

손해배상(기)

[대법원 1999. 6. 11. 97다41028]



【판시사항】

- [1] 구 수산업법 제40조 소정의 '입어의 관행에 따른 권리'(관행어업권)의 의미
- [2] 구 수산업법 제40조 소정의 관행어업권은 반드시 어촌계의 총유에 속하는 것인지 여부(소극)
- [3] 구 수산업법 제40조 소정의 관행어업권이 인정되는 어민의 자격요건 및 가동연한
- [4] 공유수면매립면허를 받은 자가 공유수면에 관하여 권리를 가진 자에 대한 보상 없이 매립사업을 시행하여 손해를 입힌 경우, 불법행위의 성립 여부(적극) 및 손해배상의 범위(=손실보상금 상당액)
- [5] 구 수산업법 제40조 소정의 관행어업권의 소멸에 따른 손해액의 평가 방법

【판결요지】

- [1] 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 개정되기 전의 것) 제40조 소정의 '입어의 관행에 따른 권리'(관행어업권)는 어떤 어업장에 대한 공동어업권 설정 이전부터 어업의 면허 없이 당해 어업장에서 오랫동안 계속하여 수산동식물을 채포 또는 채취함으로써 그것이 대다수 사람들에게 일반적으로 시인될 정도에 이른 것을 말하는 것이므로, 당해 공유수면에 공동어업권이 설정되어 있는지의 여부를 불문하고 인정될 수 있는 것이지, 공동어업권이 설정되고 나면 비로소 이 공동어업권에 제한을 가하는 제한물권적인 권리가 발생하는 것이라고 볼 수 없다.
- [2] 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 개정되기 전의 것) 제40조 소정의 관행어업권은 그 성질에 비추어 반드시 어촌계의 총유에 속하는 것은 아니다.
- [3] 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 개정되기 전의 것) 제40조 소정의 관행어업권은 원칙적으로 독립세대별로 인정되고 차남 이하 분가자나 외지로부터의 전입자에 대하여는 일정한 기간이 경과되어야 인정되며, 이 경우에도 그러한 어업을 계속할 수 있는 노동능력과 의사를 가진 자로서 20세부터 60세가 될 때까지의 자에 대하여만 인정된다.
- [4] 공유수면매립의 면허를 받은 자가 공유수면매립법 제16조 제1항에 의한 보상을 함이 없이 공유수면매립사업을 시행하여 그 보상을 받을 권리를 가진 자에게 손해를 입혔다면 이는 불법행위를 구성하는 것이고, 보상을 받을 권리자가 입게 되는 손해는 그 손실보상금 상당액이다.
- [5] 어장에 단순히 입어하여 수산동식물을 채포 또는 채취하여 온 경우 그들이 가지는 관행어업권은 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제8조, 제24조에 의하여 공동어업 등 면허에 의하여 인정되는 어업권과 같이 일정한 공유수면을 전용하면서 그 수면에서 배타적으로 수산동식물을 채포 또는 채취할 수 있는 독점적인 권리라기보다는 단지 타인의 방해를 받지 않고 일정한 공유수면에 출입하면서 수산동식물을 채포 또는 채취할 수 있는 권리에 지나지 않으므로, 그러한 권리의 소멸에 따른 손실을 평가함에 있어서 일정한 공유수면을 전용하면서 그 수면에서 배타적으로 수산동식물을 채포 또는 채취할 수 있는 독점적인 권리인 같은 법 제8조, 제24조에 의하여 공동어업 등의 면허에 의하여 인정되는 어업권이 취소되는 경우에 대한 보상 방식을 유추적용할 수는 없고 오히려 이는 실질상 같은 법 제22조 소정의 신고어업의 형태와 유사한 것이라고 볼 수 있고, 이와 같은 권리의 소멸에 따른 손실을 평가함에 있어서도 신고어업의 보상에 관한 규정을 유추적용함이 상당한바, 구 수산

업법령에 신고어업에 관한 손실보상 기준이 규정되어 있지는 않았지만 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙(1988. 4. 25. 건설부령 제435호로 개정되어 1991. 10. 28. 건설부령 제493호로 개정되기 전의 것) 제25조의2 제1항은 "어업허가를 받거나 어업신고를 하고 제방공사·방조제공사 등 공공사업의 시행으로 인하여 그 어업을 계속할 수 없어 폐업 또는 휴업하는 경우의 손실액은 폐업에 있어서는 최근 3년간의 소득을 산술평균한 2년분의 순소득액(법인의 경우에는 순수익액)을, 휴업의 경우에는 실제 휴업기간에 해당하는 순소득액(법인의 경우에는 순수익액)을 기준으로 하여 평가한다. 다만 휴업기간이 2년 이상인 경우에는 폐업으로 보아 이를 평가한다."라고 규정하고 있으므로, 이를 유추적용하여 손해액을 평가함이 상당하다.

【참조조문】

- [1] 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제40조
- [2] 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제40조
- [3] 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제40조
- [4] 공유수면매립법 제16조 제1항, 민법 제393조, 제750조, 제763조
- [5] 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것) 제8조, 제22조, 제24조, 제40조, 공유수면매립법 제6조, 제16조 제1항, 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙(1991. 10. 28. 건설부령 제493호로 개정되기 전의 것) 제25조의2 제1항

【참조판례】

- [1]
- [2] 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카14250 판결(공1989, 1215) / [1]
- [3] 대법원 1998. 7. 24. 선고 97다22935 판결 / [1] 대법원 1969. 3. 31. 선고 69다173 판결(집17-1, 민408), 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다45701 판결(공1994상, 1332) /
- [2] 대법원 1998. 12. 11. 선고 96다15176 판결 /
- [4]
- [5] 대법원 1998. 4. 14. 선고 95다15032, 15049 판결(공1998상, 1310) /
- [4] 대법원 1990. 6. 12. 선고 89다카9552 전원합의체 판결(공1990, 1450), 대법원 1997. 3. 28. 선고 96다3258 판결(공1997상, 1199), 대법원 1997. 11. 14. 선고 97다32529 판결(공1997하, 3835) /
- [5] 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다45701 판결(공1994상, 1332), 대법원 1995. 9. 15. 선고 94다55323 판결(공1995하, 3380), 대법원 1998. 7. 24. 선고 97다22935 판결

【전문】

【원고,상고인겸피상고인(선정당사자)】

【피고,피상고인겸상고인】 한국수자원공사 (소송대리인 법무법인 광장 담당변호사 박우동 외 3인)

【원심판결】 서울고법 1997. 8. 1. 선고 97나1978 판결

【주문】

원심판결 중 원심판결 첨부 별지 제2목록 기재 선정자들의 청구에 관한 부분을 제외한 나머지 부분을 파기하고, 파기된 부분의 사건을 서울고등법원에 환송한다. 파기에서 제외된 부분에 관한 원고(선정당사자)들의 상고를 기각한다.

【이유】

원고(선정당사자, 아래에서는 원고라고만 한다)들의 상고이유와 피고의 상고이유를 함께 판단한다.

1. 피고의 상고이유 제1점에 관하여

구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 개정되기 전의 법률, 아래에서는 구 수산업법이라고만 한다) 제40조 소정의 '입어의 관행에 따른 권리'(아래에서는 관행어업권이라고만 한다)는 어떤 어업장에 대한 공동어업권 설정 이전부터 어업의 면허 없이 당해 어업장에서 오랫동안 계속하여 수산동식물을 채포 또는 채취함으로써 그것이 대다수 사람들에게 일반적으로 시인될 정도에 이른 것을 말하는 것이므로(대법원 1994. 3. 25. 선고 93다45701 판결 참조), 당해 공유수면에 공동어업권이 설정되어 있는지의 여부를 불문하고 인정될 수 있는 것이지, 공동어업권이 설정되고 나면 비로소 이 공동어업권에 제한을 가하는 제한물권적인 권리가 발생하는 것이라고 볼 수 없다(대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카14250 판결, 1998. 7. 24. 선고 97다22935 판결 등 참조).

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 구 수산업법상의 관행어업에 관한 법리오해의 위법은 없다.

2. 피고의 상고이유 제2점에 관하여

구 수산업법 소정의 관행어업권은 그 성질에 비추어 반드시 어촌계의 총유에 속하는 것은 아니다(대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카14250 판결, 1998. 12. 11. 선고 96다15176 판결 등 참조).

원심이 같은 취지에서 이 사건 어장에서 입어에 종사하는 관행어업권자들은 규약을 만들어 단체의사를 형성하여 단체활동을 하는 것이 아니고 다만 한 고을에 함께 사는 주민들로서 함께 이 사건 어장에서 입어활동에 종사해 왔을 뿐이라고 판단하여, 관행어업권은 어촌계의 총유이므로 어촌계 구성원 각자가 관행어업권자임을 전제로 한 이 사건 청구는 부당하다는 피고의 주장을 배척하였는바, 기록에 비추어 살펴보니 원심의 이러한 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 권리의 준총유에 관한 법리오해 등의 위법은 없다.

3. 원고의 상고이유 제2점에 관하여

구 수산업법 제40조 소정의 관행어업권은 원칙적으로 독립세대별로 인정되고 차남 이하 분가자나 외지로부터의 전입자에 대하여는 일정한 기간이 경과되어야 인정되며, 이 경우에도 그러한 어업을 계속할 수 있는 노동능력과 의사를 가진 자로서 20세부터 60세가 될 때까지의 자에 대하여만 인정된다 함이 대법원의 판례이다(대법원 1998. 7. 24. 선고 97다22935 판결 참조).

원심이, 그와 같은 기준에 따라 원심판결 첨부 별지 제3목록 기재 선정자들은 피고가 원심 판시의 방조제공사를 시행할 당시인 1988. 4. 5.을 기준으로 이 사건 어장에 대하여 관행어업권을 가지고 있다고 볼 수 없다고 하여, 이 사건 방조 제공사로 인하여 관행어업권이 상실되었음을 이유로 그 손해배상을 구하는 위 선정자들의 청구를 배척하였다.

기록에 비추어 살펴본즉, 원심의 이와 같은 사실인정 및 판단은 정당하고, 그 인정 및 판단에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 관행어업에 종사하는 어민의 가동연한에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

4. 원고의 상고이유 제1점 및 피고의 상고이유 제3점에 관하여

원심은 원심판결 첨부 제2목록 기재 선정자들을 제외한 나머지 선정자들이 종래부터의 관행에 따라 이 사건 어장(개펄)에서 별다른 시설물 없이 자연산 어패류인 맛, 가무락, 동죽, 바지락, 칩게 등을 채취함으로써 이 사건 어장에 대한 관행어업권을 취득한 사실, 피고가 그 나머지 선정자들에 대한 아무런 보상을 함이 없이 이 사건 방조제공사를 시행하여 이 사건 어장에 대하여 어장으로서의 기능을 완전히 상실하게 한 사실을 인정한 다음, 피고의 위와 같은 불법행위로 인하여 그 나머지 선정자들이 입은 손해를 산정함에 있어서는 구 수산업법 제8조, 제24조에 따른 공동어업 등의 면허에 의하여 인정되는 어업권이 취소되는 경우에 대한 보상방식을 정한 구 수산업법시행령(1991. 2. 18. 대통령령 제13308호로 전문 개정되기 전의 시행령) 제72조의 규정을 유추적용하였다.

일반적으로는, 공유수면매립의 면허를 받은 자가 공유수면매립법 제16조 제1항에 의한 보상을 함이 없이 공유수면매립 사업을 시행하여 그 보상을 받을 권리를 가진 자에게 손해를 입었다면 이는 불법행위를 구성하는 것이고(대법원 1997. 3. 28. 선고 96다3258 판결 참조), 보상을 받을 권리가 입게 되는 손해는 그 손실보상금 상당액이다(대법원 1990. 6. 12. 선고 89다카9552 전원합의체 판결 참조).

그런데 위의 선정자들과 같이 이 사건 어장에 단순히 입어하여 수산동식물을 채포 또는 채취하여 온 경우 그들이 가지는 관행어업권은 구 수산업법 제8조, 제24조에 의하여 공동어업 등 면허에 의하여 인정되는 어업권과 같이 일정한 공유수면을 전용하면서 그 수면에서 배타적으로 수산동식물을 채포 또는 채취할 수 있는 독점적인 권리라기보다는 단지 타인의 방해받지 않고 일정한 공유수면에 출입하면서 수산동식물을 채포 또는 채취할 수 있는 권리에 지나지 않는다고 할 것이다.

따라서 그러한 권리의 소멸에 따른 손실을 평가함에 있어서 일정한 공유수면을 전용하면서 그 수면에서 배타적으로 수산동식물을 채포 또는 채취할 수 있는 독점적인 권리인 구 수산업법 제8조, 제24조에 의하여 공동어업 등의 면허에 의하여 인정되는 어업권이 취소되는 경우에 대한 보상 방식을 유추적용할 수는 없다.

오히려 앞서 본 바와 같이 그 선정자들이 종래부터의 관행에 따라 이 사건 어장에서 별다른 시설물 없이 자연산 어패류인 맛, 가무락, 동죽, 바지락, 칩게 등을 채취하는 어업을 하여 왔으므로, 이는 실질상 구 수산업법 제22조 소정의 신고어업의 형태와 유사한 것이라고 볼 수 있고, 그 선정자들의 이와 같은 권리의 소멸에 따른 손실을 평가함에 있어서도 신고어업의 보상에 관한 규정을 유추적용함이 상당할 것이다.

위의 구 수산업법령에는 신고어업이 취소된 경우 등에 관한 손실보상 기준이 규정되어 있지 않았지만 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙(1988. 4. 25. 건설부령 제435호로 개정되어 1991. 10. 28. 건설부령 제493호로 개정되기 전의 것) 제25조의2 제1항은 "어업허가를 받거나 어업신고를 하고 제방공사·방조제공사 등 공공사업의 시행으로 인하여 그 어업을 계속할 수 없어 폐업 또는 휴업하는 경우의 손실액은 폐업에 있어서는 최근 3년간의 소득을 산술평균한 2년분의 순소득액(법인의 경우에는 순수익액)을, 휴업의 경우에는 실제 휴업기간에 해당하는 순소득액(법인의 경우에는 순수익액)을 기준으로 하여 평가한다.

다만 휴업기간이 2년 이상인 경우에는 폐업으로 보아 이를 평가한다.

"라고 규정하고 있으므로, 이를 유추적용하여 이 사건 손해액을 평가함이 상당하다(대법원 1998. 4. 14. 선고 95다15032, 15049 판결, 1998. 7. 24. 선고 97다22935 판결 등 참조).

그럼에도 불구하고 원심이 위의 선정자들의 손해액을 산정하면서 면허어업의 취소 등에 관한 손실보상액 산정 방식을 채택한 것은 손해액 산정의 법리를 오해한 나머지 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라고 할 것이어서 이 점을 지적하는 피고의 상고이유의 주장은 정당하다.

한편, 이 부분에 관련한 원고의 상고이유는 공동어업 등의 면허에 의한 어업권이 취소된 경우의 손실보상액 산정 방식을 이 사건에 유추적용할 것을 전제로 하여 원심이 산정한 손해배상액을 다투는 것인바, 앞서 피고의 상고이유 주장에 대한 판단 부분에서 살펴본 바와 같이 이와 같은 방법을 채택하여 손해배상액을 산정한 원심의 판단이 그릇된 것으로 밝혀져 손해배상액을 다시 심리·판단할 수밖에 없게 된 이상, 이 부분 원고의 상고이유에 관하여는 별도로 판단하지 않기로 한다.

4. 그러므로 원고 및 피고의 각 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결 중 원심판결 첨부 별지 제2목록 기재 선정자들의 청구에 관한 부분을 제외한 나머지 부분을 파기하고, 파기된 부분의 사건을 다시 심리·판단케 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 파기에서 제외된 위의 목록 기재 선정자들의 청구 부분에 관한 원고들의 상고를 기각하기로 관여 대법관들의 의견이 일치되어 주문에 쓴 바와 같이 판결한다.

대법관 김형선(재판장) 정귀호 이용훈 조무제(주심)