

손해배상(기)

[대법원 2001. 9. 25. 2000다16893]



【판시사항】

- [1] 구 수산업법 제40조 제1항 소정의 관행어업권의 상실로 인한 손해액의 산정 방법
- [2] 공유수면매립사업의 시행에 따른 관행어업권의 상실로 인한 손해액의 산정시점 및 구 수산업법시행령(1991. 2. 18. 대통령령 제13308호로 개정된 것) 시행 이전에 발생한 불법행위로 인하여 관행어업권이 침해된 경우 그 손해액 산정에 유추 적용할 법령
- [3] 관행어업권자에게 이미 지급한 주거대책비 상당 보상금을 공제하고 손해액을 산정한 것은 정당하다고 한 사례
- [4] 매립지 인근구역의 관행어업자에 대하여도 공유수면매립사업으로 인한 피해를 보상하도록 한 구 공유수면매립법 (1986. 12. 31. 법률 제3901호로 개정된 것) 제5조 제1항의 개정 규정이 이에 관한 시행령 규정이 시행되기 전이라도 적용되는지 여부(적극)
- [5] 구 공유수면매립법에 의한 손실보상의 대상이 되는 관행어업권은 공동어업권이 설정된 어장에 대한 관행어업권에 한정되는지 여부(소극)
- [6] 공유수면매립사업의 시행에 따른 관행어업권의 상실로 인한 손해배상청구권의 소멸시효 기산점
- [7] 관행어업권을 행사하는 세대의 세대원수 등에 따라 일정 비율로 할증하거나 감하여 그 세대의 연간조업일수 및 손해액을 산정한 원심을 긍정한 사례
- [8] 관행어업권을 행사하는 세대의 세대원수에 따라 일정 비율로 할증하거나 감하여 그 세대의 연간조업일수를 산정하는 경우 그 세대원이 모두 가동연한 범위 내에 있어야 하는지 여부(소극)

【판결요지】

- [1] 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제40조 제1항 소정의 관행어업권의 상실에 대한 배상액의 산정에 있어서 법 제8조, 제24조에 의한 공동어업 등의 면허어업권이 취소되는 경우에 대한 보상 방식을 유추 적용할 수는 없고, 위 관행어업과 형태가 유사한 법 제22조 소정의 신고어업의 보상에 관한 규정을 유추 적용함이 상당하다.
- [2] 사업시행자가 손실보상의무를 이행하지 아니한 채 공유수면매립공사를 시행함으로써 관행어업권을 상실하게 한 경우 관행어업권자가 입은 손해는 그 손실보상금 상당액이므로 그 손해액은 손실보상금이 지급되었어야 할 시점인 공유수면매립사업의 시행일을 기준으로 삼아 산정하여야 하며, 위 기준일이 수산업법이 정한 처분에 의하여 손실을 입은 신고어업자의 손실보상액 산정기준에 관한 규정을 신설한 구 수산업법시행령(1991. 2. 18. 대통령령 제13308호로 개정된 것)의 시행일인 1991. 2. 18. 이후인 경우에는 위 시행령 제62조 제1항 제2호를 유추적용하여 평년수익액 3년분을 기준금액으로 하여 그 배상액을 산정하여야 하나, 위 시행령이 시행되기 이전인 경우에는 위 시행령 보다 앞서 공공사업의 시행으로 인하여 폐업 또는 휴업하게 된 신고어업자의 손실액 산정기준에 관하여 규정한 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙(1988. 4. 25. 건설부령 제435호로 개정되어 1991. 10. 28. 건설부령 제493호로 개정되기 전의 것) 제25조의2 제1항을 유추 적용하여 2년분의 순소득액을 그 손해액으로 산정하여야 한다.

- [3] 관행어업권자에게 이미 지급한 주거대책비 상당 보상금을 공제하고 손해액을 산정한 것은 정당하다고 한 사례.
- [4] '매립으로 인한 피해가 예상되는 인근의 구역' 안의 권리자가 있는 경우에도 일정한 요건 아래에서만 그 공유수면에 대한 매립면허를 할 수 있도록 한 구 공유수면매립법(1986. 12. 31. 법률 제3901호로 개정된 것) 제5조 제1항의 개정 취지는, 공유수면 매립으로 인한 피해는 사업시행으로 인하여 매립되는 공유수면 뿐만 아니라 그 인근 구역으로서 사업시행 후 여전히 공유수면으로 남게 되는 구역에 대하여도 발생할 수 있고, 그 인근 구역의 피해자도 사업시행으로 인한 특별한 희생자로서 보호되지 않으면 안될 것인 점에 비추어 그들에 대하여도 공유수면매립법의 절차적·실체적 보호규정이 적용됨을 분명히 하고자 하는 것인 점, 그리고 위 법 제5조 제1항의 개정 규정 자체에서 '매립으로 인한 피해가 예상되는 인근의 구역'이라고 함으로써 그 적용 대상이 되는 인근의 구역을 일정한 범위로 제한하고 있을 뿐만 아니라 구 공유수면매립법시행령(1987. 10. 13. 대통령령 제12257호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제8조의3은 인근의 구역을 지리적인 위치 또는 특성과 같은 특정한 표준에 의하여 구체적으로 규정하는 것이 아니고 피해가 예상되는 전형적인 경우를 들어 규정하고 있는 것(위 시행령 규정은 "권리를 가진 자가 있는 공유수면에 대하여 매립면허를 받은 자는 대통령령의 정하는 바에 의하여 그 권리를 가진 자에게 끼친 손실을 보상하거나 그 손실을 방지하는 시설을 하여야 한다."고 규정한 같은 법 제16조 제1항의 규정과 실질적으로 같은 내용이다.)으로 위 법 제5조 제1항의 인근의 구역에 대한 당연한 해석에 불과한 점 등에 비추어 본다면, 위 법 제5조 제1항의 개정 규정은 이에 관한 시행령 규정이 신설되기 전이라도 바로 매립으로 인하여 피해가 발생할 것으로 예상되는 인근 구역의 권리자에 대하여 적용된다고 해석함이 상당하다 할 것이고, 또한 비록 위 시행령(1987. 10. 13. 대통령령 제12257호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 부칙 제2조가 그 시행 전에 이미 매립면허를 받은 자에 대하여는 종전의 규정에 의한다고 규정하고 있다고 하더라도, 이는 위 시행령의 적용에 관하여만 효력이 있을 뿐이고, 그 모법인 위 공유수면매립법 규정까지 그 적용대상으로 하는 것이라고 할 수는 없다.
- [5] 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제40조 소정의 '입어의 관행에 따른 권리'(관행어업권)란, 일정한 공유수면에 대한 공동어업권 설정 이전부터 어업의 면허 없이 그 공유수면에서 오랫동안 계속 수산동식물을 포획 또는 채취하여 옴으로써 그것이 대다수 사람들에게 일반적으로 시인될 정도에 이른 것을 말하고, 이는 공동어업권자에 대하여 주장하고 행사할 수 있을 뿐만 아니라 이를 다투는 제3자에 대하여도 그 배제를 청구하거나 그에 따른 손해배상을 청구할 수 있는 권리이며, 당해 공유수면에 공동어업권이 설정되어 있는지 여부를 불문하고 인정될 수 있는 것이지, 공동어업권이 설정된 후에 비로소 그 공동어업권에 대한 제한물권적 권리로서만 발생하는 권리라고는 할 수 없고, 이는 구 공유수면매립법(1986. 12. 31. 법률 제3901호로 개정된 것) 제16조에 의한 손실보상을 받을 수 있는 권리자로서의 관행어업권자를 인정하는 경우에도 마찬가지로서, 공동어업권이 설정된 어장의 관행어업권자에 대하여만 구 공유수면매립법 제16조 등의 보상 관련 규정이 적용된다고 볼 수 없다.
- [6] 민법 제766조 제1항에서 말하는 '손해'란 위법한 행위로 인한 손해 발생의 사실을, '손해를 안 날'이란 불법행위의 요건 사실에 대한 인식으로서 위법한 가해행위의 존재, 가해행위와 손해의 발생과 사이에 상당인과관계 등이 있다는 사실까지 피해자가 알았을 때를 각 의미하고, 권리를 가진 자에 대하여 손실보상을 할 의무가 있는 사업시행자가 손실보상의무를 이행하지 아니한 채 공유수면매립공사를 시행하였다 하더라도 그로 인한 불법행위는 그 사업착수만으로 바로 성립하지 않고, 그 사업으로 인하여 실질적이고 현실적인 침해가 발생하였을 때에 비로소 성립한다고 할 것이므로, 공유수면매립으로 인하여 어업에 관한 권리가 소멸되었음을 이유로 한 손해배상청구권에

관한 민법 제766조 제1항의 소멸시효는 피해자가 장차 그러한 피해가 예상되는 매립사업이 사전보상 없이 착수되었음을 알았다고 하여 바로 진행한다고 할 수 없고, 사업의 진행에 따라 그 권리가 소멸되었다고 인정될 수 있는 시점 이후 이러한 사실을 인식하였을 때부터 비로소 진행한다고 볼 것이다.

- [7] 관행어업권을 행사하는 세대의 세대원수에 따라 일정 비율로 할증하거나 감하여 그 세대의 연간조업일수 및 손해액을 산정한 원심을 긍정한 사례.
- [8] 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제40조 소정의 관행어업권은 원칙적으로 그러한 어업을 계속할 수 있는 노동능력과 의사를 가진 자로서 20세부터 60세가 될 때까지의 자에 대하여만 인정되지만, 이러한 관행어업권은 독립세대별로 인정되는 것으로서 관행어업권이 인정되는 세대의 생산량을 인정하기 위한 한 요소로서의 그 세대의 연간 조업일수를 산정하는 데 포함할 세대원에 대하여는 위 관행어업권 인정의 경우와 달리 반드시 모든 조업원이 위 가동연한 범위 내에 있어야 한다고 볼 수 없고, 각 관행어업세대의 총 세대원수와 면허어업 또는 그 밖의 다른 업무에 종사하는 사정 등 관행어업 조업일수에 영향을 미칠 수 있는 여러 사정을 고려하여 합리적인 차등을 두는 경우에는 위 가동연한 범위 밖에 있는 세대원이라도 세대의 관행어업에 일정한 노력을 할 수 있다면 그 조업일수 산정에 포함될 수 있다고 봄이 상당하다.

【참조조문】

- [1] 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제22조, 제40조 제1항
- [2] 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙(1991. 10. 28. 건설부령 제493호로 개정되기 전의 것) 제25조의2 제1항, 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제22조, 제40조 제1항, 구 수산업법시행령(1991. 2. 18. 대통령령 제13308호로 개정된 것) 제62조 제1항 제2호
- [3] 민법 제393조, 제750조, 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제40조 제1항
- [4] 구 공유수면매립법(1986. 12. 31. 법률 제3901호로 개정된 것) 제5조 제1항, 제16조, 구 공유수면매립법시행령(1987. 10. 13. 대통령령 제12257호로 개정된 것) 제8조의3, 부칙 제2조
- [5] 구 공유수면매립법(1986. 12. 31. 법률 제3901호로 개정된 것) 제16조, 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제40조
- [6] 민법 제766조 제1항
- [7] 민법 제393조, 제750조, 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제40조 제1항
- [8] 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제40조 제1항

【참조판례】

- [1] 대법원 1998. 4. 14. 선고 95다15032, 15049 판결(공1998상, 1310), 대법원 1999. 6. 11. 선고 97다41028 판결(공1999하, 1342), 대법원 2001. 3. 13. 선고 99다57942 판결(공2001상, 865), 대법원 2001. 9. 4. 선고 2000다3170 판결(공2001하, 2156) /
- [2] 대법원 1998. 4. 14. 선고 95다15032, 15049 판결(공1998상, 1310), 대법원 1999. 6. 11. 선고 97다41028 판결(공1999하, 1342), 대법원 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결(공2000상, 1), 대법원 2001. 4. 10. 선고 99다38705 판

결(공2001상, 1081) /

[5] 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카14250 판결(1989하, 1215), 대법원 1999. 6. 11. 선고 97다41028 판결(공1999하, 1342), 대법원 1999. 9. 3. 선고 98다8790 판결(공1999하, 2005), 대법원 2001. 3. 13. 선고 99다57942 판결(공2001상, 865) /

[6] 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다28780 판결(공1998상, 408), 대법원 1999. 9. 17. 선고 98다52858 판결(공보불게재), 대법원 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결(공2000상, 1) /

[8] 대법원 1998. 7. 24. 선고 97다22935 판결(공보불게재), 대법원 1999. 6. 11. 선고 97다41028 판결(공1999하, 1342), 대법원 2001. 9. 4. 선고 2000다3170 판결(공2001하, 2156)

【전문】

【원고(선정당사자),피상고인겸상고인】

【피고,상고인겸피상고인】 한국수자원공사 (소송대리인 변호사 고석윤)

【원심판결】 서울고법 2000. 2. 15. 선고 99나9686 판결

【주문】

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 각자의 부담으로 한다.

【이유】

1. 원고(선정당사자, 이하 '원고'라고 한다)의 상고이유에 대한 판단

가. 기지급 보상액 공제에 관한 부분을 제외한 나머지 점에 대하여

구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라 한다) 제40조 제1항 소정 관행어업권의 상실에 대한 배상액의 산정에 있어서 법 제8조, 제24조에 의한 공동어업 등의 면허어업권이 취소되는 경우에 대한 보상 방식을 유추 적용할 수는 없고, 위 관행어업과 형태가 유사한 법 제22조 소정의 신고어업의 보상에 관한 규정을 유추 적용함이 상당하다고 함은 대법원이 이미 여러 번에 걸쳐 선언한 법리이고(대법원 2001. 3. 13. 선고 99다57942 판결 등 참조), 사업시행자가 손실보상의무를 이행하지 아니한 채 공유수면매립공사를 시행함으로써 관행어업권을 상실하게 한 경우 관행어업권자가 입은 손해는 그 손실보상금 상당액이므로 그 손해액은 손실보상금이 지급되었어야 할 시점인 공유수면매립사업의 시행일을 기준으로 삼아 산정하여야 하며(대법원 2001. 4. 10. 선고 99다38705 판결 참조), 위 기준일이 수산업법이 정한 처분에 의하여 손실을 입은 신고어업자의 손실보상액 산정기준에 관한 규정을 신설한 구 수산업법시행령(1991. 2. 18. 대통령령 제13308호로 개정된 것)의 시행일인 1991. 2. 18. 이후인 경우에는 위 시행령 제62조 제1항 제2호를 유추 적용하여 평년수익액 3년분을 기준금액으로 하여 그 배상액을 산정하여야 하나, 위 시행령이 시행되기 이전인 경우에는 위 시행령보다 앞서 공공사업의 시행으로 인하여 폐업 또는 휴업하게 된 신고어업자의 손실액 산정기준에 관하여 규정한 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙(1988. 4. 25. 건설부령 제435호로 개정되어 1991. 10. 28. 건설부령 제493호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공특법시행규칙'이라고 한다) 제25조의2 제1항을 유추 적용하여 2년분의 순소득액을 그 손해액으로 산정하여야 한다(대법원 1999. 6. 11. 선고 97다41028 판결, 1999. 10. 8. 선고 98다12430 판결 참조).

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 이 사건 관행어업권 상실로 인한 손해액 산정에 관하여 신고어업자의 손실보상에 관한 규정을 유추 적용하기로 하고, 그 기준일을 이 사건 관행어장에 대하여 영향을 미치기 시작한 탄도방조제의 착공일

인 1987. 10. 12.로 보아 구 공특법시행규칙 제25조의2 제1항이 정하는 2년분의 순소득액 상당을 그 손해액으로 산정한 것은 정당하고, 거기에 원고의 상고이유의 주장과 같은 사실오인 또는 관행어업권이나 그 손해액 산정 등에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

상고이유에서 들고 있는 대법원판결에서는 그 주장과 같은 판시가 발견되지 않는다.

나. 기지급 보상금 공제에 관한 부분에 대하여

기록과 원심판결 이유에 비추어 살펴보면, 원심이 원고 및 선정자들(이하 '원고 등'이라고 한다) 중 선정자 소외 1을 제외한 나머지 사람들이 이 사건 매립사업에 관한 보상업무담당기관으로부터 수령한 3월분의 주거대책비 상당 보상금을 위 원고 등의 관행어업권 상실로 인한 손실보상금으로 지급된 것으로 판단하여 이를 공제하여 피고가 배상할 손해액을 산정한 것은 정당하고, 거기에 원고의 상고이유에서 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

2. 피고의 상고이유에 대한 판단

가. 제9점에 대하여

원심은, 선정자 소외 1을 제외한 나머지 원고 등이 이 사건 시화지구개발사업에 대한 보상업무담당기관으로부터 3월분의 주거대책비 상당액을 수령한 사실을 인정하면서도, 피고가 주장하는 바와 같은 부제소합의 취지가 기재되어 있는 서약서(을 제1호증의3 등)는 위 보상기관의 담당공무원들이 그 내용을 알지 못한 위 원고 등 본인 또는 그 대리인인 원고 및 선정자 소외 2로부터 인장을 교부받아 그 내용을 고지하거나 이를 제시하지 아니한 채 미리 작성하여 둔 용지에 날인하여 작성한 것이라는 위 서약서 작성의 경위와 그 밖의 위 보상금 지급 경위에 관한 그 판시와 같은 사실인정을 기초로, 위 원고 등이 이 사건 관행어업권의 상실에 따른 보상에 관하여 부제소합의를 하였다고 할 수 없다고 판단하여, 위 원고 등에 관한 부제소합의를 이유로 한 피고의 본안전항변을 배척하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위반 등의 잘못이 있다고 할 수 없다.

나. 제1점에 대하여

원래 공유수면에 대한 매립면허의 기준을 정한 구 공유수면매립법 제5조 제1항은 '매립을 행하고자 하는 구역' 안의 공유수면에 대하여 권리를 가진 자가 있는 경우에 그 권리를 가진 자의 동의 등 일정한 요건이 갖추어진 경우에 한하여 매립면허를 할 수 있는 것으로 규정하고, 같은 법 제16조, 제17조는 매립공사에 착수하기 전에 권리를 가진 자에게 손실을 보상하여야 하는 것으로 규정하고 있다가, 1986. 12. 31.의 개정법률(법률 제3901호)에 의하여 위 법 제5조 제1항이 '매립을 행하고자 하는 구역'뿐만 아니라 '그 매립으로 인하여 피해가 예상되는 인근의 구역' 안의 공유수면에 대하여 권리를 가진 자가 있는 경우에도 일정한 요건을 갖추어야 하는 것으로 개정되었고, 이와 함께 같은 조 제2항이 신설되어 위 제1항의 규정에 의한 '매립으로 인한 피해가 예상되는 인근의 구역의 범위'는 대통령령으로 정한다고 규정하였다.

그리고 이에 따라 구 공유수면매립법시행령(1987. 10. 13. 대통령령 제12257호로 개정되어 같은 날 시행된 것)은 제8조의3을 신설하여 위 법 제5조 제1항의 인근 구역을 '매립을 하고자 하는 구역에 인접한 공유수면 중 당해 매립으로 인하여 위 법 제6조의 규정에 의한 권리를 가진 자가 그 권리의 목적에 따라 공유수면을 이용할 수 없게 되거나 피해를 방지하는 시설의 설치 등의 조치를 취하지 아니하고는 공유수면을 이용할 수 없게 되는 구역'으로 규정하고 있다.

상고이유의 요지는 위 법 제5조 제1항의 개정에도 불구하고 같은법시행령 제8조의3이 신설되기까지는 '매립으로 인하여 피해가 예상되는 인근의 구역'의 권리자를 보상대상에 포함시킨 개정법률의 효력이 발생하지 아니하는 것으로 보아야 할 것인데, 이 사건 원고 등의 어장은 매립구역 안이 아닌 매립인근구역이고 이 사건 매립공사의 착수일은 위 시행령의 시행일인 1987. 10. 13. 이전이므로 원고 등은 위 법에 의한 보상대상 권리자가 아니라는 것이다.

그러나 위와 같이 '매립으로 인한 피해가 예상되는 인근의 구역' 안의 권리자가 있는 경우에도 일정한 요건 아래에서만 그 공유수면에 대한 매립면허를 할 수 있도록 한 구 공유수면매립법 제5조 제1항의 개정 취지는, 공유수면 매립으로 인한 피해는 사업시행으로 인하여 매립되는 공유수면뿐만 아니라 그 인근 구역으로서 사업시행 후 여전히 공유수면으로 남게 되는 구역에 대하여도 발생할 수 있고, 그 인근 구역의 피해자도 사업시행으로 인한 특별한 희생자로서 보호되지 않으면 안될 것인 점에 비추어 그들에 대하여도 공유수면매립법의 절차적·실체적 보호규정이 적용됨을 분명히 하고자 하는 것인 점, 그리고 위 법 제5조 제1항의 개정 규정 자체에서 '매립으로 인한 피해가 예상되는 인근의 구역'이라고 함으로써 그 적용 대상이 되는 인근의 구역을 일정한 범위로 제한하고 있을 뿐만 아니라 위 시행령 제8조의3은 인근의 구역을 지리적인 위치 또는 특성과 같은 특정한 표준에 의하여 구체적으로 규정하는 것이 아니고 피해가 예상되는 전형적인 경우를 들어 규정하고 있는 것(위 시행령 규정은 "권리를 가진 자가 있는 공유수면에 대하여 매립면허를 받은 자는 대통령령의 정하는 바에 의하여 그 권리를 가진 자에게 끼친 손실을 보상하거나 그 손실을 방지하는 시설을 하여야 한다.

"고 규정한 같은 법 제16조 제1항의 규정과 실질적으로 같은 내용이다)으로 위 법 제5조 제1항의 인근의 구역에 대한 당연한 해석에 불과한 점 등에 비추어 본다면, 위 법 제5조 제1항의 개정 규정은 이에 관한 시행령 규정이 신설되기 전이라도 바로 매립으로 인하여 피해가 발생할 것으로 예상되는 인근 구역의 권리자에 대하여 적용된다고 해석함이 상당하다 할 것이다.

또한, 비록 위 공유수면매립법시행령 부칙 제2조가 그 시행 전에 이미 매립면허를 받은 자에 대하여는 종전의 규정에 의한다고 규정하고 있다고 하더라도, 이는 위 시행령의 적용에 관하여만 효력이 있을 뿐이고, 그 모법인 위 공유수면매립법 규정까지 그 적용대상으로 하는 것이라고 할 수는 없다.

원심이 위 공유수면매립법 개정법을 시행 이후에 매립면허를 받아 시행된 이 사건 매립사업으로 인하여 매립지 인근의 구역의 관행어업권자로서 피해를 입은 원고 등에 대하여 구 공유수면매립법의 보상 관련 규정을 적용하여 피고의 불법행위책임을 인정한 것은 위와 같은 법리에 따른 것으로 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해의 위법이 없다.

다.

제2점에 대하여

구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제40조 소정의 '입어의 관행에 따른 권리'(관행어업권)란, 일정한 공유수면에 대한 공동어업권 설정 이전부터 어업의 면허 없이 그 공유수면에서 오랫동안 계속 수산동식물을 포획 또는 채취하여 옴으로써 그것이 대다수 사람들에게 일반적으로 시인될 정도에 이른 것을 말하고, 이는 공동어업권자에 대하여 주장하고 행사할 수 있을 뿐만 아니라 이를 다투는 제3자에 대하여도 그 배제를 청구하거나

그에 따른 손해배상을 청구할 수 있는 권리이며, 당해 공유수면에 공동어업권이 설정되어 있는지 여부를 불문하고 인정될 수 있는 것이지, 공동어업권이 설정된 후에 비로소 그 공동어업권에 대한 제한물권적 권리로서만 발생하는 권리라고는 할 수 없고(대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카14250 판결, 2001. 3. 13. 선고 99다57942 판결 등 참조), 이는 구 공유수면매립법 제16조에 의한 손실보상을 받을 수 있는 권리자로서의 관행어업권자를 인정하는 경우에도 마찬가지로서, 공동어업권이 설정된 어장의 관행어업권자에 대하여만 구 공유수면매립법 제16조 등의 보상 관련 규정이 적용된다고 볼 수 없다.

원심이 공동어업권이 설정되어 있지 않은 이 사건 관행어장에 대한 원고 등의 관행어업권 피해에 대하여 피고의 불법행위로 인한 손해배상책임을 인정한 것은 위 법리에 따른 것으로 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해의 위법이 없다.

라. 제3점에 대하여

민법 제766조 제1항에서 말하는 '손해'란 위법한 행위로 인한 손해 발생의 사실을, '손해를 안 날'이란 불법행위의 요건 사실에 대한 인식으로서 위법한 가해행위의 존재, 가해행위와 손해의 발생과 사이에 상당인과관계 등이 있다는 사실까지 피해자가 알았을 때를 각 의미하고(대법원 1997. 12. 26. 선고 97다28780 판결 등 참조), 권리를 가진 자에 대하여 손실보상을 할 의무가 있는 사업시행자가 손실보상 의무를 이행하지 아니한 채 공유수면매립공사를 시행하였다 하더라도 그로 인한 불법행위는 그 사업착수만으로 바로 성립하지 않고, 그 사업으로 인하여 실질적이고 현실적인 침해가 발생하였을 때에 비로소 성립한다고 할 것이므로(대법원 1999. 9. 17. 선고 98다52858 판결, 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결 등 참조), 공유수면매립으로 인하여 어업에 관한 권리가 소멸되었음을 이유로 한 손해배상청구권에 관한 민법 제766조 제1항의 소멸시효는 피해자가 장차 그러한 피해가 예상되는 매립사업이 사전보상 없이 착수되었음을 알았다고 하여 바로 진행한다고 할 수 없고, 사업의 진행에 따라 그 권리가 소멸되었다고 인정될 수 있는 시점 이후 이러한 사실을 인식하였을 때부터 비로소 진행한다고 볼 것이다.

원심은, 이 사건 관행어장은 1987. 10. 12. 탄도방조제의 착공에 의하여 피해가 발생하기 시작하여 이 사건 사업지구의 방조제공사가 모두 마쳐진 1994년 1월경 어장으로서의 기능을 완전히 상실하였다고 인정한 다음, 원고의 이 사건 소 제기일인 1993. 5. 6. 이전까지는 원고 등이 피고의 이 사건 불법행위로 인한 손해를 현실적이고도 구체적으로 인식하지 못하였다고 할 것이라고 하여 피고의 소멸시효항변을 배척하였는바, 기록과 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 이 사건 손해의 종류와 이 사건 어장의 기능상실시기 및 그 손해를 안 날 등에 관한 사실오인이나 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

이 사건 어장의 기능상실시기와 관련하여 상고이유에서 들고 있는 대법원판결은 이 사건과 사안을 달리한다.

마. 제4점에 대하여

민법 제766조 제2항이 규정하고 있는 '불법행위를 한 날로부터 10년'의 기간은 소멸시효기간에 해당한다 할 것이므로(대법원 1996. 12. 19. 선고 94다22927 전원합의체 판결 등 참조), 위 기간이 제척기간으로서 시효중단에 관한 법리가 적용되지 않음을 내세우는 이 부분 상고이유의 주장은 독자적 견해에 의한 것에 불과하여 받아들일 수 없다.

바. 제5점에 대하여

구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제40조 소정의 '입어의 관행에 따른 권리'(관행어업권)는 일정한 공유수면에 대한 공동어업권 설정 이전부터 어업의 면허 없이 그 공유수면에서 오랫동안 계속 수산동식물을 포획 또는 채취하여 옴으로써 그것이 대다수 사람들에게 일반적으로 시인될 정도에 이르면 성립하고(대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카14250 판결, 2001. 3. 13. 선고 99다57942 판결 등 참조), 그 입어의 관행이 반드시 수산업법이 시행된 1953. 12. 9. 이전부터 시작되었어야 하는 것은 아니다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 구 수산업법상의 관행어업에 관한 법리오해 또는 심리미진이나 이유불비 등의 잘못이 있다고 할 수 없다.

사. 제6, 7점에 대하여

제1심 감정인 소외 3의 감정결과와 제1심법원의 위 감정인에 대한 사실조회결과에 의하면, 위 감정인은 원고 등의 이 사건 관행어업피해로 인한 손해를 굴을 제외한 그 밖의 어패류 생산에 관한 손해로 보고, 이 사건 관행어장 인근 어장의 관행어업조업에 의한 1일 평균 생산량을 자료로 하여 원고 등의 이 사건 관행어업에 의한 1일 평균 어패류(굴 제외) 채취량을 48.6kg으로 평가하는 한편, 각 관행어업 세대별 조업일수에 관하여는 세대원이 2인인 세대의 연간 조업가능일수를 240일로 보아 여기에서 면허어업조업일수와 기타 어업 및 어업 외 종사일수를 공제하여 산출한 96일을 기준이 되는 연간 관행어업조업일수로 감정한 후, 여기에서 세대원수와 각 세대에 특수한 사정 등을 고려하여 적절히 차등을 두는 방법으로 조업일수를 감정하여, 총 세대원수에 따라 3인 1세대의 경우는 연간 조업가능일수를 위 기준 세대의 120%에 해당하는 288일로 평가하여 이 사건 관행어업에 종사하는 일수를 115일로, 4인 이상이 1세대를 이루는 경우는 연간 조업가능일수를 위 기준 세대의 130%에 해당하는 312일로 평가하여 이 사건 관행어업에 종사하는 일수를 125일로, 1인 1세대의 경우는 연간 조업가능일수를 위 기준 세대의 70%에 해당하는 168일로 평가하여 이 사건 관행어업에 종사하는 일수를 67일로 각 평가하고, 다만 선정자 소외 4의 경우는 그가 건간망어업에 종사하여 온 사정을 고려하여 총 세대원이 2인임에도 72일로, 선정자 소외 5, 소외 1의 경우는 그들이 어선어업에도 종사하는 사정을 참작하여 총 세대원이 3인임에도 각 55일로, 선정자 소외 6의 경우는 어선어업에도 종사하는 사정을 참작하여 총 세대원이 4인 이상임에도 60일로, 선정자 소외 7의 경우도 총 세대원이 4인이나 건간망어업에 종사하는 사정을 고려하여 94일로 각 평가하여 이를 기준으로 원고 등의 연간 생산량을 산출하여 이 사건 손해액을 감정하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 위 감정인의 위와 같은 감정결과는 그 근거로 보아 불합리한 것이라고 할 수 없고, 이 사건에서 피고가 배상할 원고 등의 관행어업에 의한 손해액을 이미 보상이 이루어진 굴어장에서의 굴 생산량을 제외한 그 밖의 어패류의 생산에 관한 것으로 보고 면허어장 등 이 사건 관행어장이 아닌 어장에서의 조업일수 등을 공제하여 위 연간 조업일수를 산정한 것이므로 위 조업일수에 다시 연중 5개월의 굴 생산기간에 해당하는 부분을 제외하여 그 7/12에 해당하는 일수만을 원고 등이 이 사건 관행어업에 종사한 일수로 인정할 수는 없다고 할 것이다.

따라서 원심이 위 감정결과에 따라 원고 등의 이 사건 관행어업 조업일수 등을 인정하여 그 손해액을 산정한 것은 같은 입장에 따른 것으로 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 연간 조업일수 및 이에 비례한 손해액 인정 등에 관한 잘못이 있다고 할 수 없다.

그리고 원심이 위 감정결과를 채용하여 인정한 원고 등의 이 사건 관행어업에 관한 피해는 굴을 제외한 바지락 등 그 밖의 어패류 생산에 관한 것임은 원심판결 이유와 위 감정결과에 비추어 분명하므로, 원고 등이 이 사건 관행어장이 아닌 굴 어장에서의 굴 생산량 피해에 관하여 이미 보상을 받았다고 하더라도 이를 공제하여 이 사건 원고 등의 손해액을 산정할 수 없음은 당연하고, 따라서 원심이 이를 공제하지 아니한 조치에도 어떠한 잘못이 있다고 할 수 없다.

아. 제8점에 대하여

구 수산업법 제40조 소정의 관행어업권은 원칙적으로 그러한 어업을 계속할 수 있는 노동능력과 의사를 가진 자로서 20세부터 60세가 될 때까지의 자에 대하여만 인정되는 것임은 상고이유의 주장과 같으나(대법원 1999. 6. 11. 선고 97다41028 판결 등 참조), 이러한 관행어업권은 독립세대별로 인정되는 것으로서 관행어업권이 인정되는 세대의 생산량을 인정하기 위한 한 요소로서의 그 세대의 연간 조업일수를 산정하는 데 포함할 세대원에 대하여는 위 관행어업권 인정의 경우와 달리 반드시 모든 조업원이 위 가동연한 범위 내에 있어야 한다고 볼 수 없고, 앞에서 본 이 사건 감정결과와 같이 각 관행어업세대의 총 세대원수와 면허어업 또는 그 밖의 다른 업무에 종사하는 사정 등 관행어업 조업일수에 영향을 미칠 수 있는 여러 사정을 고려하여 합리적인 차등을 두는 경우에는 위 가동연한 범위 밖에 있는 세대원이라도 세대의 관행어업에 일정한 조력을 할 수 있다면 그 조업일수 산정에 포함될 수 있다고 봄이 상당하다 할 것이다.

기록과 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 원고 등의 세대원 중 위 가동연한 범위 밖에 있는 사람도 포함하여 그 세대의 연간 조업일수를 계산한 위 감정결과를 그대로 받아들여 이 사건 손해액을 인정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 연간 생산량 계산에 관한 위법 등이 있다고 할 수 없다.

한편, 위와 같은 관행어업권이 인정되는 세대주나 그 조업일수 산정에 포함될 세대원은 주민등록부의 기재에 불구하고 그 인정 기준일 당시 실제 관행어업에 종사하거나 관행어업에 조력을 하여 왔는지 여부에 따라 결정되어야 할 것인바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이 사건 관행어업권자 및 그 조업일수 산정에 포함되는 세대원수에 관한 사실인정 및 판단도 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 대법원 판례와 달리 관행어업자를 인정하는 등의 잘못이 있다고 할 수 없다.

3. 그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 각자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 윤재식(재판장) 송진훈 이규홍 손지열(주심)