

대법원 2000.04.11. 선고 98다33161 판결[손해배상(자)]

**【판시사항】**

불법행위로 인한 피해자가 병역의무를 마치지 아니한 대한민국 남자인 경우, 그 일일수입 상당 손해를 산정함에 있어서 가동기간에서 제외될 병역복무기간의 산정 기준

**【판결요지】**

대한민국 국민인 모든 남자는 헌법과 병역법이 정하는 바에 따라 성실하게 병역의무를 수행하여야 할 의무가 있으므로, 불법행위로 인한 피해자가 아직 병역의무를 마치지 아니한 대한민국 남자인 경우 그 일일수입 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, 현역병의 군복무기간에 관하여 병역법 제18조 제2항은 육군은 2년, 해군 및 공군은 2년 6월(다만 해군의 해병의 경우는 2년)로 정하고 있고, 같은 법 제19조 제1항은 국방부장관은 전시·사변 또는 이에 준하는 사태나 군부대의 증편·창설 등 국방상 필요한 경우에 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 얻어 1년의 기간 내에서 현역의 복무기간을 연장할 수 있다고 규정하고 있으므로, 징집된 현역병의 군별 배치상황과 선별기준, 현역병 복무기간에 대한 그 동안의 병역법 관련 규정과 실제 복무기간의 변천과정 및 전체적인 추세, 안보 등 정치사회의 환경 변화와 복무기간 연장과의 상관관계 등 제반 사정을 조사하여 피해자가 향후 육·해·공군 중 어디로 배치될 개연성이 높은지, 국방상 필요하여 현역의 복무기간이 연장되는 것이 실제 어느 정도 이루어지고 그 연장기간이 얼마인지를 따져 보아 피해자의 향후 현역병 복무예정기간을 개연성 있고 합리적이며 객관적인 자료에 의하여 확정하여야 한다.

**【참조조문】**

민법 제396조, 제763조

**【전 문】**

【원고,상고인】송00 외 7인

【피고,피상고인】주식회사 00교통

【원심판결】창원지법 1998. 5. 28. 선고 98나783 판결

**【주문】**

원고 송00, 손00의 상고를 모두 각하한다. 원심판결 중 일일수입에 관한 원고 송00, 문00의 각 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 창원지방법원 본원 합의부에 환송한다. 원고 송00, 문00의 각 나머지 상고와 원고 송00, 송00, 송00, 송00의 각 상고를 모두 기각한다. 원고 송00, 손00, 송00, 송00, 송00, 송00의 각 상고로 인한 비용은 위 원고들의 부담으로 한다.

**【이유】**

상고이유를 판단한다.

1. 과실상계에 대하여

과실상계에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 아니하는 한 사실심의 전권사항에 속한다고 할 것인바, 원심이 인정한 바와 같은 이 사건 사고 발생의 경위, 피해자인 망 송동윤과 그 부모인 원고 송진옥, 문순경의 과실 및 피고측의 불법행위 정도 등을 종합하여 보면, 그 사실인정과 원고측의 과실 정도를 25%로 인정한 조치는 수긍이 가고, 당사자 사이의 형평의 원칙을 해할 정도로 그 과실의 정도를 지나치게 높게 인정하여 참작하였다고 보이지 아니하며, 원심판결에 심리미진으로 인해 도로교통법상의 법리를 오해한 잘못이 없다.

상고이유는 받아들일 수 없다.

2. 가동기간에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 교통사고로 인하여 사망한 망 송00의 일일수입 상당 손해를 산정함에 있어, 그 가동기간을 위 망인이 성년이 되어 3년간의 군복무를 마친 후부터 60세가 될 때까지로 인정하면서, 병역법 제18조 제2항 제1호와 같은 법 제19조 제1항을 종합하면 현역의 복무기간은 2년으로

확정되어 있지 아니하고 3년의 기간까지는 연장이 가능하므로 위 망인의 군복무기간은 3년으로 봄이 상당하다고 판시하고 있다.

그러나 대한민국 국민인 모든 남자는 헌법과 병역법이 정하는 바에 따라 성실하게 병역의무를 수행하여야 할 의무가 있으므로, 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, 현역병의 군복무기간에 관하여 병역법 제18조 제2항은 육군은 2년, 해군 및 공군은 2년 6월(다만 해군의 해병의 경우는 2년)로 정하고 있고, 병역법 제19조 제1항은 국방부장관은 전시·사변 또는 이에 준하는 사태나 군부대의 증편·창설 등 국방상 필요한 경우에 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 얻어 1년의 기간 내에서 현역의 복무기간을 연장할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 원심으로서도 징집된 현역병의 군별 배치상황과 선별기준, 현역병 복무기간에 대한 그 동안의 병역법 관련 규정과 실제 복무기간의 변천과정 및 전체적인 추세, 안보 등 정치사회의 환경 변화와 복무기간 연장과의 상관관계 등 제반 사정을 조사하여 망인이 향후 육·해·공군 중 어디로 배치될 개연성이 높은지, 국방상 필요하여 현역의 복무기간이 연장되는 것이 실제 어느 정도 이루어지고 그 연장기간이 얼마인지를 따져 보아 망인의 향후 현역병 복무 예정기간을 개연성 있고 합리적이며 객관적인 자료에 의하여 확정하여야 하며, 원심과 같이 육군의 최장 복무기간인 3년을 망인의 현역병 복무 예정기간으로 인정함에 있어서는 그 근거가 될 수 있는 특수 사정을 밝혀야 함에도 불구하고 원심은 이러한 여러 사정에 대하여 충분히 심리하지 아니한 채 만연히 위 망인의 향후 예상되는 군복무기간을 단지 병역법상의 위 규정들만으로 육군 현역병의 최장 복무기간인 3년이라고 판단하였으니, 원심판결에는 심리미진으로 인한 사실오인 내지 병역법이 정하는 현역병 복무기간의 규정에 대한 법리를 오해한 잘못이 있다 할 것이다.

이 점을 지적하는 상고이유는 받아들여기로 한다.

### 3. 위자료 대하여

#### 가. 원고 송00, 손00에 대하여

상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 자기에게 유리하게 취소·변경을 구하는 것이므로 전부 승소판결에 대한 불복상고는 상고를 제기할 대상이나 이익이 전혀 없으므로 허용될 수 없다고 할 것인데, 기록에 의하면 원심은, 위 원고들의 각 위자료 청구 중 일부를 기각한 제1심판결에 대한 위 원고들의 각 항소를 모두 인용하였음이 분명하므로 위 원고들이 제기한 각 상고는 상고의 이익이 없는 부적법한 것으로서 그 흠결을 보정할 수 없는 것이라고 할 것이다.

#### 나. 나머지 원고들에 대하여

원심이 이 사건 사고 경위, 피해자인 위 망인과 원고들 사이의 신분관계, 나이, 재산 및 교육정도 등 이 사건 변론에 나타난 모든 사정을 참작하여 위 망인과 위 원고들에 대한 위자료를 그 판시와 같이 산정한 조치는 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 잘못이 없다.

이 점 상고이유는 받아들일 수 없다.

그러므로 원고 송00, 손00의 상고를 모두 각하하고, 원심판결 중 일실수입에 관한 원고 송00, 문00의 각 패소 부분을 파기하여 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하고, 원고 송00, 문00의 각 나머지 상고와 원고 송00, 송00, 송00, 송00의 각 상고를 모두 기각하며, 원고 송00, 손00 및 원고 송00, 송00, 송00, 송00의 각 상고로 인한 비용은 패소자인 위 원고들의 부담으로 하기로 관여 법관들의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.