. 10. 15. 선고 2019가단56620 판결), 18일로 인정한 통신외선공 판례(대전지방법원 2020. 11. 24. 선고 2019나116724 판결)가 있다.

(1) 부산지방법원 2019. 10. 10. 선고 2019나46169 판결

4) 월 근로일수 : 17.1일

근로조건이 산업환경에 따라 해마다 변동하는 도시 일용근로자의 일실수입을 그1일 노임에 관한 통계사실에 기초하여 평가하는 경우에는, 그 가동일수에 관하

www.kci.go.kr

여도 법원에 현저한 사실을 포함한 통계자료 등에 나타난 월 평균 근로일수와 직종별 근로조건 등 여러 사정들을 감안하고 그 밖의 적절한 자료들을 보태어 합리적인 사실인정을 하여야 할 것이다.[87]

위 법리에 비추어 보건대, 경험칙상 일반적으로 도시일용노동자의 월가동일수는 22일로 추정되나, 을 제5,8호증 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 고용노동부의 「노동통계연감」에서 2014년도 건설업 노동자의 총 근로일수는 18.3일(정규근로자의 경우 20.9일, 임시근로자의 경우 15일)로 조사된 사실, B이 C에 입사한 이후로서 이 사건 사고 발생 전 3년간의 총 근로일수는 617일, 월 평균 근로일수는 17.1일인 사실이 인정되는 바, 위 인정사실에 의하면 B에게 적용할 월 평균 근로일수를 17.1일로 인정함이 타당하다.

이 판결에서 재판부는 B의 근로일수를 17.1일로 보았다. 이는 경험칙상 도시일용근로자의 월 가동일수 기준인 22일에 못 미치는 수치이고, 사고당시인 2014년 기준 건설업 노동자의 월 근로 수는 17.7일이었다.[88] 그럼에도 재판부는 B가 소속 회사 입사 이후 발생 전 3년간의 총 근로일수가 617일인 점에서 평균 근로일수를 17.1로 판단하였다. 근로조건이 산업 환경에 따라 해마다 변동하는 기능공의 일실수입을 월급여액 통계가 아닌 그 1일 노임에 관한 통계사실에 기초하여 평가하는 경우에는, 그 가동 일수에 관하여도 법원에 현저한 사실을 포함한 각종 통계자료 등에 나타난 월평균 근로일수와 직종별 근로조건 등 여러 사정들을 감안하고 그 밖의 적절한 자료들을 보태어 합리적인 사실인정[89]을 하여야 한다는 입장을 고수하고 있다. 본 판례의 경우는 이례적으로 산업재해로 인한 손해배상액 산정에서 B씨가 경험칙상 도시일용근로자의 22일을 가동일수로 주장[90]하였음에도 실제 근로일수를 확인하여 실제 평균근로일수 17.1일을 기준으로 일실수익을 산정하였다. 따라서 현재의 경험칙상 도시일용노동의 월 가동일수 22일보다 과소한 가동일수로 인정한 것에 그 의미가 있다.

87) 대법원 2003. 10. 10. 선고 2001다70368 판결.

88) 산업별 임금 및 근로시간(표준산업분류9차)(단위 : 일)

산업분류별	시점	전체근로자	정규근로자	비정규근로자
		총근로일수	총근로일수	총근로일수
F. 건설업(	2014	17.7	20.8	13.4

89) 대법원 1999. 5. 25. 선고 99다748 판결.

90) 대법원 1994. 10. 14. 선고 94다19662 판결에서 일용배관공의 경우 옥외근로자 직종별 임금조사보고서상 일용근로자의 월 근무일수가 이와 달리 조사·기재되었다 하여 이러한 경험칙이 배제되는 것은 아니라고 하였다.

www.kci.go.kr

(2) 부산지방법원 2020. 4. 29. 선고 2019나54771 판결

부산지방법원 제4-3민사부는 판결 이유의 4. 손해배상책임의 범위 중 (2)가동일수에 대하여 <고용형태별근로실태조사>, <사업체노동력조사>의 통계 중 당해 사건과 관련된 총근로일수 항목의 통계를 확인하고 이러한 통계자료를 통하여 5가지의 관점에서 분석하였다.

그리고 당해 급여소득자의 정년 예정일 이전 소득과 이후 소득으로 구분하여 정년퇴직일 2037. 1. 1.부터 만 65세가 되는 시기까지 보통인부 도시일용 노임 상당의 소득을 얻을 수 있고 가동일수는 20일로 판결하였다.

(2) 가동일수에 대하여

이상을 종합하여 보건대, 건설업 보통인부는 비정규근로자에 해당하므로 그의 가동일수는 다른 근로자의 가동일수보다 다소 적을 것으로 보인다. 그리고 앞서 본바와 같이 <고용형태별근로실태조사>, '고용형태별 임금 및 근로시간(상)'중 '산업별 임금 및 근로시간'부분에 의한 비정규근로자 중 건설업 종사자의 총근로일수, <고용형태별근로실태조사>, '고용형태별 임금 및 근로시간(상)'중 '직종별 임금 및 근로시간' 부분에 의한 비정규근로자 중 단순노무종사자의 총근로일수와 <사업체노동력조사>에 의하면 건설업의 임시일용근로일수는 건설업 보통인부의 경우 그대로 적용하기 어려운 한편,<고용형태별근로실태조사>의 '직종·산업별 임금 및 근로시간·시간'의 '직종·성별임금 및 근로조건' 부분 중에서 단순노무종사자 중 건설 및 광업 단순종사원은 대체적으로 정규근로자인지 비정규근로자인지만 제외하고는 그 분류가 건설 보통인부에 부합한다고 보이므로, 건설업 보통인부의 가동일수를 위 건설 및 광업 단순종사원의 근로일수보다 다소 적은 일수로 인정하는 것이 타당하다고 할 것이다.

그리고 건설업 보통인부를 포함한 모든 근로자들의 통계적인 가동일수는 과거보다 줄었다고 봐야 할 것이나 그 감소가 항시적이라기보다는 등락을 통하여 감소의 경향성을 띄고 2018년 전후한 감소폭이 다소 크다고 볼 것이므로 앞서 본 각 통계상 수치의 실제 감소폭은 다소 보수적으로 보는 것이 타당하고 가장 최근 해인 2019년의 수치만이 아니라 최근 수년간의 평균적인 수치를 기준으로 삼는 것이 적정하다고 할 것이다. 또한 건설업 임금실태 조사보고서상 보통인부의 노임단가가 당해년1.1부터 적용되는 것을 기준으로 2009년 66.622원에서 2020년 138,290원으로 두 배 이상 증가하였고 특히 2017년 102,628에서 2018년 109,819원, 2019년 125,427원으로 최근 증가폭이 큰 점과 최근 국내외적으로 경제적 상황이 매우 유동적인 점은 이 법원에 현저한바, 이러한 사정도 직종별 근로조건 등 여러 사정들의 일부로서 고려함이 상당하다.

이러한 모든 사정들과 함께 기존에 건설업 보통인부의 월간 가동일수로 월 22일이 통상적으로 받아들여진 점을 고려해 볼 때, 건설업 보통인부의 월간 가동일수는 <고용형태별근로실태조사>의 '직종·산업별 임금 및 근로시간·시간'의 '직종,

www.kci.go.kr

성별 임금 및 근로조건' 부분 중 단순노무종사자 중 건설 및 광업 단순종사원의 최근 4년간 근로일수의 평균인 21.375일{=(20.1일+21.0일+22.5일+21.9일)÷4}보다 다소 적은 20일로 봄이 상당하다.

(3) 그러므로 원고의 2037.1.1.부터 2041. 6. 5.까지의 월 소득을 2,765,800원(=138,290원×20일)으로 인정한다.

(3) 대구고등법원 제3민사부 2020. 8. 19. 선고 2019나24828 판결

3. 피고의 손해배상책임 성립 및 그 범위에 관한 판단

(4) 가동일수 : 월 22일

피고의 주장은 C의 가동일수를 월 18일 이하로 보아야 한다는 것이다. 그러나 다음과 같은 사실 또는 사정들과 그 밖의 건설 기능 일용직의 근로조건, 콘크리트 공의 작업 형태 및 제반 사정 등을 종합적으로 고려하면, C의 가동일수를 월 22일로 봄이 타당하다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

① 근로조건이 산업환경에 따라 해마다 변동하는 기능공의 일실수입을 월급여액통계가 아닌 그 1일 노임에 관한 통계사실에 기초하여 평가하는 경우에는, 그 가동일수에 관하여도 법원에 현저한 사실을 포함한 각종 통계자료 등에 나타난 월평균 근로일수와 직종별 근로조건 등 여러 사정들을 감안하고 그 밖의 적절한 자료들을 보태어 합리적인 사실인정을 하여야 한다(대법원 2013.9.26. 선고 2012다60602 판결 등 참조).

② C는 2014. 4.9.부터 이 사건 사고가 발생한 2014. 4. 17.까지 연속해서 9일간 근무하였다.

③ 고용노동부가 발행한 <고용형태별 근로실태조사>의 '직종·산업별 임금 및 근로시간·시간' 통계자료에 의하면 2009년부터 2019년까지 건설관련 기능 종사자의 통계근로일수는 아래 표와 같다.

(단위: 일)

한국표준직업분류6차	성별	2009년	2010년	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년	2017년	2018년	2019년
건설 관련 기능 종사자	계	23.9	23.3	21.8	21.7	21.2	21.6	22.8	22.1	22.5	21.4	20.4
	남	23.9	23.3	21.8	21.7	21.2	21.6	22.8	22.1	22.5	21.4	20.5
	여	23.8	22.5	22.4	20.7	20.1	20.9	22.8	21.6	22.0	20.9	19.6

위 통계 자료에 의하면 이 사건 사고가 발생한 2014년부터 2019년까지 사이에 건설 관련 기능 종사자의 근로일수는 20.4일 내지 22.8일 사이에서 소폭 등락을 반복하였고, 위 기간 동안 남성 건설 관련 기능 종사자의 평균 근로일수는 21.8일[(21.6일 +22.8일 + 22.1일 + 22.5일 + 21.4일 + 20.5일) 6년, 소수 첫째자리 미만 버림]이다.

④ 피고는 고용보험 일용근로내역서를 통해 확인된 C의 2009년부터 2014년 4월까지 실제 월 평균 근로일수가 12일가량에 불과하다며 을 제12호증을 제출하

www.kci.go.kr

였다. 위 증거에 의하면 C가 앞서 본 통계수치보다 적은 일수만을 근무한 때도 있으나, 일용근로자의 고용보험 자격취득 또는 상실은 고용보험법 제15조 제1항, 같은 법 시행령 제7조 제1항, 같은 법 시행규칙 제5조 제2항, '고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률' 제16조의 10 제3항, 제4항, 같은 법 시행령 제19조의 5 제4항, 제6항, 같은 법 시행규칙 제16조의 6에 의하여 사업주가 일용근로자의 근로내용확인신고서를 원고(근로복지 공단)에게 제출하도록 하고 있는 점, C 공사 기간 및 규모, 일용근로자의 작업 내용 및 투입 일수 등에 따라 사업주가 일용근로자에 대한 근로내용 확인신고를 철저히 하지 않을 수 있는 점, 실제로 C의 위 고용보험 일용근로내역서상 근로내용 확인신고가 이루어진 사업은 대부분 도로 공사, 송전선로 공사, 저수지 공사, 댐 공사, 양수발전소 공사와 같이 국가나 지방자치단체 등이 발주한 대규모 공사인 것으로 미루어 볼 때 C의 모든 근로내용이 신고된 것으로 보기 어려운 점,@ 근로내역 확인신고가 전혀 이루어지지 않은 월도 상당 기간 존재하는 점 등에 비추어볼 때, 을 제12호증의 기재로 C의 근로일수가 위 통계 근로일수보다 적다고 보기 어렵다.

대구고등법원 제3민사부 2019나24828구상금 판결은 원고가 통계수치보다 적은 12일만을 근무한 것으로 확인되더라도 공사 기간 및 규모, 일용근로자의 작업 내용 및 투입 일수 등에 따라 사업주가 일용근로자에 대한 근로내용 확인신고를 철저히 하지 않을 수 있는 점, 모든 근로내용이 신고된 것으로 보기 어려운 점 등의 이유로 통계일수보다 적게 근무하였다고 볼 수 없다고 하였다.

한편, 산업재해의 경우 건설회사 소속의 상용직 근로자 보다 계약기간이 1일단위로 고용되는 일용직 근로자일 경우가 더 많다. 일용근로자의 경우 가동상태가 일반근로자에 비해 일정하지 못하고 임금도 그날의 근로계약에 따라 변경되는 경우가 많다. 근로기준법 시행령 제 3조[91]에 따르면 “일용직 근로자의 평균임금

91) 산업재해보상보험법 시행령 제24조(근로 형태가 특이한 근로자의 평균임금 산정 방법)
① 법 제36조제5항에서 "대통령령으로 정하는 산정 방법에 따라 산정한 금액"이란 다음 각 호의 구분에 따라 산정한 금액을 말한다.
1. 제23조제1호에 해당하는 경우: 해당 일용근로자의 일당에 일용근로자의 1개월간 실제 근로일수 등을 고려하여 고용노동부장관이 고시하는 근로계수(이하 "통상근로계수"라 한다)를 곱하여 산정한 금액
산업재해보상보험법 시행령 제23조(근로가 형태가 특이한 근로자의 범위) 법 제36조제5항에서 "근로형태가 특이하여 평균임금을 적용하는 것이 적당하지 아니하다고 인정되는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.
1. 1일 단위로 고용되거나 근로 일에 따라 일당(미리 정하여진 1일 동안의 근로시간에 대하여 근로하는 대가로 지급되는 임금을 말한다. 이하 같다) 형식의 임금을 지급받는 근로자(이하 "일용근로자"라 한다)에게 평균임금을 적용하는 경우.

www.kci.go.kr

은 고용노동부장관이 사업이나 직업에 따라 정하는 금액으로 한다."고 규정하고 있어 산업재해로 인한 재해보상시 산업재해보상보험법에서 일용근로자 평균임금을 규정하고 있다. 산재보험의 일용근로자는 근로형태[92]가 특이하여 평균임금을 기준으로 보험급여를 지급하는 경우, 실제 근로소득자 보다 소득이 더 많아지는 특이성이 있어 부당이득이 발생하게 된다. 이러한 불합리성을 방지하기 위해 산업재해보험은 일용근로자 평균임금 산정 특례를 두어 일용근로자의 일당에 통상근로계수 73%[93]를 적용하여 평균임금을 산정하도록 하고 있다.

(4) 서울중앙지방법원 2021. 2. 14. 선고 2019나50009 판결

하급심 판결에서는 산업재해 사건에서 실제 일한 일 수, 현실 소득액을 기준으로 17일 등으로 인정하는 일부 사례가 있었으나, 최근 서울중앙지방법원 2019나50009 손해배상(의)사건에서 당시 특별한 직업이 없는 여성의 월 가동일수를 새로운 경험칙인 18일로 인정했다.

서울지방법원 제4민사부는 근로기준법의 개정으로 주5일제의 시행, 법정근로시간이 1주에 40시간으로 단축된 점, 관공서의 공휴일에 관한 규정 개정으로 인해 기존의 공휴일 외 대체 공휴일이 신설되었고 임시공휴일의 지정도 가능하게 된 점 등을 기재하고, 오늘날 우리의 경제가 선진화되고 레저산업이 발달되어 근로자들도 종전처럼 일과 수입에만 메어있지 않고 생활의 여유를 즐기려는 추세이며 이른바 일과 삶의 균형(Work-life balance)이 강조하였다. 따라서 사회 환경 및 생활 여건의 변화, 즉 평균수명의 연장 및 고령 경제활동 인구 증가에 따라 가동연한이 만 60세에서 65세로 늘어나고 시중 일일노임도 증가하는 반면 오히려 일과 삶의 균형 추세에 따라 월 가동 일수는 지속적으로 줄어가고 있다 하였다.

기존의 월 가동 일수 22일을 인정할 경우 도시 일용근로자의 월 추정소득이 월 3,042,380원이나, 고용노동부의 사업체 노동력조사에 의하면 육체노동에 종사하는 도시 일용근로자의 유형에 가장 가까운 임시일용근로자의 해당 월 실제 월평균 임금은 1,530,000원에 불과하여 어린아이나 식물인간과 같이 장기간 개호가

92) 일용근로자는 상용근로자에 비해 일당이 높은 반면, 연평균 통상근로일수가 적고 고용형태, 근로일수가 일정하지 않다. 이러한 특이성으로 일용근로자 일당을 평균임금으로 인정하여 보험급여를 산정하면 상용근로자의 수입액보다 소득이 더 많아지게 된다.

93) 고용노동부 고시 통상근로계수 1. 통상근로계수 통상근로계수는 73/100으로 한다.

www.kci.go.kr

필요한 상해를 입은 경우 추정소득으로 일실수입을 산정하게 되면 앞서 본 실제 소득과 추정일실수입과의 괴리로 인하여 과다배상의 문제는 더욱 크게 발생할 수 있다 하였다. 따라서 가동 일수에 관한 새로운 경험칙이 인정되어야 하며, 그 방법은 고용노동부 통계자료 중 직종별 분류에서 단순노무 종사자 비정규근로자의 것과 산업별 분류에서 건설업 근로자의 것을 종합한 후 이를 평균하여 도시 일용근로자의 월 가동일수를 산정하는 방법을 제시하였다.[94]

1) 과다배상의 문제(실제소득과 추정 일실소득과의 괴리)

1) 일실수입의 산정은 공평성과 합리성이 보장되는 한 통계소득을 포함한 추정소득으로 할 수도 있다. 이는 불확실한 미래 사실의 예측이므로 완전하고 정확하게 산정할 수는 없겠지만 모든 증거자료를 종합하고 경험칙을 활용하여 가능한 한 합리적이고 개연성이 있는 액수를 산출[95]하도록 노력하여야 한다.

2) 그런데 아래에서 보는 바와 같이 도시 일용근로자의 가동일수를 월 22일로 보고 이를 기초로 시중 일일노임을 곱하여 추정소득을 계산하면 도시 일용근로자의 실제 소득보다 과다배상 될 여지가 크다.

① 2019. 9.의 도시일용근로자의 월 추정소득을 월 가동일수 22일을 기초로 대한건설협회 건설업 임금실태조사보고서상 해당 월 보통인부의 일일노임을 곱하여 계산하면 월 3,042,380원이 된다.

② 반면에 2019.9의 도시 일용근로자의 실제 월 소득을 정확하게 알 수는 없지만 고용노동부의 사업체 노동력조사에 의하면 육체노동에 종사하는 도시 일용근로자의 유형에 가장 가까운 임시일용근로자의 해당 월 실제 월평균 임금은 1,530,000원에 불과하다.

③ 이처럼 2019.9의 가동일수 월 22일을 기초로 한 월 추정소득은 실제 월 소득에 비해 현저히 크고 이러한 현상은 다른 월에도 동일하게 나타난다.

3) 특히, 어린 아이나 식물인간과 같이 장기간 개호가 필요한 상해를 입은 경우 추정소득으로 일실수입을 산정하게 되면 앞서 본 실제 소득과 추정 일실수입과의 괴리로 인하여 과다배상의 문제는 더욱 크게 발생할 수 있다. 시중 일일노임은 대한 건설협회의 건설업 임금실태조사보고서에 의하여 결정되므로 실제 소득과 추정 일실수입과의 괴리를 줄이고 합리적으로 개연성 있는 손해배상액수를 산출하기 위하여는 현재 판례상 인정되는 월 가동일수 22일을 실제 월 가동일수 현황을 반영하여 이를 제한할 현실적인 필요성이 있다.

94) 일반 육체노동 또는 육체노동을 주된 내용으로 하는 도시 일용근로자의 가동일수는 단순노무 종사자 비정규 근로자와 건설업근로자의 2009년부터 2019년까지의 평균인 월 18일(=단순노무종사자 비정규근로자의 월평균 가동일수 17.7일+건설업근로자의 월평균 가동일수 18.4일)/2, 소수점 둘째자리 이하는 버림)로 추정함.

95) 대법원 2019. 9. 26. 선고 2017다280951 판결.

www.kci.go.kr

2) 가동일수에 관한 새로운 경험칙에 의한 추정

2) 도시 일용근로자의 가동일수를 몇일로 볼 것인지에 관하여 살펴본다.

이법원의 고용노동부에 대한 사실조회결과 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ①대한건설협회의 「건설업 임금실태조사보고서」상 보통인부는 건설 분야에서 "기능을 요하지 않는 경작업인 일반잡역에 종사하면서 단순육체노동을 하는 사람"이고 도시 일용근로자는 일반적으로 "1일 단위의 계약으로 고용되고 1일 종료로써 근로계약도 종료하는 형식의 근로자로 해석되는 점, ②위 고용노동부의 통계자료 중 직종별 분류에서 단순노무 종사자 비정규근로자는 건설업뿐만 아니라 모든 직종의 단순노무 비정규근로자를 포함하는 점, ③위 고용노동부의 통계자료 중 산업별 분류에서 건설업근로자는 단순육체노동을 하는 사람뿐만 아니라 특수한 기능이 있는 일용근로자와 정규근로자를 포함하는 점을 종합해 보면 위 통계자료 중 어느 하나만을 그대로 채택할 수는 없고 위 고용노동부의 통계자료 중 직종별 분류에서 단순노무 종사자 비정규근로자의 것과 산업별 분류에서 건설업근로자의 것을 종합한 후 이를 평균하여 도시 일용근로자의 월 가동일수를 산정하기로 한다.

따라서 일반 육체노동 또는 육체노동을 주된 내용으로 하는 도시 일용근로자의 가동일수는 단순노무 종사자 비정규근로자와 건설업근로자의 2009년부터 2019년까지의 평균인 월 18일[=(단순노무 종사자 비정규근로자의 월평균 가동일수 17.7일+건설업근로자의 월평균 가동일수 18.4일)/2, 소수점둘째자리 이하는 버림]로 추정하는 것이 경험칙에 부합하다고 판단된다.

5. 가동일수 변경의 영향

타인의 불법행위 또는 과실로 인한 인신손해가 발생할 경우 우리 법제는 대부분 개별 특별법(에 자동차손해배상보장법)을 제정하여 다루고 있다. 그러나 가해자에게 직접 손해배상을 청구하는 것은 쉽지 않고, 사건의 유형에 따라 보험을 통해 해결하는 경우가 대부분이다. 보험에서 손해범위의 산정은 해당 보험의 약관에 따라 산정되는데, 이러한 약관도 경험칙이 변화하면 변화하는 것이 당연하다. 경험칙 자체는 사실에 관한 문제이며, 법률보다 더 확고한 자연법칙이기에, 대법원의 규범 판단 대상이 되는 것이다. 따라서 대법원이 도시일용노동의 월 가동 일수 경험칙을 현재의 기준보다 적게 인정한다면 보험약관 기준 또한 그에 상응하도록 개정하는 것이 마땅하다. 실제로 앞서 언급한 가동연한이 60세에서 65세로 인정한 대법원 판결로 각 자동차 보험 표준약관 <별표1>대인배상, 무보험자동차에 의한 상해 지급기준은 개정되었다.

www.kci.go.kr

자동차보험 표준약관[96]의 일용근로자 임금은 통계법 제 15조에 의한 통계작성 지정기관(대한건설협회, 중소기업중앙회)이 통계법 제17조에 따라 조사 ·공표한 노임 중 공사부문은 보통인부, 제조부문은 단순노무종사원의 임금을 적용하여 공사부문 보통인부 임금과 제조부문 단순노무 종사원임금의 평균을 일용근로임금으로 정하고 월 25일 기준으로 산정한다. 공사부문 보통인부는 대한건설협회의 공사부문 보통인부 임금으로, 법원이 인정하는 일실수입의 기준인 도시일용노임과 동일하다. 따라서 법원이 경험칙상 월 가동일수를 기존보다 하향 인정하게 된다면, 보험약관 또한 개정될 수 있음은 자명하다. 제조부문 가동일수도 근로기준법 개정, 공휴일의 증가, 사회 환경 및 생활여건의 변화, 각종 통계자료 등을 종합적으로 고려할 때 공사부문과 동일한 원리로 월 가동일수가 감소될 것이라 예상할 수 있다. 따라서 경험칙적 월 가동 일수를 고려하지 않고 현재의 보험약관을 기준으로 보험금을 산정하게 된다면, 과잉배상의 문제로 이어질 수 있는 것이다.

단기적으로 보면 일용임금자의 일실수입을 소송을 통해 청구할 경우 소 이익은 이전과 비교할 때 상당히 적어 질 것이다. 실제로 가동 일수가 약 18일으로 인정될 경우 소 이익이 없고 오히려 손해가 될 가능성이 크다. 예를 들어 무직자가 2021년 상반기 기준으로 장해율 10%, 한시 10년의 장해가 발생하였을 경우, 보험약관 기준의 상실수익액은 26,133,834원[97]이고 현재의 가동일수 22일 판결기준으로 산정하면 30,154,927원[98], 가동일수 18일 판결기준으로 24,672,213원[99]이 산출된다. 즉 판결 기준이 약관기준에 미치지 못하는 것이다. 피해자의 상실수익액, 가정간호비 등이 합의금의 대부분을 차지할 경우 그 차이는 더 커질 것이다. 따라서 그러한 경우 피해자는 손해배상청구소송을 제기하기 보다는 보험금을 청구하여 합의하는 경우가 유리하다. 그러나 이러한 현상도 대법원의 판결에 따라 약관이 개정되면 자연히 해소될 일시적 현상이기에 당사자는 손해사정의 실익을 따져 청구방법을 택해야 할 것이다.

일부는 피해자의 손해배상액이 기존보다 과소하게 되는 부분에 대하여 피해자

96) 손해보험협회, 「자동차보험 종합포털 자동차보험 표준약관 , <별표1.> 대인배상, 무보험자동차에 의한 상해 지급기준, 3면, http://carinfo.knia.or.kr/lmxsrv/law/lawDetail.do?SEQ=3&LAWGROUP=1 [2021.6.12.]

97) 2,771,900×10%×94.2813(라이프니츠계수)=26,133,834원.

98) 141,096×22일×10%×97.1451(호프만계수)=30,154,927원.

99) 141,096×18일×10%×97.1451(호프만계수)=24,672,213원.

www.kci.go.kr

의 이익을 해치는 결과에 대하여 우려할 수 있을 것이다. 그러나 손해사정은 투명하고 공정한 손해사정을 통해 적정한 보험금을 피해자에게 지급하는 것 뿐 아니라, 적정한 보험금을 지급하여 손해요율을 평가하고 보험계약자에게는 적정보험료를 측정하여 계약하는 것 또한 손해사정인 것이다. 따라서 경험칙의 변화로 보험금 산정 기준도 변화하고, 이에 따라 지급 보험금이 증감될 수도, 감소할 수 있다는 점을 충분히 인식해야 할 것이다. 실무적으로 최근 일용근로자 임금이 실제 소득보다 큰 경우가 많아 피해자의 실소득입증과정을 생략해왔으나, 앞으로 월 가동 일수가 조정된다면 일용근로자 임금 보다 높은 수준의 임금을 인정받기 위한 피해자의 입증책임이 강화될 것으로 보인다.

일용근로자 임금은 대인배상 부분의 상실수익액, 휴업손해, 가정간호비 등이 직접적으로 관련된다. 도시일용노동의 월 가동 일수가 증가하면 다양한 손해보험 상품 중 자동차보험과 기타 배상책임보험[100]의 상실수익액이 감소할 것이고 이는 보험료가 즉각적으로 인하되는 요인이 될 것이라 생각할 수 있다. 상실수익액, 휴업손해, 가정간호비는 대인배상의 대부분을 차지하는 항목이기에 수지상등의 원칙에 따라서 지급되는 보험금이 감소하게 되면 당연히 거수하는 보험료가 줄어들어 인하요인이 발생될 것이라 추정하는 것이다. 그러나 손해보험업은 타 보험보다 일상생활과 밀접하여 사고 발생 빈도가 매우 높고, 정비수가, 근로자임금 등 매우 다양한 원가 요소가 있기 때문에 월 가동 일수의 변화로 등락 폭 결정을 예단하는 것은 옳지 않다.[101] 다만 자동차 보험료 인상·인하 요인을 소비자에게 직접 전가하는 것은 불합리 하므로 인상요인[102] 뿐 아니라 월 가동일수의

100) 배상책임보험은 개인의 일상생활이나 기업의 경영활동 중 우연한 사고로 타인의 신체 또는 재물에 손해를 입혀 발생한 법률상 손해배상책임을 보장하는 다수의 배상책임보험이다. 이 보험은 약관상 별도의 손해액 산정기준이 정해져 있지 않으나 대부분 자동차보험과 유사한 기준으로 보험금을 산정하고 있어 자동차보험기준으로 논하였다. 화재배상책임, 생산물배상책임, 영업배상책임, 시설소유관리자배상책임 등의 종류가 있다.

101) 2019. 4. 24. 배포된 “자동차보험료 인상 여부, 규모 및 시기는 아직 결정된 바 없습니다.” 금융위원회 보도 자료에 의하면 금융위원회는 한국경제가 4. 23.일자 “자동차보험료 내달 또 오른다.” 제하 기사에 대하여 자동차보험은 원칙적으로 시장원리에 따라 자율적으로 결정되어야 할 사항이나 자동차 보험료 인상요인을 소비자에게 모두 전가하는 것은 불합리하므로 사업비 절감 등 자구노력을 선행하여 보험료 인상을 최소할 필요가 있을 뿐 아니라 인하요인에 대하여도 실제 보험료 인상여부와 수준을 지켜볼 필요가 있다 하였다. 실제로 자동차 보험료는 높은 손해율로 매년 5% 내외로 상승하고 있는데 2020년에는 3.8%가 상승된 바, 상승요인이 보험료인상에 직접 영향을 끼친다고 볼 수 없다.

102) 자동차보험의 인상요인은 근로자의 노동가동연한을 60세에서 65세로 늘려 인정한 점, 사고 차량

www.kci.go.kr

변경과 같은 인하요인을 종합적으로 검토하여 실제 보험료 수준을 결정해야 할 것이다.

Ⅴ. 맺음말

이상에서 일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람의 경험칙상 월 가동일수 기준 변화 가능성을 논의해 보았다.

기존의 연구들은 일반육체노동자의 가동연한을 종전 60세에서 65세로 상향조정하여야 한다는 연구에 국한되었으나, 대법원 2019. 2.21. 선고 2018다 248909 전원합의체 판결을 통해 가동연한 60세를 인정한 종전의 견해는 유지될 수 없고 새로운 경험칙에 따라 만 65세로 인정하여야 한다고 선언하여 이러한 논의는 종결되었다. 앞선 전원합의체 2018. 11. 29. 공개변론 당시 대법관 이동원의 발언에 의하면 65세의 새로운 가동연한 기준이 인정될 경우 과다한 배상이 이루어질 수 있다는 지적과 함께 경험칙적 월 가동일수가 실제로 줄어들어 월 가동일수를 조정해야 한다는 주장은 이미 제기되어 왔다.

이러한 주장이 타당한지를 확인하고자 우리나라의 사회·경제적 구조와 근로조건, 근로 문화, 우리나라 산업구조의 변화 등이 종전 대법원 판결 당시와 어떻게 변화하였는지 통계적, 법제도의 정비·개선, 판례 등을 분석하였다.

우선 근로기준법의 개정·시행으로 주5일제의 시행, 관공서 공휴일 규정이 개정되면서 실질적으로 공휴일이 증가하고 실제 근로일수가 줄어들었고, 각종 통계에서 도시일용노동 근로자의 근로일수는 월 22일을 상회하지 않고 오히려 더 낮았다. 이러한 변화에 따라 하급심도 17일 내지 20일로 월 가동일수를 인정하는 판례가 확인되었고 최근 서울중앙지방법원 2019나50009 손해배상(의) 사건은 특별한 직업이 없는 무직자 여성의 월 가동일수를 18일로 판결하였다. 물론 대다수의 하급심 판결은 종전의 22일로 인정되고 있고, 아직은 월 가동일수에 대하여 피고 측이 첨예하게 다투는 경우가 실무적으로 적어 이 연구를 많은 판례를 통해 입

의 중고가격 하락 분 보상 기간을 확대한 점, 고가 차량의 수리비용이 증가한 점 등이고 인하요인은 월 가동 일수 변화, 경미한 손상 시 부품 교체 비용 대신 복원 수리비 지급대상을 확대한 점, 렌트 기준 조정 등이 있다.

www.kci.go.kr

증하기에는 한계가 있다.

그러나 본 연구를 통해 우리나라의 사회적·경제적 구조와 사회 환경이 변화되었고 법제도가 정비·개선됨에 따라 종전 월 가동 일수를 인정하였을 당시 경험칙의 기초가 되었던 제반 사정들이 현저히 변화하였음을 확인할 수 있었다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 대법원은 기존의 경험칙상 도시일용노동의 월 가동일수 22일보다 적은 새로운 경험칙을 인정하는 판례를 통해 이러한 논란을 종식시켜야 할 것이다.

www.kci.go.kr

참고문헌

[단행본]

정부간행물 편집부, 「고용형태별근로실태조사보고서」, 고용노동부, 2019.

서울중앙지방법원, 「손해배상소송실무(교통·산재)」, 사법발전재단, 2007.

외국사법제도연구반, 외국사법연구 1. 각국의 인신사고 손해배상사건에서의 손해배상액 산정」, 법원행정처, 2007.

노동부, 옥외근로자직종별임금조사보고서」, 1984-1990.

곽윤직, 채권총론(민법강의Ⅲ)」 제6판, 박영사, 2001.

건설근로자공제회, 「2018년 건설근로자 종합생활 실태조사 보고서」, 2018.

[학술논문]

이양희, "경험칙상 도시일용노동의 가동연한", 「사법」 통권 제49호, 사법발전재단, 2019. 9.

이현종, "불법행위 손해배상청구소송의 소송물에 관한 검토", 「민사소송」 제23권 제2호, 한국민사소송법학회, 2019. 6.

임윤수 · 최현숙, "손해배상범위에 관한 입법적 분석", 법률실무연구」 제2권 제1호, 한국법이론실무연구, 2014. 4.

양삼승, "손해배상범위에 관한 기초적 연구", 서울대학교, 박사학위 논문, 1988.

이재하, "손해배상의 범위에 관한 연구", 청주대학교, 박사학위 논문, 2019.

권오걸, "자유심증에서의 경험칙과 한계", 「법학연구」 제48권, 한국법학회, 2012. 11.

이용우, "판례를 통해서 본 경험칙", 「재판자료」 제25집(상), 법원행정처, 1985.

Tao Ting, "The rule of thumb in the civil procedure", 「중국법연구」 제41집, 중국법학회, 2020. 2.

www.kci.go.kr

〈Abstract〉

A Study on the Calculation of Damages due to Human Accident

- Focusing on the number of working days of daily rate urban workers under the empirical rule -

Song, Min Jin*

Lost Earnings accounts for most of the scope of damages in personal accidents caused by illegal activities. Lost earnings refers to the earnings that the victim is expected to obtain in the future if there were no accidents. The problem is that no one can accurately predict the value of the victim's labor capacity property with economic value, even if it is calculated on scientific grounds, such as specific circumstances, evidence and statistics from individual cases. That is, Article 202 of the Civil Procedure Act, Judges cannot be free from empirical Rule in acknowledging facts in determining lost earnings. If the victim does not specifically prove and claim earnings, daily rate urban workers wages are recognized. This study investigated whether daily rate urban workers wages are at an appropriate level in the light of reality. And through this, we tried to present the standard of daily rate urban workers wages that can share the damages between the victim and the perpetrator fairly and reasonably.

The Supreme Court has maintained the view that the number of operating days per month is recognized as 22 days for ordinary physical labor for about 20 years, as a empirical Rule for those who engage in ordinary physical labor or earnings a living mainly through performing physical labor as their livelihood activities.

However, as the socio-economic structure changed and developed and the legal system was revised after the previous position, workers themselves became more willing to enjoy living space without being

* Manager, Korea Taxi Mutual Aid Association, The Ph. D. student in Dept. of International Law Affairs, Dong-A University.

www.kci.go.kr

tied to work and earnings as before. In addition, various statistics showed that the number of working days decreased.

This suggests the possibility that the current number of working days will change even if the same logic as the empirical rule of the past working days is applied. Therefore, unless there is a particular reason, the Supreme Court should end the controversy by acknowledging the new empirical rule of experience that daily rate urban workers have less than 22 working days.

Key Words : lost earnings, personal accidents, nagative damage, torts, empirical rule.

www.kci.go.kr