

손해배상(기)

[대법원 2000. 5. 26. 99다37382]



【판시사항】

- [1] 1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정된 구 수산업법 시행 당시의 관행어업권자의 위 법 시행 후 2년 동안의 법적 지위
- [2] 농어촌진흥공사가 농업을 목적으로 하는 매립 또는 간척사업을 시행함으로 인하여 수산업법 제41조의 규정에 의한 어업의 신고를 한 자가 더 이상 신고어업에 종사하지 못하게 되어 손실을 입은 경우의 구제 방법(=민사소송)
- [3] 공유수면매립사업 시행자가 손실보상의무를 이행하지 아니한 채 공사를 시행하여 신고어업자에게 실질적이고 현실적인 침해를 가한 경우, 불법행위의 성립 여부(적극) 및 손해배상의 범위(=손실보상금 상당액)
- [4] 공유수면매립허가가 고시된 이후 어업의 신고를 한 자가 공유수면매립사업의 시행으로 특별한 손실을 입었다고 할 수 있는지 여부(소극)
- [5] 수산업법 제44조 소정의 어업신고의 법적 성질(=수리를 요하는 신고) 및 어업신고를 수리하면서 공유수면매립구역을 조업구역에서 제외한 것이 위법한 경우, 적법한 신고가 있는 것으로 볼 수 있는지 여부(소극)

【판결요지】

- [1] 1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정된 구 수산업법(1995. 12. 30. 법률 제5131호로 개정되기 전의 것)은 제2조 제7호에서 입어자의 정의 규정을 새로 두어 "입어자라 함은 제44조의 규정에 의하여 어업의 신고를 한 자로서 공동어업권이 설정되기 전부터 당해 수면에서 계속적으로 수산동식물을 포획·채취하여 온 사실이 대다수 사람들에게 인정되는 자 중 대통령령이 정하는 바에 의하여 어업권원부에 등록된 자를 말한다."라고 규정하고 있으므로, 같은 법 시행 후에 일정한 공유수면에서의 관행에 따른 어업을 권리로 새로 인정받기 위하여는 단순히 종전과 같이 당해 공유수면에서 계속적으로 수산동식물을 포획·채취하여 온 사실이 대다수 사람들에게 시인되는 것만으로는 부족하고, 같은 법 제44조에 의하여 어업의 신고를 하고 공동어업의 어업권원부에 입어에 관한 사항을 등록할 것을 요하게 된 것은 사실이나, 한편 같은 법 부칙 제11조 제2항은 "이 법 시행 당시 공동어업의 어장 안에서 입어 관행이 있는 것으로 인정되는 자로서 종전 규정에 의하여 어업권원부에 입어자로 등록하지 아니한 자는 이 법 시행일부터 2년 이내에 제16조의 규정에 의하여 어업권원부에 등록을 한 경우에 한하여 입어자로 본다."고 규정하여 종래의 관행어업권자의 지위에 대하여 경과규정을 따로 두고 있으므로, 종래의 관행어업권자는 같은 법 규정에도 불구하고 그 시행일로부터 2년 동안은 어업의 신고나 어업권원부에의 등록 없이도 종전의 권리를 그대로 유지할 수 있으며, 어업권원부에 입어자로 등록하지 아니한 상태로 2년을 경과하면 그 때 비로소 같은 법에 의한 관행어업권으로 인정될 여지가 더 이상 없게 되어 그 권리가 소멸될 뿐이다.
- [2] 수산업법 제81조 제1항 제1호는 같은 법 제34조 제1항 제1호 내지 제5호와 제35조 제8호(제34조 제1항 제1호 내지 제5호에 해당하는 경우에 한한다.)의 규정에 해당되는 사유로 인하여 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 처분을 받았거나 당해 사유로 인하여 제14조의 규정에 의한 어업면허의 유효기간의 연장이 허가되지 아니함으로써 손실을 입은 자는 그 처분을 행한 행정관청에 대하여 보상을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로, 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 위와 같은 처분으로 인하여 손실을 입은 자는 처분을 한 행정관청 또는 그 처분을 요청한 행정

관청이 속한 권리주체인 지방자치단체 또는 국가를 상대로 민사소송으로 손실보상금지급청구를 할 수 있고, 이러한 법리는 농어촌진흥공사가 농업을 목적으로 하는 매립 또는 간척사업을 시행함으로써 인하여 같은 법 제44조의 규정에 의한 어업의 신고를 한 자가 더 이상 신고한 어업에 종사하지 못하게 되어 손실을 입은 경우에도 같이 보아야 한다.

- [3] 적법하게 어업의 신고를 하고 공유수면매립사업지구 내에서 신고한 어업에 종사하고 있던 어민들에 대하여 손실보상을 할 의무가 있는 사업시행자가 손실보상의무를 이행하지 아니한 채 공유수면매립공사를 시행함으로써 실질적이고 현실적인 침해를 가하였다면 이는 불법행위를 구성하고, 이 경우 어업의 신고를 한 자가 입게 되는 손해는 그 손실보상금 상당액이다.
- [4] 일정한 공유수면에 관하여 매립면허가 고시된 후에 한 어업의 신고는 공유수면매립사업의 시행과 그로 인한 신고 어업의 제한이 이미 객관적으로 확정되어 있는 상태에서 그 제한을 전제로 하여 한 것이라고 볼 것이므로 공유수면매립면허가 고시된 후에 어업의 신고를 한 자는 그 이전에 신고를 마친 자와는 달리 그 공유수면매립사업의 시행으로 인하여 특별한 손실을 입게 되었다고 할 수는 없다.
- [5] 어업의 신고에 관하여 유효기간을 설정하면서 그 기산점을 '수리한 날'로 규정하고, 나아가 필요한 경우에는 그 유효기간을 단축할 수 있도록까지 하고 있는 수산업법 제44조 제2항의 규정 취지 및 어업의 신고를 한 자가 공익상 필요에 의하여 한 행정청의 조치에 위반한 경우에 어업의 신고를 수리한 때에 교부한 어업신고필증을 회수하도록 하고 있는 구 수산업법시행령(1996. 12. 31. 대통령령 제15241호로 개정되기 전의 것) 제33조 제1항의 규정 취지에 비추어 보면, 수산업법 제44조 소정의 어업의 신고는 행정청의 수리에 의하여 비로소 그 효과가 발생하는 이른바 '수리를 요하는 신고'라고 할 것이고, 따라서 설사 관할관청이 어업신고를 수리하면서 공유수면매립구역을 조업구역에서 제외한 것이 위법하다고 하더라도, 그 제외된 구역에 관하여 관할관청의 적법한 수리가 없었던 것이 분명한 이상 그 구역에 관하여는 같은 법 제44조 소정의 적법한 어업신고가 있는 것으로 볼 수 없다.

【참조조문】

- [1] 공유수면매립법 제7조, 구 수산업법(1995. 12. 30. 법률 제5131호로 개정되기 전의 것) 제2조 제7호, 제16조, 제44조 제1항, 부칙(1990. 8. 1.) 제11조 제2항, 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제40조 제1항
- [2] 수산업법 제81조 제1항 제1호
- [3] 공유수면매립법 제16조 제1항, 민법 제393조, 제750조, 제763조
- [4] 공유수면매립법 제12조, 제20조
- [5] 수산업법 제44조, 구 수산업법시행령(1996. 12. 31. 대통령령 제15241호로 개정되기 전의 것) 제33조 제1항 (현행 제33조 제4항 참조)

【참조판례】

- [1] 대법원 1997. 10. 10. 선고 96다3838 판결(공1997하, 3385), 대법원 1999. 11. 26. 선고 99다35263 판결 /

[2] 대법원 1996. 7. 26. 선고 94누13848 판결(공1996하, 2677), 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다46450 판결(공1998상, 891), 대법원 1999. 6. 11. 선고 97다54109 판결 /

[3]

[4] 대법원 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결(공2000상, 1) /

[3] 대법원 1997. 3. 28. 선고 96다3258 판결(공1997상, 1199), 대법원 1998. 4. 14. 선고 95다15032, 15049 판결(공1998상, 1310), 대법원 1999. 6. 11. 선고 97다41028 판결(공1999하, 1342), 대법원 1999. 9. 17. 선고 98다5548 판결(공1999하, 2173)

【전문】

【원고,선정당사자,상고인】 원고 1 외 205인 (소송대리인 변호사 이홍길)

【피고,피상고인】 농어촌진흥공사 (소송대리인 동화법무법인 담당변호사 임두빈 외 6인)

【원심판결】 대전고법 1999. 6. 4. 선고 98나4383 판결

【주문】

원심판결을 파기한다. 사건을 대전고등법원에 환송한다.

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 원심판결 이유와 원심이 인용하고 있는 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여 다음과 같은 사실을 인정하고 있다.

피고는 구 농촌근대화촉진법(1995. 12. 29. 법률 제5077호 농지개량조합법 부칙 제2조에 의하여 폐지)에 의한 농지개량 사업의 일환으로 시행하는 홍보지구 농업종합개발사업의 시행자인바, 1991. 3. 25. 농림수산부고시 제91-9호로 고시된 위 홍보지구 농업종합개발사업(이하 '이 사건 공공사업'이라고 한다) 시행계획은 다음과 같다.

① 사업목적 : 수자원확보, 농업기반조성

② 사업구역 : 충남 홍성군 (주소 1 생략), (주소 2 생략), (주소 3 생략), (주소 4 생략), (주소 5 생략), (주소 6 생략), (주소 7 생략), (주소 8 생략), (주소 9 생략), 보령시 (주소 10 생략), (주소 11 생략), (주소 12 생략), (주소 13 생략)

③ 사업면적 : 8,100 ha

④ 사업내용 : 방조제, 배수갑문, 수질개선시설, 진입도로, 양수장, 용수로 등의 시설공사

이 사건 공공사업은 1991. 8. 21.경 그 사업의 시행인가가 고시되었고, 피고는 위 사업과 관련하여 1991. 11. 8. 공유수면매립면허를 받아 이는 1991. 11. 13. 농림수산부 고시 제91-35호로 고시되었으며, 1992. 1. 25.에는 농림수산부 고시 제92-9호로 공유수면매립공사 실시계획인가 고시가 이루어졌는바, 그 후 피고는 이 사건 공공사업에 따른 공사에 착공하여 그 방조제 설치 등의 공사를 진행하고 있다.

한편, 원고(선정당사자)들 및 선정자들(이하 '원고들'이라고 한다) 중 일부는 이 사건 공공사업의 시행계획고시일 이후인 1991. 8. 2.부터 같은 해 11월 19일까지 사이 및 1994년경과 1995년경에 걸쳐 보령군수에게 수산업법 제44조에 의

한 신고를 하여 보령군수로부터 보령군 (주소 11 생략) 해상 일원을 조업구역(단, 일부 원고들에 대하여는 이 사건 공공사업 시행계획이 고시된 구역을 제외한 나머지 부분만이 조업구역으로 되었다.

)으로 하여 바지락, 굴 등을 채취하는 맨손어업 신고필증을 교부받았다.

나. 원심은 위 인정 사실을 기초로, 원고들은 위 사업구역 내의 어장에서 관행으로 어업에 종사해온 관행어업권자들인데, 피고가 원고들에 대하여 보상하거나 원고들의 동의를 받음 없이 공유수면매립공사를 시행하여 원고들의 관행어업권을 소멸시키는 손해를 입었으므로 그 손해배상을 구한다는 원고들의 주장에 대하여 구 농촌근대화촉진법에 의한 농지개량사업과 이와 관련된 공유수면매립공사에 있어서 손실보상을 받을 수 있는 자는 어업권자 또는 수산업법 제2조 제7호가 규정하는 '입어자'라 할 것인데, 원고들이 어업권자가 아님은 그 주장 자체에 의하여 분명하고, 한편 위 규정에 따른 '입어자'로 인정되기 위하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 어업권원부에 등록하여야 하는데, 원고들이 어업권원부에 등록하였다는 점을 인정할 증거가 없으니 원고들은 수산업법 제2조 제7호가 규정하는 입어자에도 해당하지 아니하여 원고들은 구 농촌근대화촉진법 및 공유수면매립법에 의하여 보상받을 권리가 있는 자들이 아니고, 따라서 피고가 원고들에게 보상을 하지 아니하고 공유수면매립공사를 비롯한 이 사건 공공사업을 시행하였다고 하더라도 그것이 원고들에 대하여 불법행위가 된다고 할 수 없다고 판단하고, 나아가 설사 원고들이 관행어업권자로서는 보호받을 수 없다고 하더라도 최소한 신고어업자로서의 보호는 받아야 하므로 피고는 신고어업의 폐지에 따른 손실보상액 상당의 손해배상은 하여야 한다는 원고들의 주장에 대하여는, ① 피고가 이 사건 공공사업을 시행한 것만 가지고는 수산업법 제81조에 규정된 신고어업에 대한 제한 등 행정처분이 있는 경우에 해당한다고 할 수 없고, ② 원고들의 신고어업이 피고의 사업시행으로 피해를 입었다고 하기 위하여서는 이 사건 공공사업의 사업시행계획 고시가 있기 전에 어업의 신고가 있는 경우라야 하는데, 이 사건에서 원고들은 모두 사업시행계획 고시일인 1991. 3. 25.이 경과한 후에야 비로소 맨손어업의 신고를 하였을 뿐이니 이 사건 공공사업 시행으로 원고들의 신고어업에 어떤 손해가 발생하였다고 보기 어려우며, ③ 한편 원고들 중 상당수는 그 맨손어업의 신고필증상의 조업구역이 이 사건 공공사업 시행계획이 고시된 구역을 제외한 구역으로 한정되어 있으므로 그 경우에는 이 사건 사업시행으로 그 맨손어업에 어떤 식으로든 손해가 발생할 여지가 전혀 없는 것이라고 판단하여 원고들의 이 사건 청구를 모두 기각하고 있다.

2. 관행어업권 침해에 관한 상고이유에 대하여

1990. 8. 1. 법률 제4252호로 개정되어 1991. 2. 1.부터 시행된 수산업법(이하 '개정 수산업법'이라고 한다)은 제40조 제1항에서 "공동어업의 어업권자는 종래의 관행에 의하여 그 어업장에서 어업하는 자의 입어를 거절할 수 없다.

"고만 하고 있던 입어의 관행에 관한 종전의 규정을 "공동어업의 어업권자는 제2조 제7호의 입어자에 대하여는 제38조의 어장관리규약이 정하는 바에 의하여 당해 어장에 입어하는 것을 허용하여야 한다.

"라는 것으로 고쳐 규정하고, 제2조 제7호에서 입어자의 정의 규정을 새로 두어 "입어자라 함은 제44조의 규정에 의하여 어업의 신고를 한 자로서 공동어업권이 설정되기 전부터 당해 수면에서 계속적으로 수산동식물을 포획·채취하여 온 사실이 대다수 사람들에게 인정되는 자 중 대통령령이 정하는 바에 의하여 어업권원부에 등록된 자를 말한다.

"라고 규정하고 있으므로, 개정 수산업법 시행 후에 일정한 공유수면에서의 관행에 따른 어업을 권리로 새로 인정받기 위하여는 단순히 종전과 같이 당해 공유수면에서 계속적으로 수산동식물을 포획·채취하여 온 사실이 대다수 사람들

에게 시인되는 것만으로는 부족하고, 개정 수산업법 제44조에 의하여 어업의 신고를 하고 공동어업의 어업권원부에 입어에 관한 사항을 등록할 것을 요하게 된 것은 사실이나(대법원 1997. 10. 10. 선고 96다3838 판결 참조), 한편 개정 수산업법 부칙 제11조 제2항은 "이 법 시행 당시 공동어업의 어장 안에서 입어 관행이 있는 것으로 인정되는 자로서 종전 규정에 의하여 어업권원부에 입어자로 등록하지 아니한 자는 이 법 시행일로부터 2년 이내에 제16조의 규정에 의하여 어업권원부에 등록을 한 경우에 한하여 입어자로 본다.

"고 규정하여 종래의 관행어업권자의 지위에 대하여 경과규정을 따로 두고 있으므로, 종래의 관행어업권자는 위 개정 수산업법의 규정에도 불구하고 그 시행일로부터 2년 동안은 어업의 신고나 어업권원부에의 등록 없이도 종전의 권리를 그대로 유지할 수 있으며, 어업권원부에 입어자로 등록하지 아니한 상태로 2년을 경과하면 그 때 비로소 개정 수산업법에 의한 관행어업권으로 인정될 여지가 더 이상 없게 되어 그 권리가 소멸될 뿐이다.

그렇다면 원심이 이와 달리 개정 수산업법 시행 이후부터는 어업의 신고와 어업권원부에의 등록을 요건으로 하는 개정 수산업법에 의한 입어자만이 존재할 수 있을 뿐, 종래의 관행어업권자로서의 권리는 2년의 유예기간 내인지 여부를 불문하고 더 이상 존재할 여지가 없다는 전제하에, 원고들이 개정 수산업법 시행 이전부터 이 사건 공유수면에서 계속적으로 수산동식물을 포획·채취하여 온 종래의 관행어업권자들인지, 이 사건 공유수면매립공사가 언제 시행된 것인지, 혹시 종래의 관행어업권이 2년의 유예기간 경과로 소멸되기 전에 이 사건 공유수면매립공사가 착공·시행됨으로써 원고들이 실질적이고 현실적인 피해를 입게 된 것은 아닌지 등에 관하여 나아가 심리·판단하지도 아니한 채 원고들이 2년의 유예기간 내에 어업권원부에 등록을 하지 아니하여 개정 수산업법에 의한 입어자가 되지 못한다는 점만을 들어, 피고가 원고들에게 보상을 하지 아니하고 이 사건 공유수면매립공사를 시행하였다고 하더라도 그것이 원고들에 대하여 불법행위가 되는 것은 아니라고 단정해 버린 것은 개정 수산업법 부칙 제11조 제2항의 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니한 위법을 저지른 것이라고 할 것이다.

상고이유 중 이 점을 지적하는 부분은 이유 있다.

3. 신고어업 침해에 관한 상고이유에 대하여

개정 수산업법 제81조 제1항 제1호는 "동법 제34조 제1항 제1호 내지 제5호와 제35조 제8호(제34조 제1항 제1호 내지 제5호에 해당하는 경우에 한한다.

)의 규정에 해당되는 사유로 인하여 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 처분을 받았거나 당해 사유로 인하여 제14조의 규정에 의한 어업면허의 유효기간의 연장이 허가되지 아니함으로써 손실을 입은 자는 그 처분을 행한 행정관청에 대하여 보상을 청구할 수 있다.

"라고 규정하고 있으므로, 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 위와 같은 처분으로 인하여 손실을 입은 자는 처분을 한 행정관청 또는 그 처분을 요청한 행정관청이 속한 권리주체인 지방자치단체 또는 국가를 상대로 민사소송으로 손실보상금지급청구를 할 수 있고, 이러한 법리는 농어촌진흥공사가 농업을 목적으로 하는 매립 또는 간척사업을 시행함으로써 인하여 개정 수산업법 제44조의 규정에 의한 어업의 신고를 한 자가 더 이상 신고한 어업에 종사하지 못하게 되어 손실을 입은 경우에도 같이 보아야 할 것이며(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다46450 판결 참조), 한편 이와 같이 적법하게 어업의 신고를 하고 공유수면매립사업지구 내에서 신고한 어업에 종사하고 있던 어민들에 대하여 손실보상을 할 의무가 있는 사업시행자가 손실보상의무를 이행하지 아니한 채 공유수면매립공사를 시행함으로써

실질적이고 현실적인 침해를 가하였다면 이는 불법행위를 구성하고, 이 경우 어업의 신고를 한 자가 입게 되는 손해는 그 손실보상금 상당액이라고 할 것이다(대법원 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결 등 참조).

따라서 원심이 원고들 중 일부가 개정 수산업법 제44조의 규정에 의하여 적법하게 어업의 신고를 한 사실을 인정하고서도 신고 어업의 폐지에 따른 손실보상금 상당액의 손해배상을 구하는 원고들의 주장에 대하여 "피고가 이 사건 공공사업을 시행한 것만 가지고는 개정 수산업법 제81조에 규정된 신고어업에 대한 제한 등 행정처분이 있는 경우에 해당한다고 할 수 없다.

"는 이유를 들어 이를 배척한 것은 신고 어업에 대한 손해배상에 관하여 법리오해의 위법을 저지른 것이라고 아니 할 수 없다.

상고이유 중 이 점을 지적하는 부분 또한 이유 있다.

다만, 일정한 공유수면에 관하여 매립면허가 고시된 후에 한 어업의 신고는 공유수면매립사업의 시행과 그로 인한 신고 어업의 제한이 이미 객관적으로 확정되어 있는 상태에서 그 제한을 전제로 하여 한 것이라고 볼 것이므로 공유수면매립면허가 고시된 후에 어업의 신고를 한 자는 그 이전에 신고를 마친 자와는 달리 그 공유수면매립사업의 시행으로 인하여 특별한 손실을 입게 되었다고 할 수는 없다고 할 것이다(대법원 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결 참조). 따라서 원심으로서 원고들의 이 부분 주장을 판단함에 있어서는 원고들이 이 사건 공유수면매립면허가 고시되기 이전에 어업의 신고를 하였는지 여부를 먼저 따져 보아야 할 것이다.

그리고 어업의 신고에 관하여 유효기간을 설정하면서 그 기산점을 '수리한 날'로 규정하고, 나아가 필요한 경우에는 그 유효기간을 단축할 수 있도록까지 하고 있는 개정 수산업법 제44조 제2항의 규정 취지 및 어업의 신고를 한 자가 공익상 필요에 의하여 한 행정청의 조치에 위반한 경우에 어업의 신고를 수리한 때에 교부한 어업신고필증을 회수하도록 하고 있는 구 수산업법시행령(1996. 12. 31. 대통령령 제15241호로 개정되기 전의 것) 제33조 제1항의 규정 취지에 비추어 보면, 개정 수산업법 제44조 소정의 어업의 신고는 행정청의 수리에 의하여 비로소 그 효과가 발생하는 이른바 '수리를 요하는 신고'라고 할 것이다.

따라서 설사 관할관청이 원고들 중 일부의 어업 신고를 수리하면서 이 사건 공유수면매립구역을 조업구역에서 제외한 것이 위법하다고 하더라도, 그 제외된 구역에 관하여 관할관청의 적법한 수리가 없었던 것이 분명한 이상 그 구역에 관하여는 개정 수산업법 제44조 소정의 적법한 어업 신고가 있는 것으로 볼 수 없다고 할 것이다.

이 점도 아울러 지적해두고자 한다.

4. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단케 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 이용우(재판장) 김형선 이용훈(주심) 조무제