



제429회 국회(정기회)
제14차 법제사법위원회

민법 일부개정법률안

검 토 보 고

〈장래의 손해 산정시 병역기간 등 고려〉

■ 강선영의원 대표발의(의안번호 제9399호)

2025. 11.

법 제 사 법 위 원 회

전문위원 이 은 정

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	1
III . 검토의견	2
1. 개정안의 주요내용	2
2. 검토의견	3
가. 장래의 손해 산정시 주관적·객관적 요소 고려 필요성	3
나. 장래의 손해 산정시 병역의무기간을 포함할 필요성	5
다. 법률 체계상 검토사항	8
3. 관계기관 의견	9

I. 제안경위

1. 제 안 자 : 강선영의원 등 10명
2. 제 안 일 : 2025. 3. 27.
3. 회 부 일 : 2025. 3. 28.

II. 제안이유 및 주요내용

현행법은 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해를 배상하도록 규정하고 있음.

그런데 현행법에는 ‘손해’에 대한 명확한 정의가 없고, 판례 및 학설에 의해 적극적 손해, 소극적 손해, 위자료 등으로 나누어 산정하고 있음. 실무에서는 피해자에게 장래 병역의무 가능성이 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 병역의무기간을 소극적 손해 산정의 기초가 되는 가동기간에서 제외하여 왔음. 그러나 이러한 해석은 병역의무가 없는 사람과 비교하여 불합리한 차별이라는 지적이 있음.

이에 손해를 산정함에 있어 피해자의 주관적 요소 및 사회·경제적 여건 등의 객관적 요소를 고려하도록 규정함과 동시에, 주관적 요소를 고려함에 있어서 피해자의 병역의무 이행기간도 포함하도록 명시함(안 제751조제3항 신설).

Ⅲ. 검토의견

1. 개정안의 주요내용

개정안은 불법행위로 인한 재산 이외의 손해에 대한 배상시, 장래의 손해를 산정할 때 피해자의 연령, 직업(장래의 병역의무 이행기간 포함), 경력, 건강상태 등의 주관적 요소 뿐 아니라 국민의 평균여명, 경제수준 및 고용조건 등 객관적인 사회·경제적 여건을 고려하도록 하려는 것임.

현 행	개 정 안
第751條(財産以外の 損害의 賠償) ① · ② (생 략) <u><신 설></u>	第751條(財産以外の 損害의 賠償) ① · ② (현행과 같음) ¹⁾ <u>③ 제1항에 따라 장래의 손해를 산정함에 있어서는 피해자의 연령, 직업(장래의 병역의무 이행기간을 포함한다), 경력, 건강상태 등의 주관적 요소 뿐 아니라 국민의 평균여명, 경제수준 및 고용조건 등 객관적인 사회·경제적 여건을 고려하여야 한다.</u> 부칙 제1조(시행일) 이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다. 제2조(장래의 손해 산정에 관한 적용례) 제751조의 개정규정은 이 법 시행 이후 손해배상이 청구되는 경우부터 적용한다.

1) 「민법」 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

제751조(재산 이외의 손해의 배상) ①타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.

②법원은 전항의 손해배상을 정기금채무로 지급할 것을 명할 수 있고 그 이행을 확보하기 위하여 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다.

2. 검토의견

가. 장래의 손해 산정시 주관적·객관적 요소 고려 필요성

불법행위로 인한 손해 배상시 (장래의) 손해를 산정하는 기준은 민법에 특별히 규정된 바가 없음. 제763조에 따라 불법행위로 인한 손해배상에 준용되는 제393조와 제394조에서 손해배상의 한도를 통상의 손해로 하고, 특별한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상하며, 손해배상은 금전으로 하도록 하는 원칙적 규정이 있을 뿐임.²⁾

따라서 실제 손해 산정의 기준은 판례에 의해 정해지고 있는데, 불법행위로 인한 손해는 적극적 손해(기존이익의 멸실·감소로 인한 손해), 소극적 손해(장래이익의 감소로 인한 손해)와 정신적 고통에 의한 정신적 손해(위자료)로 대별됨.³⁾ 이 중 소극적 손해가 개정안에서 말하는 장래의 손해에 해당함.

장래의 손해에 대하여 대법원 판례는 “사실심 법원이 일실수입⁴⁾ 산

2) 「민법」 제763조(준용규정) 제393조, 제394조, 제396조, 제399조의 규정은 불법행위로 인한 손해배상에 준용한다.

제393조(손해배상의 범위) ①채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다.

②특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다.

제394조(손해배상의 방법) 다른 의사표시가 없으면 손해는 금전으로 배상한다.

3) 불법행위로 말미암아 신체의 상해를 입었기 때문에 가해자에게 대하여 손해배상을 청구할 경우에 있어서는 그 소송물인 손해는 통상의 치료비 따위와 같은 적극적 재산상 손해와 일실수익 상실에 따르는 소극적 재산상 손해 및 정신적 고통에 따르는 정신상 손해(위자료)의 3가지로 나누어진다고 볼 수 있다. 그리고 위에서 본 일실수익 상실로 인한 소극적 재산상 손해로서는 예를 들면 일실노임 일실상여금 또는 후급적노임의 성질을 띤 일실퇴직금 따위가 모두 여기에 포함된다. [대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313]

정의 기초가 되는 가동연한⁵⁾을 인정할 때에는, 국민의 평균여명, 경제 수준, 고용조건 등의 사회적·경제적 여건 외에 연령별 근로자 인구수, 취업률 또는 근로참가율 및 직종별 근로조건과 정년 제한 등 제반 사정을 조사하여 이로부터 경험칙상 추정되는 가동연한을 도출하거나 피해자의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 구체적인 사정을 고려하여, 그 가동연한을 인정할 수 있다”⁶⁾고 판시하고 있어, 개정안에서 열거하는 항목들이 장래의 손해(일실수입) 산정시 고려사항으로 이미 판례를 통해 인정되고 있음.

‘피해자의 연령, 직업, 경력, 건강상태, 국민의 평균여명, 경제수준 및 고용조건’ 등은 피해자에게 향후 수입이 발생할 기간과 수입의 수준 및 증가율에 영향을 미칠 수 있기 때문에 일실수입 산정시 고려사항으로 인정하고 있는 것으로 보이며, 이것이 개정안에도 반영된 것임.

참고로, 민법의 특별법인 「국가배상법」에서는 공무원의 불법행위로 인하여 손해가 발생한 개인에 대한 손해배상의 기준을 정하고 있는데, 이 법에서는 장래의 손해에 대한 배상액을 ‘피해 당시의 월급여액이나 월실수입액 또는 평균임금에 장래의 취업가능기간을 곱한 금액’으로 규정하고 있고,⁷⁾ 동법 시행령에서는 취업가능기간을 산정할 때 ‘피해자의

4) 일실수입 또는 일실수익: 사고가 발생하지 않았다면 피해자가 장래에 얻을 수 있었을 것으로 예측되는 이익 또는 소득

5) 가동기간 또는 가동연한: 사고가 발생하지 않았다면 피해자가 수입을 올릴 수 있었던 기간, 「국가배상법」에서는 ‘취업가능기간’으로 표현함.

6) 대법원 2019. 4. 3. 선고 2018다291958

7) 「국가배상법」 제3조(배상기준) ① 제2조제1항을 적용할 때 타인을 사망하게 한 경우(타인의 신체에 해를 입혀 그로 인하여 사망하게 한 경우를 포함한다) 피해자의 상속인(이하 “유족”이

연령, 직업, 경력, 건강상태 등 피해자의 주관적 요소와 국민의 평균여명, 경제수준, 고용조건 등 사회적·경제적 여건’을 고려하도록 규정하는 한편, 피해자가 군 복무 가능성이 있는 경우 군 복무 기간을 취업가능기간에 모두 산입하도록 규정함.⁸⁾

이를 살펴볼 때 장래의 손해를 산정함에 있어 피해자의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등의 주관적 요소 뿐 아니라 국민의 평균여명, 경제수준 및 고용조건 등 객관적인 사회·경제적 여건을 고려하는 것은 합리적이라 볼 수 있음.

나. 장래의 손해 산정시 병역의무기간을 포함할 필요성

개정안에서는 장래의 손해 산정시 피해자의 직업을 고려하되, 특별히

라 한다)에게 다음 각 호의 기준에 따라 배상한다.

1. 사망 당시(신체에 해를 입고 그로 인하여 사망한 경우에는 신체에 해를 입은 당시를 말한다)의 월급여액이나 월실수입액(月實收入額) 또는 평균임금에 장래의 취업가능기간을 곱한 금액의 유족배상(遺族賠償)

2. 대통령령으로 정하는 장례비

② 제2조제1항을 적용할 때 타인의 신체에 해를 입힌 경우에는 피해자에게 다음 각 호의 기준에 따라 배상한다.

1. 필요한 요양을 하거나 이를 대신할 요양비

2. 제1호의 요양으로 인하여 월급여액이나 월실수입액 또는 평균임금의 수입에 손실이 있는 경우에는 요양기간 중 그 손실액의 휴업배상(休業賠償)

3. 피해자가 완치 후 신체에 장애(障害)가 있는 경우에는 그 장애로 인한 노동력 상실 정도에 따라 피해를 입은 당시의 월급여액이나 월실수입액 또는 평균임금에 장래의 취업가능기간을 곱한 금액의 장애배상(障害賠償)

8) 「국가배상법 시행령」 제2조(취업가능기간과 신체장애의 등급 및 노동력상실률등) ① 법 제3조제6항에 따른 취업가능기간은 다음 각 호의 사항을 종합적으로 고려한 기간으로 하되, 피해자가 군 복무 가능성이 있는 경우에도 군 복무 기간을 취업가능기간에 전부 산입하고, 신체장애의 등급과 노동력상실률은 별표 2와 같다.

1. 피해자의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 피해자의 주관적 요소

2. 국민의 평균여명, 경제수준, 고용조건 등 사회적·경제적 여건

장래의 병역의무 이행기간을 직업에 포함하도록 규정하고 있음. 이에 한하여 판례의 입장을 살펴보면 다음과 같음.

기존 대법원 판례는 피해자가 병역의무의 대상인 남성인 경우, 그 복무기간을 장래의 손해인 일실수입 산정시 가동기간에서 제외해야 한다고 판단해왔음.⁹⁾ 이러한 판례의 태도를 반영하여, 과거 국가배상시에는 국가배상 피해자가 남자인 경우 복무기간을 취업가능기간에서 제외하는 방식으로 운영해왔음.¹⁰⁾ 이는 일실수입이 장래에 예상되는 수입이므로, 경제활동을 할 수 없는 병역 복무기간이 가동기간에서 제외되어야 한다는 취지였음.

그러나, 이러한 배상액 산정 방식은 병역의무자에게 군복무로 인한 불이익을 야기하고, 병역의무 없는 사람과 합리적 이유 없이 차별하는 결과가 되어 헌법(제11조제1항과 제39조제2항) 위반 소지가 있다는 지적이 있었음.¹¹⁾

9) 불법행위로 인한 피해자가 아직 병역의무를 마치지 아니한 대한민국 남자인 경우 그 일실수입 상당 손해를 산정함에 있어서 현역복무가 면제된다는 등의 특별한 사정이 없는 한 병역복무기간이 가동기간에서 제외되어야 하고, 이는 통상의 경우 장교 등 간부나 지원병이 아닌 징집에 의한 병을 기준으로 정하여야 할 것인바, (하략)

[대법원 2000. 4. 11. 선고 98다33161]

10) 구 **국가배상법 시행령**(2023. 10. 31, 대통령령 제33834호로 개정되기 전) 제2조(취업가능기간과 신체장해의 등급 및 노동력상실률등) ①법 제3조제6항의 규정에 의한 취업가능 기간은 피해자의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 주관적 요소와 국민의 평균여명, 경제수준, 고용조건 등 사회적·경제적 여건 등을 고려하되, 피해자가 남자인 경우에는 사고 당시 병역법상 군복무기간, 피해자의 군복무 가능성, 복무기간 조정 가능성 등을 종합적으로 참작한 기간으로 하고, 신체장해의 등급과 노동력상실률은 별표2와 같다.

11) 법무부 보도자료, <법무부, 국가배상법 및 시행령 개정 추진>, 2023. 5. 24.

「대한민국헌법」 제11조 ①모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

제39조 ②누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.

아울러 동일한 사건으로 사망 또는 상해 피해를 입은 경우에도 피해 남학생들이 피해 여학생들에 비하여 배상금이 적게 책정된다거나,¹²⁾ 병사 봉급 수준이 과거에 비해 상당히 인상됨에 따라 병역복무기간을 가동기간에서 제외하면 배상액이 실질적인 일실수입과 크게 달라질 수 있다¹³⁾는 등의 문제점도 지적됨.

이러한 맥락에서 국가배상법 시행령의 경우, 2023년 10월 31일 개정을 통해 피해자가 군 복무 가능성이 있는 경우에도 군 복무 기간을 취업가능기간에 전부 산입하도록 명시하였으며,¹⁴⁾

최근의 하급심 판결에서는 국가배상이 아닌 민법상 손해배상의 경우에도 ① 헌법상 평등원칙과 병역 불이익 금지 원칙, ② 국가배상법 시행령의 개정 취지, ③ 병사 봉급의 인상에 따른 일실수입 산정 합리화 등을 고려하여 병역복무기간을 가동기간에 산입하여야 한다고 판시하는 등의 변화가 이루어지고 있음.¹⁵⁾

12) 법무부 보도자료, <법무부, 국가배상법 및 시행령 개정 추진>, 2023. 5. 24.

13) 이와 같이 병사들의 봉급이 인상되고 있는 상황에서, 이미 군 복무를 마친 사람들은 인상된 봉급을 수령한 반면, 군 복무를 하기 전에 사고가 발생하여 군 복무를 하지 못하게 된 사람들은 향후 병역복무기간 동안의 일실수입을 아예 받지 못하게 된다면, 병역의무의 이행을 지는 사람들 사이에서도 군 복무 이전 또는 이후에 사고가 발생하였다는 우연한 사정에 따라 실제 수입과 기대 수입이 달라지는 부당한 결과가 발생하게 된다.

[서울고등법원 2024. 11. 21. 선고 2024나2020629]

14) 「국가배상법 시행령」 제2조(취업가능기간과 신체장해의 등급 및 노동력상실률등) ① 법 제3조제6항에 따른 취업가능기간은 다음 각 호의 사항을 종합적으로 고려한 기간으로 하되, 피해자가 군 복무 가능성이 있는 경우에도 군 복무 기간을 취업가능기간에 전부 산입하고, 신체장해의 등급과 노동력상실률은 별표 2와 같다.

1. 피해자의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 피해자의 주관적 요소

2. 국민의 평균여명, 경제수준, 고용조건 등 사회적·경제적 여건

15) 불법행위로 인한 피해자가 아직 병역의무를 마치지 아닌 대한민국의 남자라 하더라도 그 일실수입 상당의 손해를 산정함에 있어서는 특별한 사정이 없는 한 병역복무기간을 가동기간에 산입하는 것이 타당하다. [서울고등법원 2024. 11. 21. 선고 2024나2020629, 이 판결은 당사자가 상고하지 않아 확정됨.]

따라서 장래의 손해 산정시 병역의무 기간을 가동기간에 포함시킬 수 있도록 하는 개정안의 취지는 타당한 것으로 보임.

다. 법률 체계상 검토사항

앞서 살펴본 바와 같이 장래의 손해 산정시 개정안에서 신설하는 각종 주관적 요소와 객관적인 여건을 고려하는 것에는 특별한 문제가 없을 것으로 봄. 특히 손해배상을 받을 피해자가 미래에 군 복무 가능성이 있는 경우에는 이 기간 역시 가동기간에 포함하는 것이 합리적일 것임.

다만, 민법의 경우 구체적 사안에 대해 상세하게 규율하기보다는 일반적·포괄적 원칙을 제시하는 법문 형식을 가지고 있기 때문에, 앞서 본 바와 같이 손해배상의 산정 기준에 대해서 전혀 규정한 바가 없는 상황임. 따라서 개정안과 같이 불법행위로 인한 재산 외의 손해 배상시, 그 중 장래의 손해를 산정함에 있어서만 예시적인 고려사항을 열거하여 규정하는 것이 체계상 바람직한지에 대해서는 논의가 필요할 것으로 보임.

아울러, 개정안은 “제751조제1항에 따라 장래의 손해를 산정”하는 경우의 고려사항을 규정하고 있는데, 이 법 제751조제1항은 재산 이외의 손해에 대하여 배상책임이 있음을 규정하고 있으나,¹⁶⁾ 판례는 일실수익

16) 「민법」 제751조(재산 이외의 손해의 배상) ①타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.

과 같은 장애의 손해를 재산적 손해로 구분하고 있다는 점도 고려할 필요가 있음.¹⁷⁾

마지막으로, 개정안은 적용례를 두어 장애의 손해 산정시의 고려사항을 이 법 시행 이후 손해배상이 청구되는 경우부터 적용한다고 규정하고 있는데, 국가배상 청구자인 국민에게 유리하게 규정이 변화하는 것이므로 이 법 시행 당시 배상에 대한 심의가 계속 중인 사건에 대해서도 적용할 수 있도록 규정하는 방법을 고려할 필요가 있음. 유사한 취지로 개정된 국가배상법 시행령의 경우 계속 중인 사건에도 개정규정이 적용되도록 한 바 있음.¹⁸⁾

3. 관계기관 의견

법무부는 병역의무가 있는 국민에 대한 불합리한 차별을 해결하고자 하는 개정안의 취지에 공감하나, 민법은 손해의 구체적 산정 방식과 같

17) 불법행위로 말미암아 신체의 상해를 입었기 때문에 가해자에게 대하여 손해배상을 청구할 경우에 있어서는 그 소송물인 손해는 통상의 치료비 따위와 같은 적극적 재산상 손해와 일실수익 상실에 따르는 소극적 재산상 손해 및 정신적 고통에 따르는 정신상 손해(위자료)의 3가지로 나누어진다고 볼 수 있다. 그리고 위에서 본 일실수익 상실로 인한 소극적 재산상 손해로서는 예를 들면 일실노임 일실상여금 또는 후급적노임의 성질을 띤 일실퇴직금 따위가 모두 여기에 포함된다. [대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313]

18) 「국가배상법 시행령」 제2조(취업가능기간과 신체장애의 등급 및 노동력상실률등) ① 법 제3조제6항에 따른 취업가능기간은 다음 각 호의 사항을 종합적으로 고려한 기간으로 하되, 피해자가 군 복무 가능성이 있는 경우에도 군 복무 기간을 취업가능기간에 전부 산입하고, 신체장애의 등급과 노동력상실률은 별표 2와 같다. <개정 2023. 10. 31.>

부칙 <대통령령 제33834호, 2023. 10. 31.>

제2조(취업가능기간의 산정에 관한 적용례) 제2조제1항의 개정규정은 이 영 시행 당시 본부심의회의, 특별심의회의 또는 지구심의회의에 계속 중인 사건과 법원에 계속 중인 소송사건에 대해서도 적용한다.

은 세부적인 사항을 일반적으로 법문에 규정하지 않고 해석에 위임하는 규정 형식을 가지고 있으며, 일실수입 상당 손해액 산정시 불법행위 피해자의 장래 병역복무기간을 가동기간에서 제외한 것 역시 법률 자체에서 기인한 문제가 아니라 법 해석에 의해 발생한 것이므로 민법의 해석을 변경하여 해결하는 것이 보다 바람직하고, 손해 산정에 관한 구체적 기준을 민법에 규정한다고 하더라도 이를 불법행위 장에 두기보다는, 손해배상에 관한 일반법인 채무불이행 규정에 두는 것이 체계적으로 타당하다는 의견임.

문 의 처
00)6788-5054