손해배상(기)

[대법원 2001. 12. 11. 선고 99다56697 판결]

【판시사항】

- [1] 구 국가배상법을 적용하여 배상심의회의 배상결정 등을 거치지 아니하였다는 이유로 소를 각하한 원심판결에 대하여 원고만이 상고한 사건에서, 청구가 기각될 것이 분명하여 불이익변경금지의 원칙에 따라 원심판결을 파기하는 대신 상고를 기각한 사례
- [2] 양식어업이나 정치어업에 관하여 관행어업권이 성립될 수 있는지 여부(소극)
- [3] 일정한 시설의 고정설치에 의한 굴 채묘어업에 관하여 관행어업권이 성립될 수 없다고 한 사례
- [4] 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙 제25조의3 제1항 단서에 의하여 보상하여야 하는 손실에 고정시설물 자체에 대한 손실 외에 시설에 부착하여 성장하는 생물에 대한 손실도 포함되는지 여부(적극)
- [5] 개발사업 착공 당시에는 고정시설에 부착하여 성장중인 굴 치패가 존재하지 않았다는 이유로 그에 대한 손실보상청구를 받아들이지 않은 사례

【판결요지】

- [1] 국가배상법이 2000. 12. 29. 법률 제6310호로 개정되면서 임의적 전치주의로 바뀌었고, 이 개정규정은 같은 법 부칙 제2항에 의하여 개정법의 시행 당시 법원에 계속중인 손해배상의 소송사건에 대하여도 적용되므로, 배상심의회의 배상결정 등을 거치지 아니하였다고 하여 소를 각하한 원심판결이 위법하게 되었으나, 원고만이 상고하였고 청구가 본안에서 기각될 것이 분명하기 때문에 불이익변경금지의 원칙에 따라 원심판결을 파기하는 대신 상고를 기각한 사례.
- [2] 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 개정되기 전의 것)상의 관행어업권은 면허에 의하여 인정되는 어업권과 같이 일정한 공유수면을 전용(專用)하면서 그 수면에서 배타적으로 수산동식물을 채포할 수 있는 독점적인 권리라기보다는 단지 타인의 방해를 받지 않고 일정한 공유수면에 출입하면서 수산동식물을 채포할 수 있는 권리에 지나지 않는 것으로, 일정한 수면을 구획하여 그 수면의 바닥을 이용 또는 기타 시설을 하여 패류·해조류 등 수산동식물을 인위적으로 증식하는 양식어업이나 일정한 수면을 구획하는 어구를 정치하여 수산동식물을 채포하는 정치어업에 관하여는 성립될 여지가 없다.
- [3] 일정한 시설의 고정설치에 의한 굴 채묘어업은 그 어업형태로 보아 일정 수면을 구획하여 배타적으로 지배하며 어업시설을 장기간 정치하는 점에서 양식어업이나 정치어업과 다르지 아니하므로 관행어업권의 대상으로 될 수 없다고 한 사례.
- [4] 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙 제25조의3 제1항 단서는, 관계 법령에 의하여 당해 공공사업에 관한 계획의 고시 등이 있을 후에 하거나, 허가·면허 또는 신고 등이나 자격 없이 하는 어업 등의 경우에도 당해 어업시설 등의 매각이나 이전에 따른 손실은 이를 보상한다고 규정하고 있는바, 이 규정에 의하여 보상하여야 하는 손실은 반드시 당해 어장에 설치한 인공시설물 자체에 관하여 생긴 손실에 한정된다고 볼 수 없고, 굴 채묘시설에 부착된 굴 치패 등과 같이 그 시설에 의하여 성장되고 있는 것에 발생한 손실도 인공적인 살포에 의하여 양식되고 있거나 자연적으로 부착하여 성장되고 있거나 구별하지 않고 보상의 대상이 된다고 봄이 상당하다.
- [5] 개발사업 착공 당시에는 고정시설에 부착하여 성장중인 굴 치패가 존재하지 않았다는 이유로 그에 대한

손실보상청구를 받아들이지 않은 사례.

【참조조문】

[1]

[구 국가배상법\(2000. 12. 29. 법률 제6310호로 개정되기 전의 것\) 제9조](#),
[국가배상법 제9조](#),
[부칙\(2000. 12. 29.\) 제2항](#),[민사소송법 제385조](#)

[2]

[구 수산업법\(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것\) 제40조 \(현행 제40조 참조\)](#)

[3]

[구 수산업법\(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문 개정되기 전의 것\) 제40조 \(현행 제40조 참조\)](#)

[4]

[공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙 제25조의3 제1항](#)

[5]

[공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙 제25조의3 제1항](#),
[구 공유수면매립법\(1999. 2. 8. 법률 제5911호로 전문 개정되기 전의 것\) 제4조 \(현행 제9조 참조\)](#),
[제7조 \(현행 제13조 참조\)](#),
[구 공유수면매립법시행령\(1999. 8. 6. 대통령령 제16515호로 전문 개정되기 전의 것\) 제23조](#)

【참조판례】

[1]

[대법원 1999. 6. 8. 선고 99다17401, 17418 판결\(공1999하, 1341\)](#),
[대법원 2001. 9. 7. 선고 99다50392 판결\(공2001하, 2172\)/](#)

[2]

[대법원 1995. 9. 15. 선고 94다55323 판결\(공1995하, 3380\)](#),
[대법원 1999. 9. 3. 선고 98다8790 판결\(공1999하, 2005\)](#),
[대법원 1999. 11. 12. 선고 98다25979 판결\(공1999하, 2472\)](#)

【전문】

【원고,상고인】

의창수산업협동조합 놀차어촌계 (소송대리인 법무법인 일원 담당변호사 이일영 외 1인)

【피고,피상고인】

한국토지공사 외 1인 (소송대리인 변호사 정양진 외 1인)

【원심판결】

부산고법 1999. 8. 26. 선고 98나12584 판결

【주문】

상고를 기각한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

【이유】

상고이유(기간 경과 후에 제출된 각 보충상고이유서는 상고이유를 보충하는 범위 안에서)를 본다.

1. 피고 부산광역시에 대한 주위적 청구 중 손해배상청구에 대하여

가. 원심은, 원고의 피고 부산광역시에 대한 이 사건 손해배상청구는 국가배상법 제2조에 의한 청구로서 구 국가배상법(2000. 12. 29. 법률 제6310호로 개정되기 전의 것) 제9조에 의한 전치절차를 거치지 않았음을 이유로 이를 각하한 제1심판결을 유지하였다.

나. 그런데 국가배상법은 2000. 12. 29. 법률 제6310호로 개정되면서 임의적 전치주의로 바뀌었고, 같은 법 부칙 제2항에 의하면, 이 법 시행 당시 법원에 계속중인 손해배상의 소송사건에 대하여도 이 법의 개정규정을 적용하도록 하고 있으므로, 배상심의회의 배상결정 등을 거치지 아니하였다고 하여 이 부분 청구가 부적법하다고 한 원심의 조치는 위법임을 면할 수 없게 되었다.

그러나 뒤에서 보는 바와 같이 원고가 피고들의 개발사업 시행으로 침해당하였다고 주장하는 이 사건 굴 채묘어업은 관행어업권의 대상이 되는 어업에 해당하지 아니하므로, 이에 관한 관행어업권자임을 전제로 하는 원고의 이 부분 손해배상청구는 그 나머지 점에 대하여 살펴볼 필요 없이 본안에서 기각되어야 할 것이 분명하다.

따라서 이 부분 손해배상청구가 부적법하다고 하여 이를 각하한 제1심판결을 유지한 원심판결은 파기되어야 마땅하나, 앞에서 본 바와 같이 원고의 이 부분 청구는 기각될 것이 분명한데 원고만이 상고한 이 사건에서 불이익변경금지의 원칙상 상고인인 원고에게 불이익하게 청구기각의 판결을 할 수는 없는 것이므로, 원심판결을 파기하는 대신 원고의 이 부분 상고를 기각하기로 한다.

2. 이 사건 굴 채묘어업에 대한 관행어업권이 성립할 수 있는지 여부에 대하여

가. 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 개정되기 전의 것)상의 관행어업권은 면허에 의하여 인정되는 어업권과 같이 일정한 공유수면을 전용(專用)하면서 그 수면에서 배타적으로 수산동식물을 채포할 수 있는 독점적인 권리라기보다는 단지 타인의 방해받지 않고 일정한 공유수면에 출입하면서 수산동식물을 채포할 수 있는 권리에 지나지 않는 것으로, 일정한 수면을 구획하여 그 수면의 바닥을 이용 또는 기타 시설을 하여 패류·해조류 등 수산동식물을 인위적으로 증식하는 양식어업이나 일정한 수면을 구획하는 어구를 정치하여 수산동식물을 채포하는 정치어업에 관하여는 성립될 여지가 없다(대법원 1995. 9. 15. 선고 94다55323 판결, 1999. 9. 3. 선고 98다8790 판결, 1999. 11. 12. 선고 98다25979 판결 등 참조).

나. 원심이 적법하게 인정한 사실관계에 의하면, 이 사건 굴 채묘어업은 바다에 1.5m 가량의 지주목을 세운 다음 지주목의 상단에 가로목을 가로와 세로로 엮어서 고정시키고(이 설비를 '채묘상'이라 한다.), 여기에 모패의 산란시기에 맞추어 1.2 내지 1.5m의 줄(연사)에 굴껍질(굴 부착용 채묘기에 해당한다.) 50개를 끼운 채묘

연을 매달아 놓아 수정 후 2주 내외의 부유기에 있는 굴 유생이 채묘연에 부착되도록 한 후(이것이 이른바 자연산 치패이다.), 일정기간 자라서 종패가 되면 굴 양식업자에게 판매하는 것인데, 채묘상은 3, 4년 간격으로, 채묘연은 매년 7월 하순부터 8월 하순 사이에 각 교체하여 설치하고, 종패의 수확시기는 매년 10월부터 이듬해 4월 사이이며, 이 사건 개발사업 시행 당시 원고의 시설량은 견마도 부근 어장의 경우 면적 120 내지 150ha에 190만 연, 신호·송정어촌계 지선 어장의 경우 각 면적 70 내지 90ha에 76만 연, 82만 연이었다.

수산종묘생산업은 수산업법 초기에는 면허 양식어업자가 영위하여 왔으나, 수산업법이 1981. 3. 20. 법률 제 3392호로 개정된 이후부터 허가어업의 대상으로 된 것인데, 이 사건 굴 채묘어업은 그 어업형태로 보아 일정수면을 구획하여 배타적으로 지배하며, 어업시설을 장기간 정치하는 점에서 양식어업이나 정치어업과 다르지 아니하여 관행어업권의 대상으로 될 수는 없음이 명백하다.

원심이 이 사건 굴 채묘어업에 관한 관행어업권의 성립을 인정하지 아니한 것은 이러한 법리에 따른 것으로서 정당하고, 거기에 관행어업권에 관한 법리오해 또는 심리미진 등의 위법이 없다.

이 점을 다투는 상고이유는 받아들이지 아니한다.

3. 1년 분 수입액 상당의 굴 치패 가액 보상청구에 대하여

공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙 제25조의3 제1항 단서는, 관계 법령에 의하여 당해 공공사업에 관한 계획의 고시 등이 있는 후에 하거나, 허가·면허 또는 신고 등이나 자격 없이 하는 어업 등의 경우에도 당해 어업시설 등의 매각이나 이전에 따른 손실은 이를 보상한다고 규정하고 있는바, 이 규정에 의하여 보상하여야 하는 손실은 반드시 당해 어장에 설치한 인공시설물 자체에 관하여 생긴 손실에 한정된다고 볼 수 없고, 이 사건에서 문제되는 굴 채묘시설에 부착된 굴 치패 등과 같이 그 시설에 의하여 성장되고 있는 것에 발생한 손실도 인공적인 살포에 의하여 양식되고 있거나 자연적으로 부착하여 성장되고 있거나 구별하지 않고 보상의 대상이 된다고 봄이 상당하다.

그러나 이 사건의 경우는 원고가 이미 피고들로부터 지급받은 이 사건 굴 채묘어업시설에 대한 보상금 외에 이미 부착된 굴 치패에 대한 손실보상금을 추가로 청구할 수는 없다고 보이는바, 그 이유는 다음과 같다.

구 공유수면매립법시행령(1999. 8. 6. 대통령령 제16515호로 전문 개정되기 전의 것) 제28조, 제23조에 의하면, 구 공유수면매립법(1999. 2. 8. 법률 제5911호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제4조, 제7조에 의하여 매립면허의 고시가 있는 후에 설치한 공유수면 이용시설에 대하여는 면허관청의 설치허가를 받은 경우가 아닌 한 그 시설을 이용할 수 없게 됨으로 인한 손실이나 기타의 손실을 보상하지 않는 것으로 규정하고 있다.

한편, 이 사건의 경우 원심이 적법하게 인정한 사실관계에 의하면, 이 사건 개발사업에 대하여는 1992. 3. 26. 그 실시계획의 승인고시가 있었고{이는 구 산업입지및개발에관한 법률(1993. 8. 5. 법률 제4574호로 개정되기 전의 것) 제23조에 의하여 당시의 구 공유수면매립법 제4조에 의한 매립면허고시의 효력이 있다.}, 그 후 같은 해 5월 초순경 피고들에 의하여 이 사건 개발사업이 착공되었으며, 이 사건 굴 채묘어업의 경우 채묘연의 설치시기는 매년 7월 하순부터 8월 하순 사이이고, 채묘연에 부착되어 자란 굴 종패의 수확기는 같은 해 10월부터 그 이듬해 4월까지이다.

그렇다면 피고들은 원고가 이미 설치한 채묘연에 부착된 굴 종패를 수확한 후 새로 채묘연을 설치하기 전인 5월에 이 사건 개발사업을 착공한 것이므로, 이에 따른 굴 채묘시설의 철거 등으로 인하여 성장중인 굴 치패에 어떠한 손실이 있었다거나 새로 손실을 입은 굴 치패가 존재하였다고 할 수 없고, 가사 피고들이 이 사건

개발사업에 착공한 그 해에 이미 설치한 채묘연의 굴 종패를 수확한 후 새로 채묘연을 설치하였다고 하더라도 이는 이 사건 개발사업에 대한 실시계획의 승인 고시 후에 이루어진 것에 지나지 아니하여 그 시설에 대하여는 손실보상을 청구할 수 없다.

그리고 상고이유에서 주장하는 바와 같이 피고들이 이 사건 굴 채묘시설 자체에 대한 보상금 외에 1년분 수입액에 상당하는 굴 치패 가액의 보상을 하기로 약정하였다고 볼 만한 자료도 찾아볼 수 없다.

따라서 원심이 이유는 다르나 원고가 예비적으로 구하는 굴 치패에 대한 손실보상청구를 기각한 그 결론은 정당하므로, 거기에 법리오해나 판례위반 또는 약정해석의 잘못 등으로 인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

이 부분 청구에 관한 상고이유 역시 받아들이지 아니한다.

4. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.