



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

행정학석사 학위논문

어업손실보상제도의 개선방안에 관한 연구
: 허가어업을 중심으로

A Study on the Improvement Strategies for Fishery Loss
Compensation System: Focusing Authorized Fishery



2016년 2월

한국해양대학교 대학원

통상행정학과

감병희



본 논문을 감병희의 행정학석사
학위논문으로 인준함.



위원장

한 병 호 (인)

위 원

박 상 희 (인)

위 원

강 윤 호 (인)

2015년 12월

한국해양대학교 대학원



목 차

Abstract iii

제 1 장 서 론

제1절 연구의 목적1
제2절 연구의 방법 및 범위2

제 2 장 현행 어업손실보상 제도

제1절 어업손실보상의 관념4
I. 어업손실보상의 정의4
II. 어업손실보상의 법적 근거5
III. 어업손실보상의 법적 성격9
제2절 어업손실보상의 요건10
I. 구성요건10
II. 허용요건15
제3절 어업손실보상의 대상18
I. 면허어업19
II. 허가어업22
III. 신고어업25
제4절 어업손실보상의 방법 및 절차27
I. 어업손실보상의 방법27
II. 어업손실보상의 절차27

Ⅲ. 어업별 손실액의 산출방법 등	28
Ⅳ. 어업손실보상의 기준일	40

제 3 장 어업허가제도의 법적 성격과 주요내용

제1절 허가의 법적 성격	44
Ⅰ. 개념	44
Ⅱ. 법적성격(특허와의 비교)	45
제2절 어업허가의 법적 성격	47
Ⅰ. 관련 법규정	47
Ⅱ. 어업면허(특허)와의 구별	48
제3절 우리나라 어업허가제도의 주요내용	50
Ⅰ. 허가의 정수	50
Ⅱ. 어업허가의 우선순위	51
Ⅲ. 어업허가의 유효기간	52
Ⅳ. 어업허가의 제한 및 조건	54
Ⅴ. 어업허가 지위승계	54

제 4 장 어업손실보상제도의 문제점 및 개선방안

제1절 법제도상 문제점	56
Ⅰ. 공익사업시행지구 밖의 어업손실보상(간접손실보상)	56
Ⅱ. 부관부 어업	62
Ⅲ. 잔여유효기간	71
제2절 법실무상 문제점	73
Ⅰ. 보상대상물건의 확정	73
Ⅱ. 평균연간생산량(어획량) 산정	77
Ⅲ. 어업실적이 없는 경우의 보상액	80

제 5 장 결론

참고문헌

A Study on the Improvement Strategies for Fishery Loss Compensation System: Focusing Authorized Fishery

Kam, Byeong Hee

Department of International Commerce and Maritime Administration
Graduate School of Korea Maritime and Ocean University

Abstract

The Constitutional laws of the Republic of Korea has guaranteed the property right of citizen and to define the infringement of property right by public needs and the compensation. So if there is a loss of fishing by the enforcement of public works, it should be compensated and Act on Acquisition of and Compensation for land, ETC. for Public Works Project, Fisheries Act, Public Waters Management and Reclamation Act and Inland Water Fisheries Act, ETC regulated about compensation of fishery loss.

However, the current fishery losses compensation system is causing confusion in its process and method because of the individual law could not ruled systematically. In other word, the problems of legal regulation such as fishery losses compensation outside of the public works project area, the conditional annexed to the fishing authorization, The remaining validity period and practical problems appear in the fishery loss compensation process such as the decision on the compensation object, the method of

calculation of average annual fish catches, the compensation in the case of no fishery record are caused conflict between promoter and fisherman, delay of compensation and public works and the increase in social costs.

In order to solve these problems, protect the fundamental right of property rights of citizen and promote the public interest by smooth progress of the public work, should be prescribed the standard of fishery loss compensation and its range more clearly and specifically and developed methods of amount of fishery losses survey and appraisal.

This research paper aims at drawing the problems of fishery loss compensation system focus on authorized fishery and proposing reasonable solution. I hope to help progressing smooth public works and protecting legitimate property right of citizen this research.



제 1 장 서 론

제1절 연구의 목적

우리나라 「헌법」 제23조는 국민의 재산권을 보장하고 공공의 필요에 의한 재산권의 침해와 그에 대한 보상을 법률로 정하도록 하고 있다.¹⁾ 따라서 공익사업의 시행으로 인하여 국민의 재산권에 특별한 희생이 발생한 경우, 그 손실은 보상하여야 한다. 전통적으로 이러한 각종 공익사업으로 인한 손실보상은 토지의 수용에 관한 것이 주를 이루어 왔다. 그러나 우리나라의 급격한 경제적 발전과 함께 국토의 공간적 제약을 극복하고 보다 효율적인 이용을 위해 광범위한 해안의 매립의 필요성이 대두되었고, 동시에 어업의 손실에 대한 보상의 비중이 점차 증가하게 되었다. 이러한 어업손실보상에 관하여 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 「토지보상법」이라 한다.), 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」(이하 「공유수면법」이라 한다.), 「수산업법」, 「내수면어업법」 등에서 그 방법 및 절차와 같은 구체적인 내용을 규정하고 있다.²⁾

그러나 현행 어업손실보상제도는 토지의 경우에 비해 보상의 근거가 되는 각 개별 법률이 체계적으로 규율하고 있지 못하여 그 절차와 방법에 있어서 많은 혼란을 불러오고 있다. 즉, 공익사업시행지구 밖의 어업손실보상(간접손실보상)에 관한 문제, 어업허가의 부관(특히, 손실보상금청구권배제 부관)에 관한 문제, 잔여유효기간 적용에 관한 문제와 같은 법률 규정상의 불비로 인한 문제와 보

1) 공용침해를 규정하는 개별법률은 「헌법」 제23조 제3항에 명시된 특별한 요건 이외에 과잉 금지, 「헌법」상의 권한규정, 법치국가원리의 하나인 명확성의 요청, 입법절차에 관한 「헌법」상의 규정 등 객관적인 「헌법」규범에도 부합하여야 한다(박상희, “공용침해의 요건에 관한 연구”, 「고려대학교 박사학위논문」, 1993, 10면).

2) 그 밖의 어업손실보상의 근거법률로는 「항만법」, 「전원개발촉진법」, 「민간투자법」, 「신항만건설촉진법」 등이 있다.

상대상물건 확정에 관한 문제, 평균연간생산량(어획량) 산정 방법에 관한 문제, 어업실적이 없는 경우의 보상액(최소보상액)에 관한 문제와 같은 어업손실보상 절차에서 나타나는 실무상의 문제들로 인해 사업시행자와 어업인 간의 갈등을 유발하여 불필요한 손실보상과 공익사업의 지연을 야기하게 되고, 나아가 사회적 비용의 증가로 이어지게 된다.³⁾

이러한 문제점들을 해결하여 「헌법」이 보장하는 기본권인 국민의 재산권을 보호하고, 원활한 공공사업의 진행을 통해 공익을 도모하기 위해서는 어업손실보상의 기준과 범위 등을 보다 명확하고 상세하게 규정하여야 하며, 어업의 손실액 조사 및 평가기법에 대한 개발 등이 이루어져야 할 것이다.

따라서 본 연구에서는 공익사업으로 인한 어업손실보상에서 수적으로 가장 많은 비중을 차지하는 허가어업을 중심으로 법제도상 문제점과 실무상 문제점을 각각 도출하고 합리적인 손실보상을 위한 개선방안을 모색하는데 그 연구 목적이 있다.



제2절 연구의 방법 및 범위

본 연구는 우리나라의 어업손실보상에서 가장 많은 비중을 차지하는 허가어업을 중심으로 제도적 문제점을 도출하고 그에 대한 개선방안을 제시하고자 다음과 같이 구성하였다.

제2장에서는 현행법상 어업손실보상제도에 관한 법적 근거와 성질에 대해 살펴보고, 구체적인 어업손실보상의 요건, 대상, 방법 및 절차 등에 대해 살펴보

3) 본 연구에서 다루고 있는 어업손실보상에 관한 제문제점은 모두 근본적으로 법률규정의 불비에 기인하고 있다고 할 수 있으나, 필자가 다년간 각종 어업피해조사에 참여하여 업무를 수행하였던 경험에 비추어, 후단에서 설명하는 실무상의 문제점은 어선 또는 어구의 매매 및 대체 등 허가내용의 잦은 변동, 객관적으로 증명 가능한 어업실적의 부재 등 어업현실의 특수한 사정에 기인하는 바가 큰 것으로 보이므로 법제도상 문제점과 달리 구분하여 설명하기로 한다.

았다. 그리고 어업손실보상에 관한 일반법적인 지위를 갖는 「수산업법 시행령」 별표 4의 내용에 따른 손실액의 산출방법, 산출기준 및 손실액산출기관에 대한 세부적인 사항들을 검토하였다.

제3장에서는 「수산업법」상 어업 중 허가어업의 법적 성격과 어업허가제도의 주요내용에 대해 살펴보았다. 행정행위로서의 어업면허와 어업허가의 일반적인 차이점에 대해 검토하였고, 「수산업법」상 어업허가에 관한 규정에서 나타나는 어업허가제도의 특징과 입법취지를 살펴보았다.

제4장에서는 우리나라의 현행 어업손실보상제도의 문제점에 대해 허가어업을 중심으로 검토하였고, 이에 대한 개선방안을 제시하였다. 「토지보상법」, 「수산업법」 및 「공유수면법」 등 관련 법률의 규정에서 나타나는 법제도상 문제점과 어업손실보상을 위한 절차 중에서 어업피해조사 및 감정평가 등의 실무상 발생하는 문제점을 구분하여 검토하고, 관련 법률의 개정방안 등을 제시하였다.

우리나라의 어업손실보상제도는 보다 합리적인 보상이 이루어질 수 있도록 오늘날까지 「토지보상법」 및 「수산업법」 등의 관련 법률이 수차례 개정되어 왔다. 그러나 아직까지 법제도상, 또한 실무상 많은 문제점과 어려움이 산재되어 있는 것으로 보인다. 따라서 본 연구의 어업손실보상제도의 개선방안이 원활한 공익사업의 시행과 정당한 국민의 재산권 보호에 도움이 될 수 있기를 바란다.

제 2 장 현행 어업손실보상 제도

제1절 어업손실보상의 관념

I. 어업손실보상의 정의

일반적으로 손실보상이란 ‘공공의 필요에 따른 적법한 공권력 행사로 인하여 사인의 재산권에 특별한 희생을 가한 경우에 재산권 보장과 공적 부담 앞의 평등이라는 견지에서 그 사인에게 행하는 조절적인 보상’을 의미하며, 공무원의 불법행위 등으로 인한 손해배상과 구별된다. 여기서 말하는 재산권은 「민법」상의 기술적 의미의 물적 재산권보다 광의의 개념으로 광업권, 어업권, 수렵권 등의 특별법상의 권리, 영업상의 권리 등이 포함되고, 단순한 사실상의 반사적 이익, 기대이익 또는 경제적 기회 등은 법률상 보호되는 재산권의 범위에 포함되지 않는다.⁴⁾

어업손실보상은 행정상 손실보상 중에서 어업권 등, 다시 말해 「수산업법」 및 「내수면어업법」상의 면허어업, 허가어업 및 신고어업에 가하여진 손실에 관한 것을 말한다.⁵⁾ 이와 같은 어업권 등을 영위함으로 인하여 발생하는 재산적인 이익은 기본권으로서 「헌법」 제23조 제1항에 의해 보장되는 재산권이므로 「수산업법」 제81조 제1항에 의해 그 침해와 보상에 관하여 규정하고 있다.⁶⁾

4) 김용춘·박상희, “어업의 간접손실보상에 관한 연구”, 「해사법연구」 제24권 제1호, 2012, 67-68면.

5) 「수산업법」 제2조 제9호에 따라 면허어업의 경우에만 ‘어업권’이라는 용어를 사용하고, 일반적으로 허가어업 및 신고어업의 경우에는 각각 강화상의 허가과 수리를 요하는 신고의 성격을 가지므로 ‘어업권’이라는 용어를 사용하지 않는다. 어업면허 및 어업허가의 법적 성격에 대해서는 제3장에서 자세히 설명하기로 한다.

따라서 어업손실보상이란 “공공의 필요에 따른 적법한 공권력 행사로 인해 면허어업, 허가어업 및 신고어업에 특별한 희생을 가한 경우에 재산권 보장과 공적 부담 앞의 평등이라는 견지에서 그 어업인에게 행하는 조절적인 보상” 이라고 정의할 수 있다.

II. 어업손실보상의 법적 근거

1. 「헌법」적 근거

「헌법」 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.” 라고 하여 공법상의 손실보상의 원인 내지는 요건, 즉 공공필요에 의한 수용·사용 또는 제한과 그에 대한 손실보상의 근거규정이라고 하여야 할 것이다.⁷⁾ 여기서 공공의 필요, 법률상의 근거, 보상규정, 정당한 보상의 지급은 공용침해의 허용요건을 이루고, 이를 충족할 경우 근거가 되는 개별 법률에 의하여 어업권 등을 제한할 수 있으며, 그 제한으로 인한 손실은 당연히 보상되어야 한다.

한편, 공공필요에 의한 재산권의 제한의 경우에도 일정한 한계를 지니는 바, 「헌법」 제37조 제2항은 공공복리를 위하여 법률로써 재산권을 제한하는 경우에도 그 본질적인 내용을 침해할 수 없도록 하여 재산권 제한의 한계를 규정하고 있다.⁸⁾ 이와 관련하여 헌법재판소는 재산권의 본질적인 내용에 대한 침해

6) 「수산업법」 제81조(보상) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 처분으로 인하여 손실을 입은 자는 그 처분을 행한 행정관청에 보상을 청구할 수 있다.

1. 제34조제1항제1호부터 제6호까지 또는 제35조제6호(제34조제1항제1호부터 제6호까지의 규정에 해당하는 경우를 말한다)에 해당하는 사유로 인하여 이 법에 따른 면허·허가를 받거나 신고한 어업에 대하여 제한 등의 처분을 받았거나 제14조에 따른 어업면허의 유효기간 연장이 허가되지 아니한 경우. 다만, 제34조제1항제1호부터 제3호까지의 규정(제49조제1항과 제3항에서 준용하는 경우를 말한다)에 해당하는 사유로 허가를 받거나 신고한 어업이 제한되는 경우는 제외한다.

2. 제72조제2항에 따른 측량·검사에 장애가 되는 물건에 대하여 이전명령이나 제거명령을 받은 경우

7) 박상희, 앞의 논문, 16면.

8) 「헌법」 제37조 ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위

뿐만 아니라 「헌법」상의 원칙인 과잉금지의 원칙에 위반한 경우에도 위헌이라고 한다.⁹⁾

2. 개별법적 근거

(1) 「토지보상법」상의 어업손실보상

「토지보상법」은 어업권을 동법 적용대상에 포함하고 있으며¹⁰⁾, 어업권이 가하여진 손실에 대하여는 투자비용, 예상수익 및 거래가격 등을 고려하여 평가한 적정가격으로 보상하여야 하며, 보상액의 구체적인 산정 및 평가방법은 국토교통부령에 위임하고 있다.¹¹⁾ 그리고 「토지보상법」의 위임을 받은 동법 시행규칙은 「수산업법 시행령」 별표4에 따라 어업권 등을 평가하도록 규정하고 있다.¹²⁾

(2) 「수산업법」상의 어업손실보상

「수산업법」은 공익의 필요에 의해 면허·허가·신고어업에 대한 제한 등(어업제한, 어업정지, 어선의 계류 및 출항·입항의 제한, 면허·허가의 취소 등)의 처분을 받거나 어업면허의 유효기간 연장이 허가되지 않아 손실을 입은

하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

9) 입법부라고 할지라도 수권의 범위를 넘어 자의적인 입법을 할 수 있는 것은 아니며 사유재산권의 본질적인 내용을 침해하는 입법을 할 수 없음은 물론이다. 토지재산권의 본질적인 내용이라는 것은 토지재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻하며, 따라서 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우라고 할 것이다. 사유재산제도의 전면적인 부정, 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권박탈 등이 본질적인 침해가 된다는데 대하여서는 이론의 여지가 없으나 본건 심판대상인 토지거래허가제는 헌법의 해석이나 국가, 사회공동체에 대한 철학과 가치관의 여하에 따라 결론이 달라질 수 있는 것이다. 그리고 헌법의 기본정신에 비추어 볼 때 기본권의 본질적인 내용의 침해가 설사 없다고 하더라도 과잉금지의 원칙에 위반되면 역시 위헌임을 면하지 못한다고 할 것이다. 과잉금지의 원칙은 국가작용의 한계를 명시하는 것인데 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 의미하는 것으로서 그 어느 하나에라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙이다(헌재 1989.12.22. 선고 88헌가13).

10) 「토지보상법」 제3조 제3호

11) 「토지보상법」 제76조 제1항 및 제2항

12) 「토지보상법」 제44조

자와 측량·검사에 장애가 되는 물건에 대하여 이전명령이나 제거명령을 받아 손실을 입은 자는 그 처분을 행한 행정관청에 보상을 청구할 수 있다고 규정하고, 보상의 기준, 지급방법, 그 밖에 보상에 필요한 사항은 대통령령에 위임하고 있다.¹³⁾

「수산업법」의 위임을 받은 「수산업법 시행령」은 보상을 위한 손실액의 산출방법, 산출기준 및 손실액산출기관 등을 별표4에서 규정하고 있다.¹⁴⁾ 시행령 별표4의 구체적인 내용은 제4절에서 설명하기로 한다.

(3) 「내수면어업법」상의 어업손실보상

「내수면어업법」은 공익의 필요 또는 다른 법률에 따라 해당 수면에서 어업 행위를 제한하거나 금지하여야 할 필요에 의해 면허·허가·신고어업에 대한 제한·정지 또는 취소의 처분을 받아 손실을 입은 경우, 공익의 필요에 의해 어업의 유효기간 연장이 허가되지 않아 손실을 입은 경우, 측량·검사에 장애가 되는 물건에 대하여 이전명령이나 제거명령을 받아 손실을 입은 경우, 소하성어류의 통로에 방해가 되는 공작물에 대한 제거명령을 받아 손실을 입은 경우는 그 처분을 행한 행정관청에 보상을 청구할 수 있다고 규정하고, 보상에 관한 구체적인 내용에 관해서는 「수산업법」을 적용하도록 규정하고 있다.¹⁵⁾

(4) 「공유수면법」상의 어업손실보상

「공유수면법」에 의하면, 공유수면의 점용·사용 또는 공유수면의 매립과 관련한 행위나 처분으로 손실이 발생한 경우에는 그 손실을 보상하여야 하며, 이 경우 공유수면관리청, 매립면허관청 또는 사업시행자는 손실보상에 관하여 손실을 입은 자와 협의하여야 하며, 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있고, 이러한 손실보상에 관하여 「공유수면법」에 규정된 것을 제외하고는 「토지보상법」을 준용한다.¹⁶⁾

13) 「수산업법」 제81조 제1항 및 제4항

14) 「수산업법 시행령」 제69조

15) 「내수면어업법」 제21조

특히 공유수면의 매립과 관련해서는, 매립면허를 받은자(매립면허취득자)는 대통령령으로 정하는 바에 따라 공유수면매립 관련 권리자의 손실을 보상하거나 그 손실을 방지하는 시설을 설치하여야 하며, 이 경우 매립면허취득자는 보상에 관하여 공유수면매립 관련 권리자와 협의하여야 하고, 매립면허취득자는 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있고, 관할 토지수용위원회의 재결에 대한 이의신청 등에 관하여는 「토지보상법」 제83조부터 제86조까지의 규정을 준용한다.¹⁷⁾

(5) 기타 법상의 어업손실보상

「항만법」에 의하면, 해양수산부장관이 항만공사를 시행하거나 사업시행자가 2중 항만배후단지개발사업 또는 항만재개발사업을 하기 위하여 필요한 경우에는 「토지보상법」 제3조에 따른 토지·물건 또는 권리(「수산업법」 제8조에 따른 면허어업, 동법 제43조에 따른 허가어업 및 동법 제46조에 따른 신고어업에 관한 권리를 포함)를 수용하거나 사용할 수 있고, 수용 또는 사용에 관하여 항만법에서 특별히 규정한 사항 외에는 「토지보상법」을 준용한다고 규정하고 있다.¹⁸⁾ 그리고 「항만법」은 공용부담(타인 토지에의 출입 등, 비상재해의 경우 토지 등의 사용)에 따른 행위 또는 처분 등으로 손실을 입은 자, 공익을 위한 처분으로 손실을 입은 자, 항만공사로 손실을 입은 자에 대해서는 「토지보상법」 및 「수산업법」에 따라 보상을 하도록 규정하고 있다.¹⁹⁾

그리고 「전원개발촉진법」, 「사회기반시설에 대한 민간투자법」, 「신항만건설촉진법」 등에 의하면, 사업시행자는 전원개발사업, 민간투자사업, 신항만건설사업에 필요한 토지·물건 또는 권리를 수용 또는 사용할 수 있고, 토지 등의 수용 또는 사용에 관하여 해당 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「토지보상법」을 준용한다고 규정하고 있다.²⁰⁾

16) 「공유수면법」 제57조

17) 「공유수면법」 제32조 제1항 내지 제4항

18) 「항만법」 제77조 제1항 및 제3항

19) 「항만법」 제80조 내지 제82조

20) 「전원개발촉진법」 제6조의2, 「사회기반시설에 대한 민간투자법」 제20조, 「신항만건설촉진법」 제16조

Ⅲ. 어업손실보상의 법적 성격

1. 학설

손실보상청구권의 법적 성질에 대한 학설은 공권설과 사권설로 나뉜다. 공권설은 손실보상의 원인행위가 공법적인 것이므로, 그 효과로서 손실보상 역시 공법적으로 보아야 한다는 견해이다. 손실보상청구권의 성질을 공법상 권리로 보는 경우에는 손실보상에 관한 소송은 행정소송인 당사자소송에 속하게 된다. 사권설은 손실보상의 원인행위는 공법적이나 그 효과로서의 손실보상은 사법상의 채권·채무관계나 또는 손해배상과 다름이 없으므로 사법적인 것이라는 견해이다. 이에 따르면 손실보상에 관한 소송은 민사소송에 의하게 된다.

2. 판례

판례는 개별법에 따라 그 성격을 달리 보고 있다. 즉, 구「수산업법」상 어업손실보상청구권의 법적 성질은 사법상의 권리로 보아 민사소송으로 직접 손실보상금지급청구를 하도록 판시하였다.²¹⁾ 구「토지수용법」에 따른 보상금증감소송은 행정소송으로 보았으며, 현행 「토지보상법」상 보상금증감소송은 형식적 당사자소송으로 보고 있다. 최근 대법원 전원합의체 판결은 「하천법」상의 손실보상청구권을 공법상의 권리로 보면서 「행정소송법」상 당사자소송의 대상이 된다고 판시하였다.²²⁾ 이를 통해서 그동안 「하천법」상 손실보상청구에

21) 구「수산업법」 제81조에서는 “어업을 제한하는 처분을 받았거나, 어업면허 유효기간의 연장이 허가되지 아니함으로써 손실을 입은 자는 행정관청에 대하여 보상을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이러한 어업면허에 대한 처분 등이 행정처분에 해당된다 하여도 이로 인한 손실은 사법상의 권리인 어업권에 대한 손실을 본질적 내용으로 하고 있는 것으로서 그 보상청구권은 공법상의 권리가 아니라 사법상의 권리이다. 따라서 구「수산업법」 제81조의 요건에 해당한다고 하여 보상을 청구하려는 자는 행정관청이 그 보상청구를 거부하거나 보상금액을 결정한 경우라도 이에 대한 행정소송을 제기할 것이 아니라 면허어업에 대한 처분을 한 행정관청이 속하는 권리 주체인 지방자치단체(또는 국가)를 상대로 민사소송으로 직접 손실보상금 지급 청구를 하여야 할 것이다(대법원 1998. 2. 27 선고 1997다46450 판결).

22) 「하천법」 등에서 하천구역으로 편입된 토지에 대하여 손실보상청구권을 규정한 것은 「헌법」 제23조 제3항이 선언하고 있는 손실보상청구권을 구체화한 것으로서, 「하천법」 그 자

대한 권리를 공권으로 인정함으로써 이전의 「하천법」상 부칙과 이에 따른 특별조치법에 의한 손실보상청구를 민사소송으로 다루던 판례를 공법상의 권리로 행정소송절차에 의할 것으로 변경하였다.²³⁾

제2절 어업손실보상의 요건

I. 구성요건

1. 재산권

「헌법」 제23조 제3항에 규정된 공용침해는 “재산권”을 대상으로 하여 이루어진다. 이러한 헌법상의 재산권개념은 민법상의 기술적 의미의 물적 재산권과 구별하여 판단하여야 한다. 즉, 사법상의 재산권과 공용침해법상의 재산권 사이에 결코 대조적 개념이 구성된 것은 아니지만, 양 개념이 완전히 일치되는 것도 아님을 간과해서는 안 된다. 오히려, 공용침해법상의 재산권개념이 시민의 전체 재산영역을 포함한다는 면에서 더 광의의 개념이다.²⁴⁾ 따라서 이러한 재산권의 범위에는 동산·부동산에 대한 모든 종류의 물권은 물론, 재산가치 있는 모든 사법상의 채권²⁵⁾과 특별법상의 권리 및 재산가치 있는 공법상의 권리

체에 의하여 직접 사유지를 국유로 하는 이른바 입법적 수용이라는 국가의 공권력 행사로 인한 토지소유자의 손실을 보상하기 위한 것으로 그 법적 성질은 공법상의 권리이므로, 구「하천법」(1984.12.31. 법률 제3782호로 개정된 것) 부칙 제2조 또는 ‘법률 제2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효가 만료된 하천구역 편입토지 보상에 관한 특별조치법’ 제2조에 의한 손실보상의 경우에도 이를 둘러싼 쟁송은 공법상 법률관계를 대상으로 하는 행정소송(당사자소송) 절차에 의하여야 할 것이다(대법원 2006. 5. 18 선고 2004다6207 판결).

23) 강구철·강병운, 「쟁점행정법」, 부연사, 2008, 500면.

24) 박상희, 앞의 논문, 71면.

25) 토지의 담보권자가 하천법 제74조 소정의 처분이나 하천공사로 말미암아 그 토지가 하천 또는 제방이 되어 국가에 귀속됨으로써 담보권을 상실하게 되어 채권의 만족을 얻을 수 없게 되었다면 손실을 입은 경우에 해당함이 명백하므로 그 손실을 보상받기 위하여 스스로 재결

등이 손실보상청구권을 발생시키는 침해의 대상이 될 수 있다. 다만, 여기서 ‘가치 있는’이라는 의미는 현재가치가 있는 것을 의미하며, 영업기회나 이득 가능성은 이에 포함되지 않는다.²⁶⁾ 판례에 의하면 자연·문화적인 학술적 가치는 특별한 사정이 없는 한 손실보상의 대상이 되지 않는다고 한다.²⁷⁾

한편, 현행 어업손실보상 관련법은 권리인 면허어업(어업권) 뿐 아니라 허가어업 및 신고어업에 대한 공용침해에 대해서도 그 손실을 보상하도록 규정하고 있다.²⁸⁾ 이처럼 허가어업과 신고어업에 대한 공용침해에 대해 보상을 하는 이유는, 비록 허가어업이나 신고어업이 면허어업과 달리 특정 해역을 배타적으로 지배할 수 있는 권리는 아니라 하더라도, 허가 및 신고에 따라 해당 어업을 함으로써 재산적인 이익을 얻는다는 면에서 보면, 허가 및 신고에 따라 해당 어업을 할 수 있는 지위는 재산적으로 보호받을 가치가 있기 때문이다.

2. 공권적 침해

손실보상을 구성하는 침해란 공법적 행위로서 일체의 재산적 가치의 감소를 의미한다. 이러한 침해에는 재산권의 박탈, 무용화뿐만 아니라 이용제한, 양도 금지, 임짓시온(immission) 등이 포함된다.²⁹⁾

전형적인 침해의 유형으로는 공용수용, 공용사용, 공용제한이 있다.

공용수용이란 침해행위의 가장 전형적인 유형으로 특정한 공익사업을 위하여 개인의 재산권을 강제적으로 취득하는 것을 말한다.

공용사용은 공익사업의 주체가 타인의 재산권 위에 공법상의 사용권을 취득하고, 상대방은 그 사용을 수인할 의무를 지는 것을 내용으로 하는 공용침해를

을 신청할 수 있다(대법원 1989. 6.13 선고 88누5495 판결).

26) 홍정선, 행정법원론, 박영사, 2010, 713면.

27) 문화적·학술적 가치는 특별한 사정이 없는 한 그 토지의 부동산으로서의 경제적·재산적 가치를 높여 주는 것이 아니므로 토지수용법 제51조 소정의 손실보상의 대상이 될 수 없으니, 이 사건 토지가 철새 도래지로서 자연 문화적인 학술가치를 지녔다 하더라도 손실보상의 대상이 될 수 없다(대법원 1989. 9.12 선고 88누11216 판결).

28) 「수산업법」 제81조 제1항 제1호

29) 박상희, 앞의 논문, 89면.

말한다.³⁰⁾ 이러한 공용사용은 그 내용에 따라 측량·조사 등을 위하여 타인의 토지에 출입하여 일시적으로 사용하거나 비상재해 시 그 방어를 위하여 타인의 토지를 사용하는 일시사용, 공익사업을 위하여 비교적 장기간 계속적으로 타인의 토지 등을 사용하는 계속사용으로 구분된다.

공용제한은 공익사업 기타 복리행정상의 목적을 위하여 또는 물건의 효용을 확보하기 위하여 개인의 재산권에 가해지는 공법상의 제한을 말한다. 이러한 공용제한에는 용도지역·지구제에 의한 행위제한과 같은 부작위부담에 의한 행위제한과 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 토지거래허가제와 같은 거래제한이 있다.³¹⁾

그 밖에 「도시개발법」에 의한 환지, 「도시 및 주거환경정비법」에 의한 환권 등의 방법에 의하여 재산가치가 감소되는 경우를 포함하여 재산가치를 멸실·감소시키는 일체의 공권력의 발동이 포함된다.³²⁾

2. 특별한 희생

(1) 개념

공공필요에 의하여 특정 개인의 어업권 등(면허어업, 허가어업, 신고어업)에 대한 공용침해가 이루어진다고 하여 반드시 손실보상으로 이어지는 것은 아니며, 일정한 기준에 의하여 손실보상 여부가 결정되어야 한다. 공익사업 등으로 인하여 어업권 등이 수용되어 취소되는 경우(재산권의 박탈)에는 재고의 여지 없이 손실보상이 이루어져야 할 것이다. 그러나 어업권 등이 제한되는 경우에는 제한의 정도가 사회적 제약을 넘어서는 ‘특별한 희생’에 해당한다면 손실보상의 대상이 되겠지만 「헌법」상 재산권의 내용 또는 내재적 한계에 속하는

30) 공용사용은 공용제한의 일종으로서의 사용제한으로 설명하는 것이 일반적이다. 그러나 공용사용은 공용사용권의 설정이 주목적이고 재산권에 대한 제한은 그 효과에 불과한 것이기 때문에 다른 공용제한의 경우와는 구분하여 고찰하는 것이 낫다고 본다(박상희, 앞의 논문, 91면).

31) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제118조(토지거래계약에 관한 허가) ① 허가구역에 있는 토지에 관한 소유권·지상권을 이전하거나 설정하는 계약을 체결하려는 당사자는 공동으로 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다.

32) 박상희, 앞의 논문, 89면.

경우에는 손실보상이 부정될 것이다.

이러한 ‘특별한 희생’ 과 재산권의 내용과 한계 내지 사회적 기속성과의 구별기준에 대하여 학설이 대립되고 있다.

(2) 학설

1) 형식적 기준설

형식적 기준설은 침해를 받은 자가 특정되어 있는지 여부를 기준으로 특정인 또는 제한된 범위의 자에게만 재산권 침해가 발생한 경우에 특별한 희생으로 인정하는 견해로서 개별행위설 또는 특별희생설이라고도 한다.³³⁾

이러한 형식적 기준설은 일반적·추상적인 법규의 형식을 띠는 공용침해의 경우에는 설득력이 부족하고, 공용침해의 대상자가 많으면 많을수록 그 기준이 모호해지는 문제점이 있어 현재 대부분의 학자들은 취하지 않는다.

2) 실질적 기준설

형식적 기준설이 제시하는 기준의 설득력이 약하다는 비판이 가해지면서 보다 실질적인 기준으로 사회적 기속과 특별한 희생을 구별하려는 시도로서 보호가치설, 수인한도설, 목적위배설, 사적효용설, 실체감소설, 사회적비용설, 상황구속설, 중대성설 등이 제기되었다.³⁴⁾

실질적 기준설에 의하면 침해의 정도가 재산권의 본질적 내용에 속하느냐를 바탕으로 재산권 박탈이나 재산권이 갖고 있는 본래의 효용을 방해하는 침해에 대해서는 그 침해에 대한 수인 의무가 없는 한 보상해야 하고, 그 정도에 이르지 않는 규제에 대해서는 보상을 요하지 아니한다.³⁵⁾

33) 개별행위설이라는 명칭은 공용침해가 본래 특정인에 대한 개별적 행정행위를 통해서 행하여졌던 것에서 유래한다. 그러나 그 후 ‘법률에 의한 공용침해(Legalenteigning)’가 행해지게 되면서 개별행위설이라는 명칭은 적당하지 못하게 되었으며, 이로 인하여 형식적 기준설이라는 용어가 사용되기 시작하였다(서정범·박상희, 행정법총론, 세창출판사, 493면).

34) 실질적 기준설에 대한 자세한 내용은 김성수, “행정상 손실보상의 요건으로서 공공의 필요와 특별한 희생의 재조명”, 「고시계」 제41권 제7호, 1996, 130-135면 참조.

35) 정광정, “재산권 침해에 대한 손실보상 여부에 관한 연구”, 「법학연구」 제29집, 2008, 32

(3) 판례의 태도

특별한 희생의 판단 기준과 관련하여 헌법재판소는 “토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 더 이상 법적으로 허용된 토지이용방법이 없어서 실질적으로 사용·수익을 할 수 없는 경우에 해당하지 않는 제약은 토지소유자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 범주 내에 있는 것이고, 그러하지 아니한 제약은 손실을 완화하는 보상적 조치가 있어야 비로소 허용되는 범주 내에 있다.”라고 판시하여 수인한도설의 입장을 취하고 있는 것으로 해석된다.³⁶⁾ 수인한도설은 공용침해행위의 강도 및 심도, 본질성 그리고 중요성 등을 바탕으로 그것이 재산권주체에게 기대 가능한(수인 가능한) 것인지 혹은 이를 넘어서는 것인지에 따라서 사회적 기속과 특별한 희생을 구별하려는 견해이다.³⁷⁾

한편, 이에 대해 대법원에서는 재산권이 갖는 사회적 제약, 법제정에 따른 일반적 침해, 공익적 측면, 수인한도 등을 실질적이고 종합적으로 판단하고 있다.³⁸⁾

(4) 소결

공용침해로 인한 특별한 희생과 재산권의 내용과 한계, 사회적 기속성을 구별하기 위한 독일의 학설을 살펴보면, 개별행위설 및 특별희생설과 같은 형식적 기준에 의한 구별에서 시작하여 보다 실질적인 기준으로 여러 가지 시도로 발전하여 왔다. 이러한 실질적 기준에 의한 구별이 나름대로 타당성 있는 단서를 제공하는 것은 사실이나 어느 하나의 이론을 통해서 이를 해결하는 것은 불가능에 가깝다고 한다.³⁹⁾ 따라서 우리의 판례와 같이 특별한 희생의 판단은 개별 사안에 대하여 침해의 동기, 목적, 상황 등을 종합적으로 고려하여 결정되어야 할 것이다.

면.

36) 헌재 2005. 9.29 2002헌바84등

37) 김성수, 앞의 논문, 131면.

38) 대법원 2001. 1. 4. 선고 99도174 판결; 대법원 2001. 1.30. 선고 99두3577 판결; 대법원 2006. 1.26. 선고 2005다47014·47021·47038 판결; 대법원 2004. 9.13. 선고 2004다24212 판결; 대법원 2000. 5.16. 선고 98다56997 판결; 대법원 2007. 6.28. 선고 2004다54282 판결 등 참조.

39) 김성수, 앞의 논문, 133면.

II. 허용요건

1. ‘공공의 필요’

어업손실보상에서의 공공필요란, 일정한 공익사업을 시행하거나 공공복리를 달성하기 위하여 어업(권)의 제한이 불가피한 경우를 말하며, 여기에는 국가적 목적을 실현하기 위한 정책적 고려뿐만 아니라 사회정의의 위하여 필요한 경우도 포함된다.

현행 어업손실보상 관련법에 예시되어 있는 ‘공익사업’, ‘공익의 필요’, ‘공유수면의 점용·사용·매립’, ‘항만공사’, ‘2종 항만배후단지개발사업’, ‘항만재개발사업’, ‘신항만건설사업’, ‘전원개발사업’, ‘사회기반시설에 대한 민간투자사업’ 등은 공공필요의 구체적인 예에 해당한다.⁴⁰⁾

한편, ‘공공복리’의 범위를 판단하기 위하여는 공용침해에 의한 공익과 재산권자의 재산보유의 이익이 상호 형량되어야 한다는 점은 일반적으로 인정되고 있다. 즉, 수용할 토지(어업의 경우, 취소·정지 또는 제한되는 어업)가 개인의 자유실현에 기여하는 의미가 크면 클수록, 공용침해에 의한 공익은 상대적으로 더 많은 요청을 충족시키는 경우에 인정된다. 공익이 인정되더라도, 「헌법」 제23조의 자유담보적 기능에 의할 때 공용침해목적의 실현을 위하여 공용침해라는 수단이 적합하고, 필요하고, 상당한 경우에만 공용침해가 허용된다.⁴¹⁾ 따라서, 개별법령에 의한 어업(권)의 침해가 공공의 필요에 의한 침해에 해당하는지 여부는 개별적인 사례에서 공익과 사익의 비교형량에 의하여 판단하여야 한다.

2. 침해의 적법성

40) 전상구, “어업손실보상제도의 문제점과 개선방안에 대한 연구”, 「해사법연구」 제27권 제2호, 2015, 237면.

41) 박상희, 앞의 논문, 134면.

어업손실보상을 위한 공용침해는 적법한 침해일 것을 요한다. 여기에서 적법한 것이라 함은 법률에 근거한 것임을 의미한다. 또한, 「헌법」 제23조 제3항의 ‘법률’은 제23조 제1항과는 반대로 국회에서 심의·의결된 형식적 의미의 법률을 의미한다.⁴²⁾ 따라서 법률상의 근거가 없는 위법한 침해의 경우에는 행정상의 손해배상 또는 수용유사침해의 문제가 발생하게 된다.⁴³⁾

공용침해는 일반적으로 법률의 근거 하에 행정청에 의하여 이루어지게 된다. 반면에, 행정청의 집행행위 없이 직접 법률에 의한 공용침해를 통하여 법률 그 자체의 효력에 따라 일정한 범위의 개별적 권리를 강제적으로 취득하게 되는 경우도 있다. 이와 관련하여 대법원은 “현행 하천법에 의하면 하천구역은 관리청이 이를 특별히 인정·고시하는 것이 아니라, 하천법이 스스로 그 제2조 제1항 제2호에서 하천구간내의 토지 중에서 일정한 토지를 하천구역으로 인정하고 있으므로 위 법조에 해당하는 구역은 당연히 하천구역이 된다.”고 판시하여 직접 법률에 의한 공용침해를 인정한 바 있다.⁴⁴⁾

3. 보상규정의 존재

「헌법」 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 규정하여, 공용침해의 근거와 이에 대한 손실보상의 근거가 반드시 하나의 법률에 동시에 규율되도록 하고 있는데, 이를 ‘부대조항’의 요청 또는 ‘불가분조항’의 원칙이라고 한다.

이 때, 이러한 「헌법」상의 부대조항의 요청을 위반한 법률의 효력에 대하여 몇 가지 견해가 대립하고 있다.

즉, 「헌법」 제23조 제3항을 손실보상청구권의 행사를 보장하는 국민에 대

42) 박상희, 앞의 논문, 101면; 서정범·박상희, 앞의 책, 492면.

43) 수용유사침해란 독일연방최고법원의 판례를 통하여 발전된 이론으로 위법한 공용침해, 특히 보상규정을 결한 법률에 근거한 공용침해를 말한다. 이는 위법한 공용침해에 대한 보상인 점에서 행정상 손실보상과 구별되고, 공공필요를 위해 발생한 희생에 대한 보상인 점에서 국가배상과도 구별된다.

44) 대법원 1992. 6. 9 선고 91다42640 판결.

한 직접적인 효력규정으로 보고, 공용침해만을 규정하고 보상에 관한 규정을 두고 있지 않은 법률 또는 정당한 보상에 미치지 못하는 내용의 법률에 의하여 재산권을 침해당한 국민은 동 법률에 근거하지 않고 직접 「헌법」 규정에 의하여 정당한 보상을 청구할 수 있다고 하는 견해(직접효력규정설)와 「헌법」 제23조 제3항이 국민에 대하여 직접적 효력을 가지는 것이 아니라 입법자를 구속하는 것으로 보며, 법률이 공용침해를 규정하면서 보상을 규정하지 아니하면 그 법률은 위헌무효가 된다고 하는 견해(위헌무효설), 법률에서 재산권침해를 규정하면서 보상에 관한 규정을 하지 않은 경우에 국민은 「헌법」 제23조 제1항 및 제11조(평등원칙)를 근거로 하는 동시에 「헌법」 제23조 제3항 및 관계 규정의 유추적용을 통하여 보상을 청구할 수 있다는 견해(간접효력규정설)가 있다.⁴⁵⁾

이러한 부대조항을 결여한 법률에 대하여 직접효력규정설을 취할 경우에는 입법자에 대한 재산권의 가치보장이라는 의무를 헌법 스스로가 경감시키게 되는 모순이 발생하게 되며, 위헌무효설을 취할 경우에는 해당 법률의 무효화에 따라 침해행위의 취소를 가져오게 함으로써 지나치게 재산권의 존속보장적 측면만을 강조하게 된다. 이에 관하여 대법원은 “하천법 제74조, 제75조에 규정된 손실보상의 요건에 관한 규정은 보상사유를 제한적으로 열거한 것이라기 보다는 예시적으로 열거한 것이고 따라서 본 제외지의 국유화와 같이 직접적인 보상규정이 없는 경우라 할지라도 위 제74조, 제75조를 유추적용하여 그 손실에 대한 보상을 하여야 하는 것으로 해석함이 상당하다고 할 것이다.” 라고 판시하여 간접효력규정설을 따르고 있는 것으로 볼 수 있다.⁴⁶⁾

4. 정당한 보상

공용침해의 허용요건으로 「헌법」 제23조 제3항은 원칙적으로 ‘정당한 보상’을 규정하고 있다. 이 때, ‘정당한’이라는 매우 추상적이고 불확정한 개념으로 인하여 상당한 논란이 이루어지고 있는 바, ‘정당한 보상’의 기준에 관하여 학설과 판례는 일반적으로 완전보상설과 상당보상설로 구분된다.

45) 박상희, 앞의 논문, 139-140면.

46) 대법원 1985.11.12. 선고 84카36 판결.

완전보상설은 손실보상이 재산권보장, 부담의 공평, 상실된 가치의 보전이라는 관점에서 인정된다고 보아 보상은 완전보상이어야 한다는 입장으로서 이에 따르면 보상은 공용침해로 인하여 박탈당한 재산권의 객관적인 시장가치와 완전한 등가관계에 있는 정도여야 한다. 반면에 상당보상설은 재산권의 사회적 제약 내지 사회적 구속성, 재산권의 공공복리적합의무의 관점에서 공·사익을 형량하여 보상내용이 결정되어야 한다는 입장으로 원칙적으로는 완전한 보상이 제공되어야 하지만 합리적인 이유가 있는 경우에는 사회국가적 기준에 의하여 완전보상을 하회하는 보상도 제공될 수 있다고 하는 것이다.

정당한 보상의 기준에 관하여 헌법재판소는 “헌법이 규정한 정당한 보상이란 손실보상의 원인이 되는 재산권의 침해가 기존의 법질서 안에서 개인의 재산권에 대한 개별적인 침해인 경우에는 그 손실보상은 원칙적으로 피수용재산의 객관적 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하는 것으로서, 보상금액 뿐만 아니라 보상의 시기나 방법 등에 있어서도 어떠한 제한을 두어서는 아니된다는 것을 의미한다.” 라고 판시하여 완전보상설을 따르고 있는 것으로 해석된다.⁴⁷⁾



제3절 어업손실보상의 대상

「수산업법」에 의하면 “어업이란 수산동식물을 포획·채취하거나 양식하는 사업과 염전에서 바닷물을 자연 증발시켜 소금을 생산하는 사업을 말한다.” 고 하고 있으며, “어업권이란 「수산업법」 제8조에 따라 면허를 받아 어업을 경영할 수 있는 권리를 말한다.” 라고 규정하고 있다.⁴⁸⁾ 따라서 법률적 개념으로서 어업권이라 함은 「수산업법」의 규정에 의한 면허어업만을 한정하여 협의의 개념으로 보는 것이 일반적이다. 그러나 공공사업의 시행으로 인한 손실보

47) 헌재 1990. 6.25. 89헌마107.

48) 「수산업법」 제2조 제2호, 제9호

상 대상으로서의 어업권은 「수산업법」상의 면허어업에 국한하는 것이 아니라 허가어업, 신고어업 및 관행에 의한 입어권을 포함하여 광의의 개념으로 통용되고 있다. 이는 「토지보상법 시행규칙」에서도 어업권 평가에 준하여 허가 및 신고어업도 평가하도록 규정하고 있으며, 「수산업법 시행령」에서도 어업보상 대상을 면허어업, 허가어업 및 신고어업으로 나누어 규정하고 있기 때문이다.⁴⁹⁾

I. 면허어업

1. 면허어업의 법적성질

면허란 일종의 자격부여 행위로서 학문상의 개념으로 허가에 해당하나 어업면허는 사람이 자연적으로 가지지 아니하는 법률상의 힘, 즉 권리를 특정인에게 새로이 설정하는 행정행위로서 행정법상 특허적 성격을 가지며, 일반적 금지의 해제로 사람의 자유 또는 행사가 제한된 잠재적 권리를 회복함에 그치는 허가와는 달리 설권적 행정행위(특허)의 성질을 가진다. 다만, 특허는 그 이전에 인가가 필요 없으나, 어업권의 이전에는 인가를 요하는 것으로 하고 있는 것을 보면, 혼합적 허가의 성질을 가진다고도 볼 수 있다.⁵⁰⁾

2. 면허어업의 종류

「수산업법」상 면허어업의 종류로는 일정한 수면을 구획하여 대통령령으로 정하는 어구를 일정한 장소에 설치하여 수산동물을 포획하는 어업인 정치망어업, 일정한 수면을 구획하여 그 수면의 바닥을 이용하거나 수중에 필요한 시설을 설치하여 해조류를 양식하는 어업인 해조류양식어업, 일정한 수면을 구획하

49) 「토지보상법 시행규칙」 제44조 제4항, 「수산업법 시행령」 별표 4

50) 강학상 특허와 허가의 법적성질에 관한 구체적인 사항은 제3장에서 자세히 설명하기로 한다.

여 그 수면의 바닥을 이용하거나 수중에 필요한 시설을 설치하여 패류를 양식하는 어업인 패류양식어업, 일정한 수면을 구획하여 그 수면의 바닥을 이용하거나 수중에 필요한 시설을 설치하거나 그 밖의 방법으로 패류 외의 수산동물을 양식하는 어업인 어류등양식어업, 앞의 양식어업 외의 어업으로서 양식어장의 특성 등을 고려하여 서로 다른 양식어업 대상품종을 2종 이상 복합적으로 양식하는 어업인 복합양식어업, 일정한 지역에 거주하는 어업인이 해안에 연결한 일정한 수심 이내의 수면을 구획하여 패류·해조류 또는 정착성 수산동물을 관리·조성하여 포획·채취하는 어업인 마을어업, 마을어업의 어장 수심의 한계를 초과한 일정한 수심 범위의 수면을 구획하여 앞의 양식어업의 방법으로 일정한 지역에 거주하는 어업인이 협동하여 양식하는 어업인 협동양식어업, 외해의 일정한 수면을 구획하여 수중 또는 표층에 필요한 시설을 설치하거나 그 밖의 방법으로 수산동식물을 양식하는 어업인 외해양식어업이 있으며, 이를 행하려는 자는 시장·군수·구청장(외해양식어업의 경우 해양수산부장관)의 면허를 받아야 한다.⁵¹⁾

「내수면어업법」상 면허어업의 종류로는 일정한 수면을 구획하여 그 어업에 필요한 시설을 설치하거나 그 밖의 방법으로 수산동식물을 양식하는 어업인 양식어업, 일정한 수면을 구획하여 어구를 한 곳에 쳐놓고 수산동물을 포획하는 어업인 정치망어업, 지역주민의 공동이익을 증진하기 위하여 일정한 수면을 전용하여 수산자원을 조성·관리하여 수산동식물을 포획·채취하는 어업인 공동어업이 있으며, 이를 행하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별자치도지사·시장·군수·구청장의 면허를 받아야 한다.⁵²⁾

3. 면허어업의 유효기간

「수산업법」에 의하면 원칙적으로 면허어업의 유효기간은 10년으로 한다.⁵³⁾ 다만, 수면이 다른 법령에 따라 어업행위가 제한되거나 금지되고 있는 경

51) 「수산업법」 제8조 제1항 제1호 내지 제8호

52) 「내수면어업법」 제6조 제1항 제1호 내지 제3호

53) 「수산업법」 제14조 제1항

우, 면허·허가동시갱신을 실시한 어장관리해역 안에 새로운 어업면허를 하거나 어업면허 유효기간을 연장하여 허가하는 경우, 「어장관리법」에 따라 면허·허가동시갱신을 하는 해역 및 어장으로 고시된 수면의 경우, 수산자원관리법에 따른 수산자원의 산란·성육 등 수산자원의 번식을 보호하고 수산시책을 추진하기 위하여 동법 제46조에 따라 해양수산부장관 또는 시·도지사가 지정하여 공고한 보호수면의 경우에는 각각 그 유효기간을 10년 이내로 할 수 있다.⁵⁴⁾ 시장·군수·구청장은 법이 정하는 사유가 있는 경우 외에는 어업권자의 신청에 따라 면허기간이 끝난 날부터 10년의 범위에서 유효기간의 연장을 허가하여야 한다.⁵⁵⁾

「내수면어업법」은 「수산업법」과 달리 그 종류에 따라 유효기간을 달리 규정하고 있다. 양식어업의 경우에는 유효기간을 10년으로 하되, 수산자원의 산란·성육 등 번식의 보호와 수산시책의 추진을 위하여 필요한 경우 그 유효기간을 10년 이내로 할 수 있다고 규정하고 있으며, 정치망어업, 공동어업의 경우에는 유효기간을 5년으로 하되, 공익사업 시행에 필요한 경우, 다른 법령에 따라 어업행위가 제한되거나 금지되고 있는 경우, 어선·어구 또는 시설의 임차기간이 5년 미만인 경우 그 유효기간을 5년 이내로 할 수 있다고 규정하고 있다.⁵⁶⁾ 특별자치도지사·시장·군수·구청장은 법이 정하는 사유가 있는 경우를 제외하고는 어업권자가 신청하면 어업의 면허기간이 만료된 날부터 양식어업의 경우 10년, 그 밖의 면허어업은 5년의 기간 내에서 유효기간의 연장을 허가하여야 한다.⁵⁷⁾

어업권의 유효기간을 연장 허가하는 경우 종전에는 연장 허가기간에 대한 제한이 없어 사실상 영구적인 권리였으나, 「수산업법」의 경우 1990년 8월 1일, 「내수면어업법」의 경우 2000년 1월 28일 각각 개정됨으로 인하여 현재 「수산업법」상 면허어업의 법정 최고 기간은 20년, 「내수면어업법」상 면허어업의 법정 최고 기간은 양식어업의 경우 20년, 그 밖의 면허어업의 경우 10년이다.⁵⁸⁾

54) 「수산업법」 제14조 제1항 단서 및 「수산업법 시행령」 제14조

55) 「수산업법」 제14조 제2항

56) 「내수면어업법」 제13조 제1항 내지 제2항

57) 「내수면어업법」 제13조 제3항

II. 허가어업

1. 허가어업의 법적성질

허가란 일반적으로 금지되어 있는 행위를 해제하여 적법하게 그 행위를 할 수 있도록 하는 행정처분이므로 금지된 행위에 관한 본래의 자유를 회복하게 하는 것이다. 공유수면에서 수산동식물을 포획·채취 또는 양식을 하는 것은 본래 일반인의 자유이지만, 「수산업법」에서는 수산자원의 조성·보호 및 수면의 종합적 이용을 통하여 수산업의 발전을 도모하기 위한 어업조정 또는 공익상 필요에 따라 이러한 자유를 제한하고 있으며 어업허가제는 이러한 제한의 일종이라고 할 수 있다. 허가는 원래 특정인에 대한 상대적 금지의 해제처분이므로 허가에 의한 자연적인 자유의 회복은 피허가자에게 특유한 것이고, 허가의 효과를 타인에게 이전 또는 승계할 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 허가의 심사기준을 어디에 두는가에 따라서 비록 허가의 효과가 특정인에게 특유한 것이라 해도 그것에 사실상 이전적 효과가 발생하고 있는 것은 허가의 성격을 고찰하는 중요한 기준이 된다. 어업허가의 문제는 그 효과의 반사적 이익, 대인적 성격 위에 국가의 경제통제적 측면 및 시민법적인 측면을 촉진할 것인가가 서로 모순된 채 어업허가의 본질을 구성하고 있다고 할 것인 바, 양면적인 성격의 타협과 조화 위에서 어업허가 정책이 결정된다고 할 것이다.⁵⁹⁾

2. 허가어업의 종류

(1) 근해어업

58) 「수산업법」 제14조 제2항 및 「내수면어업법」 제13조 제3항

59) 강학상 특허와 허가의 법적성질에 관한 구체적인 사항은 제3장에서 자세히 설명하기로 한다.

「수산업법」에 의하면 총톤수 10톤 이상의 동력어선 또는 수산자원을 보호하고 어업조정을 하기 위하여 특히 필요하여 대통령령으로 정하는 총톤수 10톤 미만의 동력어선을 사용하는 어업(근해어업)을 하려는 자는 어선 또는 어구마다 해양수산부장관의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있다.⁶⁰⁾

근해어업의 종류에는 외끌이대형저인망어업, 쌍끌이대형저인망어업, 동해구외 끌이중형저인망어업, 서남해구외끌이중형저인망어업, 서남해구쌍끌이중형저인망어업, 대형트롤어업, 동해구중형트롤어업, 대형선망어업, 소형선망어업, 근해채낚기어업, 근해자망어업, 근해안강망어업, 근해봉수망어업, 근해자리돔들망어업, 근해장어통발어업, 근해문어단지어업, 근해통발어업, 근해연승어업, 근해형망어업, 기선권형망어업, 잠수기어업이 있다.⁶¹⁾

(2) 원양어업

「원양산업발전법」은 원양어업의 정의를 대한민국국민이 해외수역에서 단독 또는 외국인과 합작으로 수산동식물을 포획·채취하는 사업으로 규정하고, 제6조 제1항에 원양어업을 하려는 자는 어선마다 해양수산부장관의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있다.⁶²⁾

원양어업의 종류에는 원양연승어업, 원양기선저인망어업, 원양트롤어업, 원양선망어업, 원양자망어업, 원양봉수망어업, 원양채낚기어업, 원양통발어업, 원양모선식어업, 원양안강망어업이 있다.⁶³⁾

(3) 연안어업

연안어업이란 무동력어선, 총톤수 10톤 미만의 동력어선을 사용하는 어업으로서 근해어업 및 시·군·구청장의 허가를 받는 어업 외의 어업(연안어업)에 해당하는 어업을 하려는 자는 어선 또는 어구마다 시·도지사의 허가를 받아야 한다.⁶⁴⁾

60) 「수산업법」 제41조 제1항

61) 「수산업법 시행령」 제24조 제1항

62) 「원양산업발전법」 제2조 제2호

63) 「원양산업발전법 시행령」 제8조

64) 「수산업법」 제41조 제2항

연안어업의 종류에는 연안개량안강망어업, 연안선망어업, 연안통발어업, 연안조망어업, 연안선인망어업, 연안자망어업, 연안들망어업, 연안복합어업(낙시어업, 문어단지어업, 손꽂치어업, 패류껍질어업, 패류미끼망어업)이 있다.⁶⁵⁾

(4) 구획어업

구획어업이란 일정한 수역을 정하여 어구를 설치하거나 무동력어선 또는 총톤수 5톤 미만의 동력어선을 사용하여 하는 어업으로서, 어선·어구 또는 시설마다 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다.⁶⁶⁾

구획어업의 종류에는 건간망어업, 건망어업, 들망어업, 선인망어업, 승망류어업, 안강망어업, 장망류어업, 지인망어업, 해선망어업, 새우조망어업, 실뱀장어안강망어업, 패류형망어업이 있다.⁶⁷⁾

(5) 육상해수양식어업

육상해수양식어업이란 인공적으로 조성한 육상의 해수면에서 수산동식물을 양식하는 어업으로서, 어선·어구 또는 시설마다 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다.⁶⁸⁾

육상해수양식어업의 종류에는 육상수조식해수양식어업, 육상축제식해수양식어업이 있다.⁶⁹⁾

(6) 종묘생산어업

종묘생산어업이란 일정하게 구획된 바다·바닷가 또는 인공적으로 조성한 육상의 해수면에 시설물을 설치하여 수산종묘를 생산하는 어업으로서, 어선·어구 또는 시설마다 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다.⁷⁰⁾

65) 「수산업법 시행령」 제25조 제1항

66) 「수산업법」 제41조 제3항 제1호

67) 「수산업법」 제41조 제3항 제1호 및 동법 시행령 제26조 제1항

68) 「수산업법」 제41조 제3항 제2호

69) 「수산업법」 제41조 제3항 제2호 및 동법 시행령 제27조 제1항

70) 「수산업법」 제41조 제3항 제3호

종묘생산어업의 종류에는 육상수조식종묘생산어업, 육상축제식종묘생산어업, 밧줄식종묘생산어업, 말목식종묘생산어업, 뗏목식종묘생산어업이 있다.⁷¹⁾

3. 허가어업의 유효기간

「수산업법」에 의하면 원칙적으로 허가어업의 유효기간은 5년으로 한다. 다만 어업허가의 유효기간 중에 허가받은 어선·어구 또는 시설을 다른 어선·어구 또는 시설로 대체하거나 어업허가를 받은 자의 지위를 승계한 경우에는 종전 어업허가의 남은 기간으로 한다.⁷²⁾

행정관청은 수산자원의 보호 및 어업조정과 그 밖에 공익상 필요한 경우로서 해양수산부령으로 정하는 경우에는 유효기간을 단축하거나 5년의 범위에서 연장할 수 있다.⁷³⁾

Ⅲ. 신고어업

1. 신고어업의 법적성질

신고는 행정청의 수리를 요하는지 여부를 기준으로 자기완결적 신고와 행정요건적 신고로 구분할 수 있다. 신고는 행정청에 대한 통고로서 그에 대한 행정청의 반사적 결정을 기다릴 필요가 없는 자기완결적 신고가 원칙이나, 예외적으로 신고의 효과가 발생하기 위하여 행정청의 수리를 요하는 경우도 있는바, 이를 행정요건적 신고 또는 수리를 요하는 신고라고 한다.

「수산업법」, 「어업허가 및 신고 등에 관한 규칙」에 의하면 어업신고를 받은 경우 행정관청은 어업신고증명서를 교부하도록 되어 있다.⁷⁴⁾ 따라서 설권

71) 「수산업법」 제41조 제3항 제3호 및 동법 시행령 제27조 제2항

72) 「수산업법」 제46조 제1항

73) 「수산업법」 제46조 제2항

행위인 어업면허나 금지의 해제로 원래 자유의 회복인 어업허가와 달리 신고 어업의 경우에는 원래 어업의 자유를 그대로 지니고 있다고 볼 수 있다. 신고를 하도록 한 것은 수산자원을 조성·보호하며 수면의 종합적인 이용을 통해 「수산업법」의 목적에 따라 어업 조정의 차원에서 이루어지는 것이다. 이를 위해 「수산업법」에서는 어선·어구 또는 시설물에 대하여 신고하게 하고 있다. 이는 어구 등 어업의 변천, 어업자의 증감, 수산자원 상태의 변동 등 제반 상황을 파악하고 있음으로써 필요한 경우 적절한 조치를 취하고자 하는 어업 조정의 차원에서 이루어지는 것이며, 허가관청이 항상 그 상태를 알고 있어야만 어법의 변천, 조업수의 증가, 수산동식물의 번식률, 번식보호 또는 어업단속을 위하여 적절한 조치를 어느 때에 강구하여야 좋을지 판단할 수 있게 되는데, 어업의 신고라는 제도를 마련하여 어업종사자로 하여금 그 상태를 신고하게 함으로써 항상 이를 감독하게 할 필요성에 의하여 규정된 어업이다.

2. 신고어업의 종류

신고어업의 종류에는 산소공급장치 없이 잠수한 후 낚·호미·칼 등을 사용하여 패류, 해조류, 그 밖의 정착성 수산동식물을 포획·채취하는 어업인 나잠 어업과 손으로 낚·호미·해조틀이 및 갈고리류 등을 사용하여 수산동식물을 포획·채취하는 어업인 맨손어업이 있다.⁷⁵⁾

3. 신고어업의 유효기간

신고어업의 유효기간은 그 신고를 수리한 날로부터 5년으로 함을 원칙으로 하되, 공익사업의 시행을 위하여 필요한 경우와 어업면허의 금지가 공고된 수면에 해당하는 경우에는 그 유효기간을 단축할 수 있다.⁷⁶⁾

74) 「수산업법」 제47조 제3항 및 「어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙」 제25조 제3항

75) 「수산업법 시행령」 제29조 제1항

76) 「수산업법」 제47조 제2항

제4절 어업손실보상의 방법 및 절차

I. 어업손실보상의 방법

어업손실보상도 일반적인 손실보상의 일종이므로 손실보상의 방법에 관한 일반적인 원칙들은 어업손실보상에도 적용된다.

따라서 사업시행자 보상의 원칙, 사전보상의 원칙, 현금보상의 원칙, 개인별 보상의 원칙, 일괄보상의 원칙, 사업시행이익과의 상계금지의 원칙 등 「토지보상법」상의 원칙들이 어업손실보상에도 적용된다.⁷⁷⁾

II. 어업손실보상의 절차

「공유수면법」상의 어업손실보상 절차는 「토지보상법」상의 절차와 같다.⁷⁸⁾ 그리고 「전원개발촉진법」, 「민간투자법」, 「신항만건설촉진법」상의 어업손실보상 절차도 재결신청기간을 제외하고는 「토지보상법」상의 절차와 동일하다.⁷⁹⁾ 그리고 「내수면어업법」상의 어업손실보상 절차는 「수산업법」상의 절차와 동일하다.⁸⁰⁾

따라서 어업손실보상 절차는 「토지보상법」상의 절차와 「수산업법」상의 절차로 대별될 수 있다.⁸¹⁾

「토지보상법」에 의하면, 협의에 의한 취득 또는 사용의 경우에는 물건조서의 작성, 보상계획의 공고·통지·열람 등, 보상액의 산정, 협의, 계약 체결 순

77) 「토지보상법」 제61조 내지 제66조

78) 「공유수면법」 제57조

79) 「전원개발촉진법」 제6조의2 제5항, 「민간투자법」 제20조 제4항, 「신항만건설촉진법」 제16조 제4항

80) 「내수면어업법」 제21조 제2항, 제22조

81) 전상구, 앞의 논문, 241면.

으로 보상절차가 진행되며, 수용에 의한 취득 또는 사용의 경우에는 협의절차의 준용, 재결, 이의신청, 행정소송 순으로 절차가 진행된다.⁸²⁾

그리고 「수산업법」에 의하면, 보상의 청구, 의견서 송부, 보상금액 등의 결정, 보상금액의 통지, 보상금의 지급 및 공탁의 순으로 절차가 진행된다.⁸³⁾

Ⅲ. 어업별 손실액의 산출방법 등

「토지보상법 시행규칙」 제44조 제1항에 공익사업의 시행으로 인하여 어업권이 제한·정지 또는 취소되거나 「수산업법」 제14조 또는 「내수면어업법」 제13조에 따른 어업면허의 유효기간의 연장이 허가되지 아니하는 경우 해당 어업권 및 어선·어구 또는 시설물에 대한 손실의 평가는 「수산업법 시행령」 별표4에 따른다고 규정되어 있으며, 「수산업법 시행령」 별표4에서 어업보상에 관한 어업별 손실액 산출방법, 산출기준, 어업별 손실액의 산출기관 등에 관하여 상세히 규정하고 있다.

1. 어업별 손실액 산출방법

(1) 면허어업

「수산업법」 제34조 제1항 제1호부터 제6호까지 및 제35조 제6호(법 제34조 제1항 제1호부터 제6호까지의 규정에 해당하는 경우로 한정한다)에 해당하는 사유⁸⁴⁾로 어업권이 제한·정지 또는 취소되었거나 그 사유로 법 제14조에 따른

82) 「토지보상법」 제14조 제1항, 제15조 제1항 내지 제4항, 제16조, 제17조, 제26조 제1항, 제28조, 제30조, 제35조, 제40조, 제68조 제1항, 제83조, 제84조, 제85조

83) 「수산업법」 제81조 제1항, 「수산업법 시행령」 제66조 제1항 내지 제3항, 제67조 제1항 및 제2항, 제83조 제1항

84) 수산자원의 증식·보호를 위하여 필요한 경우, 군사훈련 또는 주요 군사기지의 보위를 위하여 필요한 경우, 국방을 위하여 필요하다고 인정되어 국방부장관이 요청한 경우, 선박의 항행·정박·계류 또는 수저전선의 부설을 위하여 필요한 경우, 「해양환경관리법」 제23조 제1항 단서에 따른 폐기물 해양배출로 인하여 배출해역 바닥에서 서식하는 수산동물의 위생관리

어업면허 유효기간의 연장이 허가되지 않은 경우 다음과 같이 손실액을 산출한다.

1) 어업권이 취소되었거나 어업권 유효기간의 연장이 허가되지 않은 경우

평년수익액 ÷ 연리(12퍼센트) + 어선·어구 또는 시설물의 잔존가액

2) 어업권이 정지된 경우

평년수익액 × 어업의 정지기간 + 시설물 등 또는 양식물의 이전·수거 등에 드는 손실액 + 어업의 정지기간 중에 발생하는 통상의 고정적 경비

다만, 어업권이 취소되었거나 어업권의 유효기간의 연장이 허가되지 않은 경우의 보상액을 초과할 수 없다.

3) 어업권이 제한된 경우

평년수익액과 제한기간이나 제한 정도 등을 고려하여 산출한 손실액

다만, 어업권이 취소되었거나 어업권의 유효기간의 연장이 허가되지 않은 경우의 보상액을 초과할 수 없다.

(2) 허가어업 및 신고어업

「수산업법」 제34조 제1항 제1호부터 제6호까지의 규정과 법 제35조 제6호 (법 제34조 제1항 제1호부터 제6호까지의 규정에 해당하는 경우로 한정한다)에

가 필요한 경우, 「토지보상법」 제4조의 공익사업을 위하여 필요한 경우를 말한다.

해당하는 사유로 허가어업 또는 신고어업이 제한·정지 또는 취소된 경우 다음과 같이 손실액을 산출한다. 다만, 법 제49조 제1항 및 제3항에 따라 준용되는 법 제34조 제1항 제1호부터 제3호까지의 규정에 해당하는 사유⁸⁵⁾로 허가어업 또는 신고어업이 제한된 경우는 제외한다.

1) 허가어업 또는 신고어업이 취소된 경우

3년분 평년수익액 + 어선·어구 또는 시설물의 잔존가액

2) 허가어업 및 신고어업이 정지된 경우(어선의 계류를 포함한다)

평년수익액 × 어업의 정지기간 또는 어선의 계류기간 + 어업의 정지기간 또는 어선의 계류기간 중에 발생하는 통상의 고정적 경비

다만, 허가어업 또는 신고어업이 취소된 경우의 보상액을 초과할 수 없다.

3) 허가어업 또는 신고어업이 제한되는 경우

어업의 제한기간 또는 제한정도 등을 고려하여 산출한 손실액

다만, 허가어업 또는 신고어업이 취소된 경우의 보상액을 초과할 수 없다.

(3) 이전 또는 제거 명령

85) 수산자원의 증식·보호를 위하여 필요한 경우, 군사훈련 또는 주요 군사기지의 보위를 위하여 필요한 경우, 국방을 위하여 필요하다고 인정되어 국방부장관이 요청한 경우를 말한다.

행정관청이 어업조정 등을 위하여 측량·검사에 장애가 되는 물건에 대한 이전 또는 제거 명령을 하여 이전 또는 제거를 한 경우와 소하성어류의 통로에 방해가 되는 물건에 대한 제거 명령을 하여 제거 공사를 한 경우, 물건의 이전 또는 제거 공사에 드는 비용과 이전 또는 제거로 인하여 통상적으로 발생하는 손실액으로 한다.

2. 어업별 손실액 산출기준

(1) 평년수익액

면허어업, 허가어업 및 신고어업의 손실액 산출방법에서 “평년수익액”이란 평균연간어획량을 평균 연간판매단가로 환산한 금액에서 평년어업경비를 뺀 금액을 말한다.

1) 평균 연간어획량의 산출기준

가) 3년 이상의 어획실적(양식어업의 경우 생산실적)이 있는 경우

「수산업법」 제96조 제2항 및 「수산자원관리법」 제12조 제4항에 따라 보고된 어획실적, 양륙량 또는 판매실적(보상의 원인이 되는 처분을 받은 자가 보고된 실적 이상의 어획실적 등이 있었음을 증거서류로 증명한 경우에는 그 증명된 실적을 말한다)를 기준으로 산출한 최근 3년 동안의 평균어획량(양식어업의 경우 생산량을 말한다. 이하 같다)으로 하되, 최근 3년 동안의 어획량은 보상의 원인이 되는 처분일이 속하는 연도의 전년도를 기준연도로 하여 소급 기산한 3년 동안의 어획량을 연평균 한 어획량으로 한다.⁸⁶⁾

나) 어획실적이 3년 미만인 경우

86) 소급 기산한 3년의 기간 동안 일시적인 해양환경의 변화로 연평균어획실적의 변동폭이 전년도에 비하여 1.5배 이상이 되거나 휴업·어장정비 등으로 어획실적이 없어 해당 연도를 포함하여 3년 동안의 평균어획량을 산정하는 것이 불합리한 경우에는 해당 연도만큼 소급 기산한 3년 동안을 말한다.

다음의 계산식에 따라 계산한 추정 평균어획량으로 한다.

① 면허어업: 해당 어장의 실적기간 중의 어획량 × 인근 같은 종류의 어업의 어장(통상 2개소)의 3년 평균어획량 ÷ 인근 같은 종류의 어업의 어장의 해당 실적기간 중의 어획량

② 허가어업 또는 신고어업: 해당 어업의 실적기간 중의 어획량 × 같은 규모의 같은 종류의 어업(통상 2건)의 3년 평균어획량 ÷ 같은 규모의 같은 종류의 어업의 해당 실적기간 중의 어획량. 다만, 같은 규모의 같은 종류의 어업의 어획량이 없으면 비슷한 규모의 같은 종류의 어업의 어획량을 기준으로 3년 평균어획량을 계산한다.

① 및 ②의 계산식에서 실적기간은 실제 어획실적이 있는 기간으로 하되, 같은 규모 또는 비슷한 규모의 같은 종류의 어업의 경우에는 손실을 입은 자의 실제 어획실적이 있는 기간과 같은 기간의 실제 어획실적을 말한다.

어획량의 기본단위는 킬로그램을 원칙으로 하고, 어획물의 특성에 따라 생물(生物) 중량 또는 건중량(乾重量)을 기준으로 한다. 다만, 김은 마른 김 1속을 기준으로 하고, 어획물을 내용물 중량으로 환산할 필요가 있으면 해양수산부 장관이 고시하는 수산물가공업에 관한 생산고 조사요령의 수산물 중량환산 및 수율표를 기준으로 한다.

2) 평균 연간판매단가의 산출기준

평균연간판매단가는 보상액의 산정을 위한 평가시점 현재를 기준으로 하여 소급 기산한 1년 동안의 수산물별 평균 판매단가로 한다.⁸⁷⁾

계통출하된 판매실적이 없는 경우 등의 평균 연간판매단가는 다음과 같이 계산한다.

87) 해당 수산물이 계통출하된 주된 위판장의 수산물별·품질등급별 판매량을 수산물별로 가중 평균하여 산출한 평균 판매단가를 말한다.

가) 계통출하된 판매실적이 없는 경우

다음의 우선순위에 따른 가격을 기준으로 평균 연간판매단가를 계산해 낸다.

- ① 해당 지역 인근의 수산업협동조합의 위판가격
- ② 해당 지역 인근의 수산물도매시장의 경락가격

나) 소급 기산한 1년의 기간 동안 어획물의 일시적인 흥작·풍작 등으로 어가의 연평균 변동폭이 전년도에 비하여 1.5배 이상이 되어 계통출하된 판매실적에 따른 평균 연간판매단가를 적용하는 것이 불합리한 경우

소급 기산한 최초의 1년이 되는 날부터 다시 소급하여 기산한 1년 동안의 평균 판매단가에 소급하여 기산한 최초의 1년 동안의 수산물 계통출하 판매단가에 소급하여 기산한 최초의 1년 동안의 수산물 계통출하 판매가격의 전국 평균 변동률을 곱한 금액으로 한다.

3) 평년어업경비의 산출기준

평년어업경비는 보상액 산정을 위한 평가시점 현재를 기준으로 1년 동안 소급하여 기산한 해당 어업의 연간 어업경영에 필요한 경비로 하되, 경비항목 및 산출방법은 다음과 같다.

가) 경비항목

〈표 2-1〉 경비항목

구 분	경비항목
1. 생산관리비	① 어미고기 및 종묘구입비 ② 미끼구입비 ③ 사료비 ④ 유지보수비 ⑤ 연료 및 유류비 ⑥ 전기료 ⑦ 약품비 ⑧ 소모품비 ⑨ 어장관리비(어장청소, 해적생물구제 및 표지시설 설치 등) ⑩ 자원조성비 ⑪ 용선료
2. 인건비	① 어업자 본인의 인건비 ② 본인 외의 사람에 대한 인건비
3. 감가상각비	① 시설물 ② 어선 또는 관리선(선체, 기관 및 의장품 등 포함) ③ 어구 ④ 그 밖의 장비 및 도구
4. 판매관리비	① 가공비 ② 보관비 ③ 용기대 ④ 판매수수료 ⑤ 판매잡비(운반·포장 등)
5. 그 밖의 잡비	① 각종 세금과 공과금 ② 어장행사료 ③ 주식·부식비 ④ 복리후생비 ⑤ 보험료 및 공제료 ⑥ 그 밖의 경비

나) 산출방법

① 기타 경비항목

평년어업경비는 위의 경비항목별로 계산하되, 규정된 경비항목 외의 경비가 있으면 그 밖의 경비항목에 포함시켜 전체 평년어업경비가 산출되도록 해야 한다.

② 자료수집

경비항목별 경비 산출은 어선의 입항 및 출항에 관한 신고사항, 포획·채취물의 판매실적, 유류 사용량, 임금정산서, 보험료 및 공제료, 세금납부실적, 국토교통부의 건설공사표준품세 등 수집 가능한 자료를 확보·분석하고 현지 실제조사를 통하여 객관적이고 공정하게 해야 한다.

③ 인건비 등의 산출

인건비 중 어업자 본인의 인건비는 본인 이외의 자의 인건비의 평균단가를 적용하고, 본인 이외의 자의 인건비는 현실단가를 적용하되, 어업자가 직접 경영하여 본인 외의 자의 인건비가 없으면 「통계법」 제18조에 따른 승인을 받

아 작성·공포한 제조부문 보통인부의 노임단가를 적용한다. 이 경우 「수산업법 시행령」 제29조 제1항에 따른 신고어업에 대한 인건비는 투입된 노동시간을 고려하여 계산해야 한다.

감가상각비는 신규취득가격을 기준으로 하여 해당 자산의 내용연수에 따른 상각률을 적용하여 계산한 상각액이 매년 균등하게 되도록 계산해야 한다. 이 경우 어선의 내용연수 및 잔존가치율은 다음과 같이 하되, 어선의 유지·관리 상태를 고려하여 이를 단축·축소할 수 있다.

〈표 2-1〉 어선의 선질별 내용연수 및 잔존가치율

선질별	내용연수(년)	잔존가치율(%)
강선	25	20
F.R.P.선	20	10
목선	15	10

판매관리비 중 판매수수료는 해당 어선의 주된 양륙지 또는 어업장이 속한 지역에 있는 수산업협동조합의 위판수수료율을 적용한다.

생산관리비 중 소모품비와 감가상각비의 적용대상 구분은 내용연수를 기준으로 하여 내용연수가 1년 이상인 것은 감가상각비로, 1년 미만인 것은 소모품비로 한다.

수산관련 법령에서 규정하고 있는 종묘 살포, 시설물의 철거 등 어업자의 의무사항은 어장면적 및 경영규모 등을 고려하여 적정하게 계산해야 한다.

산출된 경비가 일시적인 요인으로 통상적인 경우보다 변동폭이 1.5배 이상이 되어 이를 적용하는 것이 불합리하다고 판단되면 인근 비슷한 규모의 같은 종류의 어업 2개 이상을 조사하여 평균치를 적용할 수 있다.⁸⁸⁾

어업생산주기가 1년 이상 걸리는 경우 종묘구입비, 사료비, 어장관리비 및 판

88) 같은 종류의 어업이 없는 경우에는 비슷한 어업으로 한다.

매관리비 등 생산주기와 연계되는 경비항목에 대해서는 생산주기로 나누어 연간 평균 어업경비를 계산해야 한다. 이 경우 생산주기는 국립수산과학원의 관찰 연구소와 협의하여 정한다.

(2) 어선·어구 또는 시설물의 잔존가액

면허어업, 허가어업 및 신고어업의 손실액 산출방법에서 “어선·어구 또는 시설물의 잔존가액”이란 보상액의 산정을 위한 평가시점 현재를 기준으로 하여 「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」에 따른 평가방법 및 기준에 따라 평가한 어선·어구 또는 시설물의 잔존가액을 말한다. 다만, 해당 잔존가액은 보상을 받으려는 자가 어선·어구 또는 시설물을 재사용 하는 등의 사유로 보상을 신청하지 않으면 손실액 산출에서 제외한다.

(3) 통상의 고정적 경비

면허어업, 허가어업 및 신고어업의 손실액 산출방법에서 “통상의 고정적 경비”란 어업의 정지기간 중 또는 어선의 계류기간 중에 해당 시설물 또는 어선·어구를 유지·관리하기 위하여 통상적으로 발생하는 경비를 말한다.

3. 어업별 손실액 산출에 대한 예외

다음의 어느 하나에 해당하는 정당한 사유가 없음에도 불구하고 어업실적이 없어 위의 어업별 손실액 산출방법 및 산출기준 등에 따라 어업별 손실액을 산출할 수 없는 경우의 어업별 손실액은 어업의 면허·허가 또는 실고에 든 인지세·등록세 등 모든 경비와 해당 어업의 어선·어구 또는 시설물의 매각이나 이전에 따른 손실액으로 한다.

① 「수산업법」 제34조 제1항 제1호부터 제6호까지 및 제35조 제6호에 해당하는 사유로 면허·허가를 받거나 신고한 어업을 처분하여 어업실적이 없는 경우.⁸⁹⁾ 다만, 법 제81조 제1항 제1호 단서에 따라 보상대상에서 제외되는 법 제34

조 제1항 제1호부터 제3호까지의 규정에 해당하는 사유로 허가를 받거나 신고한 어업이 제한되는 경우는 제외한다.⁹⁰⁾

② 그 밖에 「수산업법」 제30조에 따른 휴업, 태풍 피해 복구 등 정당한 사유가 있는 경우.

4. 어업별 손실액의 산출기관 등

(1) 어업별 손실액 산출기관

「수산업법 시행령」 제66조 제1항에 따라 보상을 받으려는 자가 제출한 서류로 어업별 손실액을 계산할 수 있는 경우에는 보상의 원인이 되는 처분을 한 행정기관이 산출하고, 계산할 수 없는 경우에는 다음의 전문기관이 산출한다.

(2) 전문기관에 의한 손실액의 산출 등

1) 전문기관에 의한 손실액의 산출

행정관청은 「수산업법 시행령」 제66조 제1항에 따른 서류로 손실액을 계산할 수 없으면 피해의 범위와 정도에 대하여 해양수산부장관이 지정하는 수산에 관한 전문조사·연구기관으로 하여금 손실액 산출을 위한 용역조사를 하게 한 후 그 조사결과를 토대로 「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」에 따른 2명 이상의 감정평가사에게 손실액의 평가를 의뢰하되, 법 제81조 제2항에 따라 보상액을 부담할 수익자가 있으면 수익자에게 용역조사 및 손실액 평가를 의뢰하게 할 수 있다.

89) 「수산업법」 제34조 제1항 제1호부터 제6호까지의 규정에 해당하는 경우로 한정한다.

90) 「수산업법」 제49조 제1항 및 제3항에 따라 준용되는 경우를 포함한다.

2) 조사 신청이 없는 경우

지정된 손실액 조사기관으로부터 조사 신청이 없는 경우 등 용역조사를 할 수 없는 부득이한 경우에는 감정평가사에게 용역조사 및 손실액 평가를 함께 의뢰할 수 있다.

3) 손실액 산출의 근거

용역조사나 손실액 평가를 의뢰받은 자(이하 “조사평가자”라 한다)는 신뢰성 있는 어업경영에 관한 증거자료나 인근 같은 종류의 어업의 생산실적 등을 조사하거나 평가하여 손실액을 계산하여야 한다.

4) 증거자료 및 보완자료의 제출

조사·평가를 의뢰한 행정관청 또는 수익자는 손실액 산정의 적정성을 확인하기 위하여 필요하면 조사평가자에게 조사 또는 평가에 관련된 증거자료 및 보완자료의 제출을 요구할 수 있다. 이 경우 조사평가자는 요구한 자료를 지체 없이 제출해야 한다.

5) 재조사 및 재평가

조사·평가를 의뢰한 행정관청 또는 수익자는 조사평가자의 조사 또는 평가 결과가 관계 법령을 위반하여 조사 또는 평가되었거나 부당하게 조사 또는 평가되었다고 인정되면 해당 조사평가자에게 그 사유를 밝혀 다시 조사 또는 평가를 의뢰할 수 있으며, 조사평가자의 조사 또는 평가 결과가 적정한 것으로 인정할 수 없는 특별한 사유가 있으면 다른 조사평가자에게 손실액의 조사 또는 평가를 다시 의뢰할 수 있다. 이 경우 보상액의 산정은 다시 평가한 손실액의 산술평균치를 기준으로 한다.

6) 조사 및 평가의 경비

용역조사 및 평가에 드는 경비는 「수산업법」 제81조에 따라 보상의 책임이

있는 자가 부담해야 한다.

7) 전문기관 지정의 취소

해양수산부장관은 수산에 관한 전문조사연구기관 또는 교육기관이 다음의 어느 하나에 해당하면 그 지정을 취소할 수 있다. 이 경우 지정이 취소된 기관은 그 취소가 있는 날부터 3년 이내에는 다시 손실액 산출을 위한 용역기관으로 지정받을 수 없다.

- ① 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지정을 받았거나 조사를 한 경우
- ② 조사자료를 제출하지 않았거나 그 내용이 부실한 경우

8) 지정 또는 지정 취소의 고시

해양수산부장관은 용역조사기관을 지정하거나 그 지정을 취소한 경우에는 그 사실을 관보에 고시해야 한다.

9) 관련 서류의 열람·발급

손실액 산출에 관한 조사 또는 평가를 의뢰받은 조사평가자나 조사평가를 의뢰한 수익자는 조사 및 평가에 필요한 범위에서 행정관청, 어선의 입항·출항 신고기관, 수산업협동조합 등에 관련 서류의 열람·발급을 요청할 수 있으며, 요청을 받은 행정관청 등은 특별한 사유가 없으면 그 요청에 따라야 한다.

조사평가자 또는 수익자가 행정관청에 서류의 열람·발급을 의뢰할 때에는 다음 각 호의 사항을 적은 의뢰서를 제출해야 한다.

- ① 의뢰자의 주소·성명 또는 명칭
- ② 열람하거나 발급받으려는 목적
- ③ 열람하거나 발급받으려는 내용
- ④ 열람·발급이 필요한 서류 또는 공문서의 종류 및 수량

10) 기타

그 외에 용역조사 및 손실액 평가의 의뢰 절차 등에 관하여 필요한 사항은 해양수산부장관이 정하여 고시한다.

IV. 어업손실보상의 기준일

1. 어업손실보상의 보상기준일

손실보상에 있어서 보상대상의 선정은 매우 중요하다. 어업권과 같은 권리의 변동이나 물건의 변동이 빈번한 경우에는 보상대상을 선정하는 기준이 되는 보상기준일을 어느 일자로 정하는가에 따라서 보상대상자의 변동이 발생하기 때문에 보상기준일의 결정은 보상실무에서 가장 큰 기준중의 하나로 볼 수 있다.

어업손실보상과 관련한 보상기준일에 대해 「토지보상법 시행규칙」은 ‘보상계획의 공고 또는 사업인정의 고시가 있는 날 이후에 어업권의 면허를 받은 자에 대하여는 손실보상 규정을 적용하지 아니한다.’ 라고 규정하고 있다.⁹¹⁾ 공익사업시행지구 밖의 어업피해에 대한 보상에 대해서도 ‘사업인정고시일 등 이후에 어업권의 면허를 받은 자 또는 어업의 허가를 받거나 신고를 한 자에 대하여는 제1항 및 제2항을 적용하지 아니한다.’ 라고 규정하고 있어 보상기준일을 보상계획 공고 또는 사업인정고시일로 보고 있다.⁹²⁾

「공유수면법」은 ‘매립면허의 고시일 이후에 권리를 취득한 자에 대하여는 손실방지와 보상에 대한 규정을 적용하지 아니한다.’ 라고 규정하고 있어 보상기준일을 매립면허 고시일로 보고 있다.⁹³⁾

최근 문제가 되고 있는 온배수 방류 등 보상기준일이 명확하지 않은 경우는 실제 피해가 발생할 것이란 것을 쉽게 인지할 수 있는 시점을 보상기준일로 보

91) 「토지보상법 시행규칙」 제44조 제3항

92) 「토지보상법 시행규칙」 제63조 제3항

93) 「공유수면법」 제32조 제6항

아야 할 것이다. 예를 들면, 온배수의 경우 최초 온배수 방류일로 할 것인지 발전소 건설을 위한 실시계획승인고시일로 할 것인지가 문제가 된다. 온배수 방류에 따른 피해를 공익사업에 따른 손실로 본다면 온배수 방류가 있을 것이란 것을 쉽게 예견하고 인지하는 시점을 보상기준일로 하여야 할 것이다. 이 경우 발전소 운영을 위해서는 온배수가 필연적으로 발생하기 때문에 피해가 발생할 것을 인지하는 시점인 발전소의 건설 계획이 확정·고시되는 시점이라고 보는 것이 타당하다고 보여 진다.

2. 평균연간어획량 산정기준일

「수산업법 시행령」 별표4에서 평균연간어획량 산출기준을 ‘보상의 원인이 되는 처분일이 속하는 연도의 전년도를 기준 년도로 하여 소급기산한 3년간’으로 하도록 규정하고 있다. 「수산업법」에서는 어업손실보상 대상사업을 정하고 있으며, 보상대상 사업과 관련하여 어업을 취소, 정지하거나 제한하는 경우에 보상을 하도록 하고 있다. 이 경우에는 처분(취소, 정지, 제한)을 선행하고, 그 처분의 내용에 따라서 보상액을 산정하도록 정하고 있는데, 처분을 선행하는 경우에만 「수산업법」상의 보상규정이 적용이 될 것이다. 「수산업법」에서는 사전보상을 원칙으로 하고 있으며, 피보상자의 동의가 있는 경우에는 예외적으로 사후보상도 가능하도록 하고 있다.

「토지보상법」에서도 보상을 하여야 하는 대상 공익사업을 열거하고 있으며, 이러한 공익사업으로 어업에 손실이 발생하는 경우에도 보상을 하도록 규정하고 있다. 그런데, 사업시행지구 내에 속하는 어업에 대하여는 보상의 일반 원칙 및 「수산업법」에서 규정하고 있는 것과 마찬가지로 사전보상의 적용대상이 된다(이 경우에도 평균연간어획량 산정 기준시점은 사업인정고시일로 보고 있다). 그러나 사업시행지구 인근(밖)의 어업에 대하여는 실제 피해액을 확인할 수 있을 때 보상을 하도록 규정하고 있다.⁹⁴⁾

사업시행지구 인근의 어업에 대하여는 선행적으로 처분을 할 수가 없다. 이

94) 「토지보상법 시행규칙」 제63조

는 면허어업을 제외한 대부분의 허가어업 및 신고어업의 경우 조업구역이 특정되어 있지 않기 때문에 보상대상물건의 결정이 되지 않음으로써 선행적 처분이 불가능하기 때문이다. 또한 어업이라는 특성과 사업시행지구 밖의 보상이라는 특성으로 인하여 피해의 범위와 정도가 확정되지 않기 때문이며, 조사가 완료되어 피해의 정도가 확정된 이후라야 취소에 해당하는 피해인지, 아니면 일부 손실인지를 결정할 수 있기 때문이다. 따라서 「수산업법」에서 보상의 원인이 되는 처분으로 구분하고 있는 취소, 정지 및 제한은 공익사업의 사업시행지구 인근의 어업에는 선행적으로 적용될 여지가 없다고 보아야 할 것이다.

취소 등 선행적 처분을 하지 않는 공익사업 사업시행지구 인근 어업은 「토지보상법」의 적용을 받게 되며, 이 법에서는 보상에 관하여 몇 가지 원칙을 정하고 있다. 보상대상 선정의 기준이 되는 시점 및 가격산정의 기준을 정하고 있는데, 보상대상 선정은 ‘보상대상계획의 공고 또는 법 제22조의 규정에 의한 사업인정의 고시가 있는 날 이후에 어업권의 면허를 받은 자에 대하여는 제1항 및 제2항의 규정을 적용하지 아니한다(허가 및 신고어업 준용).’ 라고 규정함으로써 보상계획공고일이나 사업인정고시일(의제일 포함)을 보상대상 선정 기준시점으로 보고 있다.⁹⁵⁾ 보상액산정에 대하여는 별도의 규정을 두고 있지 않으며, 「수산업법 시행령」 별표4를 준용하도록 정하고 있다. 「수산업법 시행령」 별표4에서는 평균연간어획량과 관련하여 보상의 원인이 되는 처분일을 기준으로 하고 있으며, 사업인정은 행정상 처분으로서 이 처분은 보상의 원인이 되는 처분으로 볼 수 있을 것이다.

「토지보상법」에서는 토지보상과 관련하여 사업인정고시일 이전의 공시지가를 기준으로 보상액을 산정하도록 하고 있으며, 공익사업의 계획 또는 시행이 공고 또는 고시됨으로 인하여 토지가격이 변동되었다고 인정되는 경우에는 당해 공고일 또는 고시일 전의 공시지가를 기준으로 보상액을 산정하도록 규정하고 있다.⁹⁶⁾

이러한 규정들은 공익사업으로 인한 보상과 관련하여 개발이익을 배제하고, 또한 보상에 대한 기대심리로 인위적으로 보상의 산출기준이 되는 평균연간어

95) 「토지보상법 시행규칙」 제44조 제3항

96) 「토지보상법」 제70조 제4항 내지 제5항

획량 등을 높이려는 의도를 배제하기 위한 것으로 볼 수 있다.

종합적으로 검토하여 볼 때, 공익사업으로 인한 어업손실보상에 있어 그 산출근거가 되는 평균연간어획량의 산정기준이 되는 시점은 보상계획공고일 또는 사업인정고시일(의제일 포함)을 기준으로 하여 당해 기준시점이 속하는 전년도로부터 소급기산한 3년간의 실적을 기준으로 하여야 할 것이다.

다만, 사업인정고시일 등이 평가시점(조사시점)으로부터 상당한 과거의 시점이기 때문에 과거의 자료를 수집하는 것이 불가능한 경우(자료의 보존기간에 따른 한계)에는 수집 가능한 기간의 자료를 객관화하여 적용할 수는 있을 것으로 보여 진다.

어업손실보상 실무에서도 평균연간어획량의 산정을 위한 산출기준이 되는 기간에 대하여는 거의 이견 없이 사업인정고시일 등을 「수산업법 시행령」 별표 4에서 규정하고 있는 처분일로 보고 산정을 하고 있다.

3. 어업손실보상액 산정 평가시점 및 가격시점

어업손실액 산출방법 및 산출기준을 제시하고 있는 「수산업법 시행령」 별표4에 의하면 평년수익액을 산정하기 위한 기초로서 평균연간판매단가와 평년 어업경비의 산출방법으로 보상액의 산정을 위한 평가시점 현재를 기준으로 하여 소급기산한 1년 동안의 자료를 사용하도록 규정하고 있다. 보상액을 산정하는 감정평가에서는 평가시점보다 가격시점이란 용어가 훨씬 중요한 의미를 갖는다. 대상물건의 상황과 주변의 상황은 늘 변화무쌍하고, 화폐의 가치도 늘 변동하게 되는데 가격시점이란 대상물건의 감정평가액을 결정하는 기준이 되는 날로서 감정평가에서 가격(보상액)은 가격시점 당시에만 의미가 있는 금액이기 때문이다. 손실보상에 있어서 가격시점은 미리 정하는 경우가 많아 평가시점보다 과거이거나 미래인 경우가 있으며, 미리 정하지 않는 경우에는 가격조사를 완료한 날을 가격시점으로 하고 있다. 따라서, 평가시점하고는 차이가 발생할 수 있으며, 감정평가액(보상액)이 가격시점 당시에 중요한 의미를 갖는 점을 고려할 때, 「수산업법 시행령」 별표4의 평가시점은 감정평가에서는 가격시점과

동일하다고 보아야 할 것이다.



제 3 장 어업허가제도의 법적 성격과 주요내용

제1절 허가의 법적 성격

I. 개념

허가란 일반적·상대적 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 하는 행정행위를 말한다. 근래에는 특히 이러한 의미의 허가를 ‘통제허가’라고 부르기도 한다.⁹⁷⁾ 여기서 말하는 허가는 학문상의 용어로서 실정법상으로는 면허·인가·승인·등록·지정 등의 용어가 사용되고 있으며, 법령상 허가라고 규정되어 있는 것이 학문상의 특허·인가에 해당하는 경우도 있다.

허가는 그 대상에 따라 대인적 허가, 대물적 허가, 혼합적 허가로 구분된다. 대인적 허가는 허가의 대상 내지 기준이 되는 사항이 특정인의 능력·기술 같은 주관적인 사항인 경우를 말하고, 대물적 허가는 그것이 객관적·물적인 경우를 말한다. 혼합적 허가는 그것이 양자에 걸치는 경우를 말한다. 이러한 구분은 허가의 대상이 양도성을 갖는가와 관련하여 의미를 갖는데 원칙적으로 대인적 허가의 경우는 양도성이 부인되고, 대물적 허가의 경우에는 인정된다. 혼합적 허가의 경우에는 종합적으로 판단하여 양도가 가능한 경우도 있고, 그렇지 않은 경우도 있다.

허가는 위험의 방지를 목적으로 금지하였던 바를 해제하는 행위, 즉 예방적 금지를 해제하는 것으로 ‘경찰허가’라고 부르기도 한다.⁹⁸⁾ 이러한 점에서 사

97) 박상희·서정범, 앞의 책, 156면.

98) 홍정선, 앞의 책, 328면.

회적으로 유해하거나 사회가 원하지 않는 일반적으로 금지된 행위를 특별한 경우에 예외적으로 적법하게 할 수 있게 하는 ‘예외적 승인’ 과 구별된다. 또한 허가의 경우 허가의 대상인 사인의 부작위의무가 행정행위에 의해 해제되는 것에 반하여, ‘신고’ 의 경우 신고서가 행정기관에 접수됨과 더불어 사인의 부작위의무가 해제되는 점에서 양자는 구별된다.

II. 법적성격(특허와의 비교)

1. 전통적 견해

종래의 통설은 명령적 행정행위에 속하는 허가과 형성적 행정행위에 속하는 특허는 외관상 비슷한 점이 있지만 그 성질과 효과를 달리하는 전혀 별개의 행정행위로 보아 왔다. 즉 허가는 법규에 의한 일반적 금지를 특정인에 대하여 특정한 경우에 해제함으로써 상대방이 본래 가지고 있던 자연적 자유를 회복시켜 줄 뿐, 이로 인하여 상대방에게는 어떠한 새로운 권리 그 밖의 법률상의 힘도 생겨나지 않고, 금지의 해제에 의하여 상대방이 받는 이익은 권리 내지 법률상 보호되는 이익이 아니라 단순한 사실상의 이익 내지 반사적 이익에 지나지 않는 반면에, 특허는 특정인에게 그가 원래 가지고 있지 않은 새로운 권리 그 밖의 법률상의 힘을 설정하여 주는 행위로서, 이로 인하여 상대방이 받는 이익은 단순한 반사적 이익이 아니라 제3자에게 대항할 수 있는 법률상의 이익이라는 것이다.⁹⁹⁾

이와 관련하여 대법원은 “유기장영업허가는 유기장영업권을 설정하는 설권행위가 아니고 일반적 금지를 해제하는 영업자유회복이라 할 것이므로 그 영업상의 이익은 반사적 이익에 불과하고 행정행위의 본질상 금지의 해제나 그 해제를 다시 철회하는 것은 공익성과 합목적성에 따른 당해 행정청의 재량행위라 할 것이다.” 라고 하여 허가를 명령적 행정행위에 속하는 것으로 확인한 바 있다.¹⁰⁰⁾

99) 김영규, “행정행위의 유형에 대한 고찰”, 「고려대학교 석사학위논문」, 2001, 65면.

2. 전통적 견해의 검토

전통적 견해에 따르면, 앞서 살펴본 바와 같이 허가로 인하여 상대방이 받는 이익은 단순한 사실상의 이익 내지 반사적 이익에 불과하다고 할 수 있으나, 최근에는 허가 역시 적법하게 일정한 행위를 할 수 있는 법적 지위를 부여한다는 점에서 형성적 행위로 볼 수도 있고, 행정행위가 기속행위인가 재량행위인가 여부는 기본적으로 입법자에 의해 결정되는 것이며, 허가로 인한 경쟁상 이익도 법률상 이익으로 해석되는 경우가 늘고 있다.¹⁰¹⁾

즉, 학문상의 허가의 대상인 행위를 할 수 있는 권리·능력은 「헌법」상의 기본권 특히 자유권의 내용을 이루는 것으로, 그 자체에 이미 부여되어 있는 것이고, 이러한 자유권은 대부분의 경우 절대적인 것은 아니며, 구체적 공익 목적과 관련하여 개별법에서 그 행사에 대해서 일정한 제한을 가하고 있는 것이라는 견해¹⁰²⁾, 그리고 오늘날 자유의 권리성을 부정하고 있는 견해는 없으며, 따라서 허가과 특허의 구별도 단순히 자유의 회복인가 권리의 부여인가를 기준으로 할 수는 없을 뿐만 아니라, 더 나아가서 자유를 대상으로 하는 명령적 행정행위와 권리 그 밖의 힘을 대상으로 하는 형성적 행정행위라는 관념도 성립할 여지가 없다는 견해 등이 있다.

이와 관련하여 대법원에서도 “제반 사정에 비추어 보면, 업종을 분뇨등 수집·운반업 및 정화조청소업으로 하여 분뇨등 관련 영업허가를 받아 영업을 하고 있는 기존업자의 이익은 단순한 사실상의 반사적 이익이 아니고 법률상 보호되는 이익이라고 해석된다.” 라고 판시하여 허가과 특허의 구분을 구체적 사안에 비추어 판단하고 있음을 나타낸 바 있다.¹⁰³⁾

3. 소결

허가가 법규에 의한 일반적인 금지를 특정한 경우에 해제하여 상대방이 본래

100) 대법원, 1985. 2. 8. 선고 84누369 판결.

101) 이헌석, “내수면어업허가의 법적 성격과 이전성”, 「토지공법연구」 제56호, 106면.

102) 김동희, “건축허가의 법적성질”, 「고시연구」 통권 제303호, 1999, 126면.

103) 대법원, 2006. 7.28. 선고 2004두6716 판결.

가지고 있던 자연적 자유를 회복시켜 줄 뿐 그 허가로 인하여 사법상의 거래의 대상이 되는 재산권적 성질을 가진 특정한 권리를 부여하는 것은 아니라는 견해에는 이견이 없는 것으로 보인다. 그러나 전통적인 견해와 같이 금지의 해제에 의하여 상대방이 얻는 이익이 반드시 사실상의 이익 내지 반사적 이익에 불과하다는 견해는 무리가 있어 보인다. 허가의 전제가 되는 예방적 금지는 「헌법」상 기본권으로 보장된 자유권을 위협의 방지 또는 공공복리를 이유로 제한한 것이며, 이를 해제하여 회복된 자유는 그 자체가 권리라고 볼 수 있다.

따라서 허가는 일반적 금지의 해제라는 명령적 행위로 볼 수 있으나 허가로 인하여 상대방이 원래는 가지고 있지 않던 권리 또는 능력이 새로이 창설되는 것은 아니라 할지라도 사실상 일정한 독점적 이익이 발생하는 경우에는 이를 법률이 보호하는 이익으로 보아야 할 것이므로 형성적 행정행위의 성격을 동시에 갖는다고 볼 수 있을 것이다.



제2절 어업허가의 법적 성격

I. 관련 법규정

「헌법」 제120조 제1항은 “광물 기타 중요한 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있다.” 라고 규정하고 있고, 이에 따라 「수산업법」은 제8조 내지 제40조의2에서 면허어업, 제41조 내지 제49에서 허가어업 및 신고어업에 관하여 규정하고 있다.

어업허가를 대인적 허가로 볼 것인지, 대물적 허가로 볼 것인지와 관련하여 「수산업법」 제41조는 어선 또는 어구마다 행정관청의 허가를 받아야 한다고

규정하여 대물적 허가로 보일 수 있으나, 「어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙」 제9조의 2에서는 일정한 요건을 갖춘 특정인에게 어업허가의 우선순위를 두고 있으므로 대인적 허가로서의 성격도 포함되어 있다고 할 수 있다. 따라서 어업허가는 대물적 허가와 대인적 허가에 동시에 포함되는 혼합적 허가에 속한다고 할 수 있다.

한편, 어업허가의 이전성과 관련한 「수산업법」의 규정은 다소 문제가 있는 것으로 보인다. 왜냐하면 법 제19조에서는 어업권은 이전·분할 또는 변경할 수 없다고 하여 어업면허의 이전성을 부정하고 있는 바, 재산권성이 강하게 보장되는 면허어업의 이전이 불가능하다는 점을 고려한다면, 상대적으로 재산권성이 취약한 어업허가는 더욱 더 이전성이 없다고 볼 것인데, 이에 반하여 법 제44조는 “어업허가를 받은 어선·어구 또는 시설물을 그 어업허가를 받은 자로부터 상속받거나 매입 또는 임차한 자는 그 어업허가를 받은 자의 지위를 승계한다.” 라고 규정하여 어업허가가 거래의 대상으로 오해할 수 있는 여지를 두고 있다.¹⁰⁴⁾ 그러나 이는 입법태도의 문제라고 할 것이며, 어업허가의 임의적 거래를 금지하기 위해 개정이 필요할 것이다.

II. 어업면허(특허)와의 구별

「수산업법」 제8조에 따른 어업의 면허는 행정관청의 면허처분으로 인하여 상대방으로 하여금 당해 어장에 대하여 배타적으로 사용·수익할 수 있는 물권적 권리를 설정하여 주는 행위로서 강화상 특허에 해당한다고 할 수 있다. 반면에 어업허가는 수산자원의 보호라는 공익적 목적으로 일반적으로 제한하는 어업의 자유를 특정한 경우에 행정관청의 처분에 의하여 회복하는 것으로서 특허와는 구별되는 강화상 허가에 속하는 것이다. 따라서 전통적인 견해에 따르면 어업허가의 효과는 어장의 특성을 물권으로 강하게 보호하고 있는 면허어업과 달리 경제적으로 특권화 되고 상당한 가치가 있더라도 법률상의 권리가 아닌 반사적 이익이 될 수밖에 없다.¹⁰⁵⁾

104) 이현석, 앞의 논문, 108면.

그러나 앞서 살펴본 학설과 판례의 경향에 따르면 허가처분으로 인하여 발생하는 효과를 단순한 사실상의 반사적 이익으로 볼 것인지, 아니면 법률상 보호되는 권리로 볼 것인지에 대해서는 구체적인 사안에 비추어 판단되어야 한다.

「수산업법」에 따르면 면허어업 뿐만 아니라 허가어업 및 신고어업에 대해서도 손실보상을 하도록 규정하고 있는 바, 이는 허가어업의 재산권성을 명백히 인정하고 있는 것으로 해석된다.¹⁰⁶⁾ 또한, 우선순위 규정에 의하여 특정 어업허가의 유효기간이 만료하더라도 동일 어업에 대하여 다시 신청할 경우 가장 우선하여 허가하도록 하고 있으므로 사실상 독점적인 이익이 발생하도록 하고 있는 것이다.¹⁰⁷⁾ 따라서 어업의 허가로 인하여 발생하는 효과를 단순한 사실상의 반사적 이익이라고 단정할 수는 없는 것이다.

한편, 「수산업법」이 허가어업 및 신고어업에 대해서도 손실보상을 규정하고 있으므로 어업의 허가를 재산권을 창설하여 주는 특허로 볼 수도 있는 여지가 있겠으나, 손실보상 규정의 존재만으로 새로운 권리가 발생한다는 것은 행정관청의 수리만을 요하는 어업의 신고의 경우에도 그러하다는 모순이 발생하게 된다. 또한 대법원은 어업허가의 유효기간과 관련하여 “어업에 관한 허가 또는 신고의 경우 그 유효기간이 경과하면 그 허가나 신고의 효력이 당연히 소멸하며, 재차 허가를 받거나 신고를 하더라도 허가나 신고의 기간만 갱신되어 종전의 어업허가나 신고의 효력 또는 성질이 계속된다고 볼 수 없고 새로운 허가 내지 신고로서의 효력이 발생한다고 할 것이다.” 라고 판시하여 우선순위에 의하여 동일한 허가를 받는다 하더라도 허가의 효력이 독점적으로 계속되는 것이 아니라 새로운 허가의 효력이 발생하는 것이라고 보고 있다.¹⁰⁸⁾

따라서 어업허가의 법적 성격은 수산자원의 효율적인 이용을 위하여 제한되어 있던 어업의 자유를 회복하게 하는 강학상 허가로서 명령적 행정행위의 성격을 가지고, 어업허가로 인하여 발생하는 이익은 우선순위 규정에 의하여 사실상 독점적인 이익이며, 면허어업의 경우와 같이 보상규정을 두고 있으므로 단순한 반사적 이익이 아닌 제3자에게 대항할 수 있는 법률상의 이익이므로 형

105) 이헌석, 앞의 논문, 106면.

106) 「수산업법」 제81조 제1항 제1호

107) 「수산업법」 제41조의 2 제1항 제1호

108) 대법원 2014. 5.29. 선고 2001다57692 판결.

성적 행정행위의 성격을 동시에 가진다고 할 수 있다.

제3절 우리나라 어업허가제도의 주요내용

I. 허가의 정수

「수산업법」은 어업단속, 위생관리, 유통질서의 유지나 어업조정을 위하여 근해어업의 허가정수를 제한하도록 하고 있고¹⁰⁹⁾, 이에 따라 「수산업법 시행령」 별표 3에서 근해어업의 종류별 허가정수를 정하고 있다. 또한, 「어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙」에서는 연안어업 및 구획어업의 허가정수의 제한 규정을 두고 있다.¹¹⁰⁾ 이와 같은 어업허가의 정수를 결정함에 있어서는 수산자원의 상태, 현재 그 어업을 경영하는 자의 수, 그 밖의 자연적·사회적 조건 등을 고려하여 결정하여야 하며, 수산조정위원회의 심의를 거쳐야 한다.¹¹¹⁾

어업허가 정수제도는 「수산업법 시행령」 및 「어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙」에 의하여 어업허가의 정수가 고정되어 있기 때문에 그것을 결정함에 있어서 행정관청의 재량권이 인정되지 않고 있음으로 인하여 수산자원의 상황에 따라 어업허가정수와 선복량이 유동적이지 못하다는 비판도 있지만, 한편으로는 행정관청의 자의적 판단으로 자원상황을 고려하지 않은 허가의 남발을 억제한다는 취지이기도 하다. 이에 비하여 일본은 공시를 통하여 선박 총톤수별 척수, 총톤수별·조업구역별 척수, 총톤수별·허가기간별 척수 중 하나를 선택하게 함으로써 다양한 어업허가 정수 결정방식을 운용하고 있다.¹¹²⁾

109) 「수산업법」 제61조 제1항 제3호

110) 「어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙」 제3조 제2항 관련 별표 2 및 제3항 관련 별표 3

111) 「수산업법」 제63조

112) 최중화·차철표, “우리나라 어업허가제도의 개선에 관한 연구”, 「해사법연구」 제13권 제1호, 4면.

II. 어업허가의 우선순위

「수산업법」에서 규정하고 있는 어업허가의 금지사유에 해당하지 않고 또한 적법한 절차에 따라서 어업허가를 신청하면 행정관청이 어업허가를 해야 하는 것이 원칙이다. 그러나 어업허가는 허가의 신청이 경합할 경우에 누구에게 어떤 기준으로 허가할 것인가가 문제되는 바, 이러한 경우에 허가받을 자의 순서를 정한 것이 우선순위 규정이다.¹¹³⁾ 어업허가 우선순위 규정은 구「어업허가에 관한 규칙」의 제정 이후부터 현행 「어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙」까지 부령으로 정하고 있었다. 그러나 어업허가의 정수가 있는 어업의 경우 사실상 신규 어업의 허가가 제한되고 있는 실정이므로 실질적인 허가 요건으로 작용하여 국민의 기본권을 제한할 수 있는 허가의 정수가 있는 어업의 경우 허가 우선순위를 법률에서 직접 규정하도록 「수산업법」을 개정하였다.¹¹⁴⁾

이에 따라 행정관청은 어업허가의 신청에 대하여 허가의 정수가 있는 어업의 경우¹¹⁵⁾, ①허가의 유효기간이 만료된 어업과 같은 종류의 어업의 허가를 신청하는 자, ②어업의 허가를 받은 어선·어구 또는 시설을 대체하기 위하여 그 어업의 폐업신고와 동시에 같은 종류의 어업의 허가를 신청하는 자, ③어업허가의 유예기간이 만료되거나 유예사유가 해소되어 같은 종류의 어업의 허가를 신청하는 자의 순으로 허가하되, 어업허가의 유효기간에 2회 이상 어업허가가 취소되었던 자는 우선순위에서 제외한다.¹¹⁶⁾ 그리고 어업허가의 건수가 허가정수에 미달하는 경우에는 ①수산기술자, ②해양수산부장관이 선정하여 고시한 조건불리지역에서 1년 이상 거주한자, ③신청한 어업을 5년 이상 경영하였거나

113) 윤광진 등, “어업허가 우선순위 설정에 관한 입법평가”, 「입법평가연구」 11-17-8, 한국법제연구원, 43면.

114) 1985년 4월 2일 구「어업허가에 관한 규칙」 제10조에서 최초로 허가의 정한 수가 있는 어업에 대하여 허가의 우선순위를 정하기 시작하였으며, 수차례 개정되면서 허가의 정수가 있는 어업의 경우와 그 외의 경우를 구분하여 우선순위를 정하여 왔다. 이후 2015년 6월 22일 「수산업법」 일부개정을 통하여 허가의 정수가 있는 어업의 경우에는 사실상 재산권의 제한에 관한 사항이므로 법률에서 직접 정하도록 하고, 그 외의 경우에는 종전과 같이 「어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙」에서 정하도록 하여 2015년 12월 23일부터 이를 시행하기로 하였다.

115) 근해어업, 연안어업, 구획어업이 이에 해당한다.

116) 「수산업법」 제41조의 2 제1항 및 제2항

이에 종사한 자, ④신청한 어업을 1년 이상 5년 미만 경영하였거나 이에 종사한 자 및 신청한 어업과 다른 종류의 어업을 5년 이상 경영하였거나 이에 종사한 자의 순으로 허가하되, 같은 순위자 사이의 우선순위는 신청자의 어업경영능력, 수산업 발전에 대한 기여 정도, 수산 관계 법령의 준수 여부 및 지역적 여건 등을 고려하여 행정관청이 정하도록 하고 있다.¹¹⁷⁾

한편, 허가의 정수가 있는 어업이 아닌 경우¹¹⁸⁾로서 밧줄식종묘생산어업, 말목식종묘생산어업 또는 뗏목식종묘생산어업의 경우, ①어업허가의 유효기간이 만료되어 그 수면에 어업의 종류가 같은 어업의 허가를 신청하는 자, ②양식어장이 있는 어업인으로서 양식어장에 소요되는 종묘확보를 위하여 종묘생산어업의 허가를 신청하는 자의 순으로 허가하되, 후자의 경우로 어업허가를 신청하는 자가 둘 이상인 경우에는 신청자의 어업경영능력, 수산업 발전에 대한 기여 정도, 수산관계법령의 준수여부 및 지역적 여건 등을 참작하여 행정관청이 정하는 세부지침에 따라 우선순위를 결정한다.¹¹⁹⁾ 그 밖에 육상 구역에서 이루어지는 어업인 육상해수양식어업과 종묘생산어업 중 육상수조식종묘생산어업에 대해서는 우선순위 규정을 두지 않고 있다.

어업허가에 선행하여 우선순위를 결정하는 것은 행정관청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 허가처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 강박상 확약에 불과하고 그 자체가 행정처분이 아니므로, 우선순위 결정에 공정력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 않는다.¹²⁰⁾ 그러나 우선순위자로 결정된 자로부터 허가신청을 받은 행정관청이 그에게 허가하지 아니할만한 사유가 없을 때에는 지체 없이 허가를 하게 된다.¹²¹⁾

Ⅲ. 어업허가의 유효기간

「수산업법」에 따르면 어업허가의 유효기간은 5년으로 하되, 유효기간 중에

117) 「수산업법」 제41조의 2 제3항 및 제4항

118) 육상해수양식어업 및 종묘생산어업이 이에 해당한다.

119) 「어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙」 제9조의 2 제4항 및 제5항

120) 대법원, 1995. 1.20. 선고 94누6529 판결.

121) 최중화·차철표, 앞의 논문, 5면.

허가받은 어선·어구 또는 시설을 다른 어선·어구 또는 시설로 대체하거나 어업허가를 받은 자의 지위를 승계한 경우에는 종전 어업허가의 남은 기간으로 한다.¹²²⁾ 그리고 어업허가의 처분관청은 수산자원의 보호 및 어업조정과 그 밖에 공익상 필요한 경우 유효기간을 단축하거나 5년의 범위에서 연장할 수 있다.¹²³⁾ 따라서, 어업허가의 법정 유효기간은 최고 10년까지가 된다.

이와 같이 어업허가의 유효기간을 정하는 것은 수면의 종합적 이용과 어업생산성을 향상시킨다는 취지에서 허가의 고정화를 막고, 해황·어황의 변화, 기술의 발전에 따른 허가의 합리적인 조정을 위하여 재검토의 기회를 갖기 위한 것이다. 어업허가의 유효기간은 어업의 안정적 경영이나, 그 재산적 가치의 증대라는 측면에서는 장기적인 것이 바람직하겠지만, 어업구조의 변화나 수산자원의 상황 등에 따라 허가 방법을 합리적으로 개선할 필요가 있기 때문에 일정한 기간으로 한정하고 있다.¹²⁴⁾

한편, 앞서 살펴본 어업허가의 우선순위 규정에 따르면 허가의 정수가 있는 어업의 경우 허가의 유효기간이 만료된 어업과 같은 종류의 어업의 허가를 신청하는 자에게 가장 우선적으로 허가를 하도록 하고 있어 당해 어업인이 원할 경우 유효기간 규정에도 불구하고 독점적·영속적으로 어업을 경영할 수 있게 된다. 이와 관련하여 대법원은 “어업에 관한 허가 또는 신고의 경우에는 어업면허와 달리 유효기간연장제도가 마련되어 있지 아니하므로 그 유효기간이 경과하면 그 허가나 신고의 효력이 당연히 소멸하며, 재차 허가를 받거나 신고를 하더라도 허가나 신고의 기간만 갱신되어 종전의 어업허가나 신고의 효력 또는 성질이 계속된다고 볼 수 없고 새로운 허가 내지 신고로서의 효력이 발생한다고 할 것이다.” 라고 판시하여 유효기간 경과 후에 동일한 내용으로 받은 허가라도 그 허가의 효력 또는 성질은 기존의 허가와는 별개의 새로운 것이라고 보고 있다.¹²⁵⁾

122) 「수산업법」 제46조 제1항

123) 「수산업법」 제46조 제2항

124) 최중화·차철표, 앞의 논문, 5면.

125) 대법원 2011. 7.28. 선고 2011두5728 판결.

IV. 어업허가의 제한 및 조건

어업허가를 받은 어업자는 허가받은 범위 내에서 자유로이 어업활동을 할 수 있지만, 어업을 자유방임 상태로 두면 궁극적으로 자원고갈을 초래할 뿐만 아니라, 어업질서가 문란해질 수 있기 때문에 어업허가의 효력을 해하지 않는 범위 내에서 자원보호, 어업조정 또는 공익상 필요에 의하여 허가처분의 효과를 제한하거나 또는 특별한 의무를 부담하게 하는 것이 어업허가의 제한 및 조건이다.¹²⁶⁾

「수산업법」은 일반적인 어업허가의 제한 및 조건으로 ‘행정관청은 어업허가를 처분하는 경우 해양수산부령으로 정한 연근해어업에 공통적으로 적용되는 사항과 어업의 종류 및 어선의 규모별로 조업구역, 어구·어법, 어구의 규모 및 표지부착 등 허가의 제한 또는 조건을 붙여 허가하여야 한다.’라고 규정하고 있고, 「어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙」 별표 8에 어업별 허가의 제한 및 조건의 구체적인 내용을 규정하고 있다.¹²⁷⁾ 그리고 그 밖의 제한 또는 조건으로 ‘행정관청은 제1항에서 정한 제한 또는 조건 외에 공익의 보호, 어업조정 또는 수산자원의 번식·보호를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 허가의 제한 또는 조건을 붙일 수 있다.’라고 규정하고 있는데¹²⁸⁾, 여기에서 후술하는 포괄적 손실보상청구권배제와 철회권유보 등과 같은 문제점이 발생하게 된다.¹²⁹⁾

V. 어업허가 지위승계

「수산업법」에 따르면 어업허가를 받은 어선·어구 또는 시설물을 그 어업허가를 받은 자로부터 상속받거나 매입 또는 임차한 자는 그 어업허가를 받은 자의 지위를 승계하며, 이 경우 종전에 어업허가를 받은 자의 지위는 그 효력을 잃는다고 규정하고 있다.¹³⁰⁾ 또한, 어업허가를 받은 자의 지위를 승계 받은

126) 최종화·차철표, 앞의 논문, 5면.

127) 「수산업법」 제43조 제1항

128) 「수산업법」 제43조 제2항

129) 부관부어업의 문제에 대한 자세한 사항은 제4장에서 설명하기로 한다.

자는 그 어업허가에 부과된 행정처분 또는 부담이나 조건 등도 함께 승계 받은 것으로 본다.¹³¹⁾

한편, 「수산업법」 제19조 제1항에서 “어업권은 이전·분할 또는 변경할 수 없다.” 라고 규정하여 어업권의 양도를 금지하고 있는 바, 현행법상 재산권이 강하게 보장되는 면허어업의 이전이 원칙적으로 불가능하다는 점을 고려한다면, 어업허가는 더욱 더 이전성이 없다고 보는 것이 타당할 것이다.¹³²⁾ 그러나 「수산업법」상 어업허가 지위승계 규정에서의 표현은 어업허가가 거래의 대상이 되는 것으로 해석될 수 있으며, 실제로도 어선·어구 등의 매매 시에 어업허가도 동시에 이전되고 있는 실정이다. 이와 같이 입법적인 불비로 인하여 어업허가의 임의적 거래가 이루어지고 있는 것은 수산자원 및 수면의 종합적인 이용을 위하여 국가가 어업허가에 대하여 통제 및 관리한다는 공익적 목적과 배치되는 것이므로 반드시 개선되어야 하는 것으로 보인다.



130) 「수산업법」 제44조 제1항

131) 「수산업법」 제44조 제3항

132) 이헌석, 앞의 논문, 110면.

제 4 장 어업손실보상제도의 문제점 및 개선방안

제1절 법제도상 문제점

I. 공익사업시행지구 밖의 어업손실보상(간접손실보상)

1. 개요

공익사업의 시행으로 인한 어업손실보상은 당해 어업권(허가 및 신고 포함)의 위치에 따라 공익사업시행지구내 편입되는 어업손실보상(직접손실보상)과 공익사업시행지구 밖의 어업손실보상(간접손실보상)으로 구분할 수 있다. 이 때, 공익사업시행지구내 공익사업이 발생하는 구역을 말하며, 특정구역을 수용하거나 사용하는 공간을 말한다. 따라서, 공익사업시행지구 내란 공익사업이 이루어지는 구역의 안으로서, 토지 등 특정공간이 수용되거나 사용되는 구역이라 볼 수 있으며, 어업손실보상과 관련해서는 사업이 이루어지는 육상 또는 공유수면이거나 공익사업의 원활한 시행 및 해상 안전을 위하여 접근이나 어선의 운항 등을 제한하기 위한 오탁방지막이 설치된 구역 안이 이에 해당된다고 볼 수 있다. 즉, 공익사업시행지구 내는 공익사업의 직접목적이 되거나 부수적으로 사용되는 구역을 말하고, 공익사업시행지구 밖은 공익사업시행지구를 제외한 그 외의 구역을 말한다.¹³³⁾

2003년 「토지보상법 시행규칙」 제정 이전의 어업손실보상은 공익사업시행지구 내·외를 구분하지 않고 사업시행 전에 피해를 예측하여 그 정도에 따라 보

133) 서상복, “공익사업 시행지구 밖의 합리적 어업손실보상에 관한 연구”, 「군산대학교 박사학위논문」, 2013, 43-44면.

상하여 왔다. 이후 중전의 「토지수용법」과 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」을 통합하여 「토지보상법」을 제정하면서 공익사업시행지구 인근의 어업에 피해가 발생한 경우 실제 피해액을 확인할 수 있는 때에 피해를 보상하도록 함으로써 현실적인 보상이 되도록 하기 위해 「토지보상법 시행규칙」을 제정하였다.

공익사업으로 인한 손실에는 공익사업시행지구 내의 토지 등의 수용·사용 등으로 인한 손실, 공익사업의 공사로 인한 손실 및 공익사업의 운영으로 인한 손실(공익사업으로부터의 공해 등)이 있다. 「토지보상법 시행규칙」은 주로 공익사업시행지구 내의 토지수용으로 인한 손실을 규정하고 있고, 공익사업의 공사로 인한 손실로는 공익사업시행지구 밖의 어업의 피해를 규정하고 있을 뿐이다. 그러나 공익사업의 운영으로 인한 손실(예, 공익사업으로부터의 공해)에 대하여는 원칙상 규정하고 있지 않고 있다.¹³⁴⁾

이와 관련하여 건설교통부는 운영으로 인한 손실의 경우 당사자간의 합의 또는 민사소송을 통하여 해결하도록 유권해석 한 바 있다.¹³⁵⁾ 그러나 이후 법제처에서는 ‘공익사업의 시행으로 건설된 발전기에서 배출되는 온배수로 인하여 해당 공익사업시행지구 인근에 있는 어업에 피해가 발생한 경우 「토지보상법」 제79조 제2항 및 같은 법 시행규칙 제63조를 적용할 수 있다.’라고 하여 운영으로 인한 손실의 경우에도 공익사업시행지구 밖의 어업의 피해에 대한 보상 규정을 유추적용 할 수 있다는 유권해석을 한 바 있어 각 유관기관의 의견이 일치하지 않고 있다.

공익사업시행지구 밖에 미치는 손실은 사회적·경제적 손실과 물리적·기술적 손실로 나누어 볼 수 있다. 사회적·경제적 손실이란, 댐건설에 따라 생산체제와 유통구조가 변화되고 대부분의 주민이 이전함으로써 소수 잔존자의 문제와 지역경제에 미치는 영향이나, 어업권의 소멸에 따라 어업활동이 쇠퇴함으로써 생기는 경제활동 등에의 영향 등 지역사회의 변동을 통하여 개인에게 미치

134) 김용춘·박상희, 앞의 논문, 75면.

135) 「토지수용법」과 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」은 공공용지의 취득 또는 사용에 따른 보상을 규정한 법령이므로 공장의 가동으로 인한 온배수 피해는 위 법령에 의한 보상대상에 해당되지 아니한다고 보며, 이는 당사자간에 협의하거나 민사소송 등에 의거 해결할 사항이다(토관58342-265 : 2002. 2.15.).

는 간접적 손실이다. 또한 물리적·기술적 손실이란, 공사 중의 소음·진동이나 완성된 시설에 의한 일조 또는 전파의 장애 등 직접적인 영향에 따른 손실이며 넓은 의미에서는 공해에 해당한다고 볼 수 있다.¹³⁶⁾

이러한 공익사업시행지구 밖의 손실보상을 위한 요건으로 대법원은 “공공사업의 시행으로 인하여 그러한 손실이 발생하리라는 것을 쉽게 예견할 수 있고, 그 손실의 범위도 구체적으로 이를 특정할 수 있는 경우라면, 그 손실의 보상에 관하여 공특법시행규칙(구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법 시행규칙」)의 관련 규정 등을 유추적용할 수 있다고 해석함이 상당하다.” 라고 판시하여 공익사업시행지구 밖의 손실이 발생하였을 것, 그 손실이 쉽게 예견 가능한 것일 것, 그 손실의 범위가 구체적으로 특정 가능한 것일 것을 들고 있다.¹³⁷⁾

2. 공익사업시행지구 밖의 어업손실보상의 문제점

(1) 사후보상

「토지보상법 시행규칙」 제63조 제1항은 ‘공익사업의 시행으로 인하여 해당 공익사업시행지구 인근에 있는 어업에 피해가 발생한 경우 사업시행자는 실제 피해액을 확인할 수 있는 때에 그 피해에 대하여 보상하여야 한다.’ 라고 규정하여 「토지보상법」 제62조의 사전보상의 원칙에 대한 예외를 두고 있다. 그러나 「공유수면법」의 경우 피해가 예상이 되는 인근의 지역까지 사전보상을 하도록 되어 있어 실무적으로 혼란을 일으키고 있다.¹³⁸⁾

「토지보상법 시행규칙」 제63조가 공익사업시행지구 밖의 어업손실보상에 대해 ‘실제피해액을 확인할 수 있는 때’ 즉, 사후보상을 규정하고 있으나, 그 실제피해액을 확인하는 절차, 방법, 시기 등에 대해서는 명확하게 규정하고 있지 않다. 사업기간이 장기인 경우 실무적으로 어느 시점에 조사를 하고, 어느

136) 박윤훈, 「최신행정법강의(상)」, 박영사, 2002, 789면.

137) 대법원 1999. 6.11. 선고 97다56150 판결.

138) 김용춘, “어업손실보상제도에 관한 연구”, 「한국해양대학교 박사학위논문」, 2014, 153면.

시점에 보상을 해야 하는지가 문제가 된다. 시점과 관련하여 ①매년 피해를 조사하여 매년 보상을 해야 하는지, ②공사가 끝난 후에 피해를 조사해야 하는지, 아니면 ③공사착공 후 피해가 발생하는 것이 확인이 되고 그 정도와 범위의 예측이 가능한 경우에 보상을 하는지 등 여러 가지 방법상 결정되지 않은 부분이 있다. 실무적으로는 「공유수면법」에서 규정하고 있는 것과 같이 공사가 시행되기 전에 보상을 하거나 ③의 방법에 의해서 보상을 실시하고 있다. 그런데, 위 ①방법에 의하면 조사비용 및 조사기간의 문제, 위 ②방법에 의하면 조사기간 중에 발생하는 피해에 대한 확인이 곤란하고, 사업기간의 장기화로 인하여 발생하는 보상의 지연문제, 위 ③방법에 의할 경우 여전히 일부를 예측해야 하는 등 실무적으로는 여전히 문제가 남게 된다.¹³⁹⁾

(2) 피해발생여부의 입증

「토지보상법 시행규칙」은 감소된 어획량 및 「수산업법 시행령」 별표 4의 평년수익액 등을 참작하여 실제 피해액을 평가하도록 규정하고 있는 바, 감소된 어획량 및 평년수익액을 산출하기 위해서는 고도의 전문성이 필요하며, 일반적으로 4계절 이상의 많은 시간이 소요된다.¹⁴⁰⁾ 이 때 해양수산부장관이 지정한 수산에 관한 전문조사연구기관 또는 교육기관의 어업피해조사 없이 감소된 어획량 및 평년수익액을 산출하는 것은 현실적으로 불가능하며 어업피해조사 및 감정평가에 소요되는 비용 또한 적지 않게 발생하게 된다.

이러한 이유로 실제 피해액의 입증 책임이 누구에게 부과되어야 할 것인가의 문제가 발생하게 되는데 이와 관련하여 대법원은 “일반적으로 불법행위로 인한 손해배상청구사건에서 가해행위와 손해발생 간의 인과관계 증명책임은 청구자인 피해자가 부담하나, 대기오염이나 수질오염에 의한 공해로 인한 피해보상을 청구하는 소송에서는 기업이 배출한 원인물질이 대기나 물을 매체로 하여 간접적으로 피해를 끼치는 수가 많고 공해 문제에 관하여는 현재 과학수준으로

139) 서상복, 앞의 논문, 79-80면.

140) 「토지보상법」 제63조(공익사업시행지구밖의 어업의 피해에 대한 보상) ① 공익사업의 시행으로 인하여 해당 공익사업시행지구 인근에 있는 어업에 피해가 발생한 경우 사업시행자는 실제 피해액을 확인할 수 있는 때에 그 피해에 대하여 보상하여야 한다. 이 경우 실제 피해액은 감소된 어획량 및 「수산업법 시행령」 별표 4의 평년수익액 등을 참작하여 평가한다.

도 해명할 수 없는 분야가 있기 때문에 가해행위와 피해 발생 사이의 인과관계를 구성하는 하나하나의 고리를 자연과학적으로 증명한다는 것이 매우 곤란하거나 불가능한 경우가 많다. 그러므로 이러한 공해소송에서 피해자에게 사실적인 인과관계의 존재에 관하여 과학적으로 엄밀한 증명을 요구한다는 것은 공해로 인한 사법적 구제를 사실상 거부하는 결과가 될 수 있는 반면에, 가해기업은 기술적·경제적으로 피해자보다 훨씬 원인조사가 용이한 경우가 많을 뿐만 아니라 원인을 은폐할 염려가 있기 때문에, 가해기업이 어떠한 유해한 원인물질을 배출하고 그것이 피해 물건에 도달하여 피해가 발생하였다면 가해자 측에서 그것이 무해하다는 것을 증명하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 보는 것이 사회형평의 관념에 적합하다.” 고 판시하여 환경분쟁에 있어서 입증책임의 전환을 인정한 바 있다.¹⁴¹⁾

건설교통부 또한 “「토지보상법 시행규칙」 제63조의 규정에 의하면 공익사업의 시행으로 인하여 당해 공익사업시행지구 인근에 있는 어업에 피해가 발생한 경우 사업시행자는 실제 피해액을 확인할 수 있는 때에 그 피해에 대하여 보상하여야 한다. 이 경우 실제 피해액은 「수산업법 시행령」 별표 4의 평년 수익액을 기준으로 평가하도록 되어 있는 바, 이 경우 당해 공익사업시행지구 인근에 있는 어업에 실제피해가 발생하였는지 여부에 대한 입증은 사업시행자가 피해조사용역 및 사실관계 조사 등의 방법을 통하여 판단·결정할 사항이라고 본다.” 라는 유권해석을 한 바 있어, 사업시행자에게 입증 책임을 부과하는 것이 타당할 것으로 판단하였다.¹⁴²⁾

이와 관련하여 「공유수면법」에서는 피해가 예상되는 구역을 확인하기 위하여 피해영향조사를 실시하도록 규정하고 있으나, 어업손실보상에서 일반법적인 지위를 갖는 「토지보상법」 및 「수산업법」에서는 실제 피해액 확인에 대한 구체적인 사항을 규정하고 있지 않아 사업시행자가 공익사업 시행과 동시에 어업피해영향조사를 실시한 사례는 극히 드물다. 이로 인해 어업피해조사 자체를 부정하거나 직접손실구역만 조사하고 간접손실구역은 민원이 발생하면 다시 조사하는 등 이중으로 예산을 투입하여 조사하는 부작용이 발생하고 있다.¹⁴³⁾

141) 대법원, 2012. 1.12. 선고 2009다84608:84615:84622:84639 판결.

142) 건설교통부, 토지정책팀, 1AA-0605-003395 : 2006. 5.12.

143) 김용춘, 앞의 논문, 152면.

3. 개선방안

「토지보상법 시행규칙」 제63조는 공익사업시행지구 밖의 어업손실에 대해 사후보상할 것을 규정하고 있고, 「공유수면법」 제12조와 제30조는 공유수면의 점용·사용 허가 및 매립면허시 권리자의 사전 동의를 요구하고 있어 양 규정의 충돌로 인한 혼란이 발생하고 있다. 이러한 문제점을 개선하기 위해서 「토지보상법 시행규칙」 제63조를 개정하여 ‘실제 피해액의 확인’에 대한 구체적인 방법 및 절차 등을 명문화할 필요가 있을 것으로 보인다. 즉, 공익사업의 착공과 동시에 어업피해조사를 실시하여 피해여부와 피해범위를 확인하여야 한다는 내용으로 개정하는 것이 바람직할 것이다.

이와 관련하여 「공유수면법」은 공유수면 점용·사용 허가 신청 시 환경영향평가를 실시하도록 하고 있고, 공유수면 매립 신청 시에는 환경영향평가와 매립예정지 인근 구역의 공유수면에 관한 피해영향조사를 실시하도록 하고 있다. 어업피해영향조사의 경우 조사결과에 따라 향후 실시하게 될 어업피해조사에서의 피해범위와 큰 차이가 보이게 되면 조사의 신뢰성이 심각하게 저해될 수 있기 때문에 조사기관에 따라 어느 정도의 차이는 날 수 있으나 거의 유사한 피해범위를 보이는 것이 일반적이다. 그러나 환경영향평가의 경우 「환경영향평가법 시행령」 별표 1에서 분야별 세부평가항목에 해양환경과 산업에 미치는 영향을 포함하도록 하고 있는데 이것만으로는 어업에 대한 피해범위를 확인하기에 부족하고, 실제로 대부분의 평가에서 피해가 없거나 미미하다는 형식적인 내용을 담고 있다.¹⁴⁴⁾ 따라서 환경영향평가의 경우에도 공유수면의 점용·사용으로 인한 인근지역의 피해발생 여부를 확인할 수 있도록 「환경영향평가법 시행령」 별표 1의 분야별 세부평가항목을 개편하거나 피해를 쉽게 예견할 수 있는 때에는 어업피해영향조사를 실시하도록 제도를 개선하는 것이 필요할 것이다.

144) 김용춘, 앞의 논문, 159면.

II. 부관부 어업

1. 개요

행정행위의 부관이란 행정행위의 효력범위를 보다 자세히 정하기 위하여 주된 행정행위에 부가된 규율을 말한다.¹⁴⁵⁾ 「수산업법」 제2조에서는 ‘어업이란 수산동식물을 포획·채취하거나 양식하는 사업과 염전에서 바닷물을 자연 증발시켜 소금을 생산하는 사업을 말한다.’ 라고 정의하고 있다. 따라서, 어업에 있어서 부관이란 ‘수산동식물을 포획·채취하거나 양식하는 사업과 염전에서 바닷물을 자연 증발시켜 소금을 생산하는 사업을 할 수 있도록 하는 행정행위의 효력범위를 보다 자세히 정하기 위하여 부가된 규율’ 이라고 정의할 수 있다.

부관의 종류에는 조건, 기한, 철회권(취소권)의 유보, 부담, 부담유보, 수정부담, 법률효과의 일부배제 등이 있다. 조건은 행정행위의 효력의 발생·소멸을 장래에 발생여부가 불확실한 사실에 의존시키는 부관을 말하며, 기한은 행정행위의 효력의 발생·소멸을 장래에 그 발생여부가 확실한 사실, 즉 장래의 특정 시점에 종속시키는 부관을 말한다. 철회권의 유보는 일정요건하에서 행정행위를 철회하여 행정행위의 효력을 소멸케 할 수 있음을 정한 부관을 말한다. 부담은 수익적 행정행위에 부가된 부관으로 상대방에게 작위·부작위·수인·급부의무를 명하는 것을 말한다. 부담유보는 사후적으로 부담을 설정·변경·보완할 수 있는 권리를 미리 유보해 두는 경우의 부관을 말한다. 수정부담은 행정행위에 부가하여 새로운 의무를 부과하는 것이 아니라, 사인이 신청한 내용과 다르게 전부 또는 부분적으로 허가·승인하는 경우를 말한다. 법률효과의 일부배제는 법률이 예정하고 있는 효과의 일부를 행정청이 배제하는 행정행위로서의 부관을 말한다.

어업과 관련된 부관을 보면 다음과 같다. 즉 해양수산부 장관 또는 도지사나 시장·군수·구청장이 ① 「수산업법」에 의하여 어업면허(어업허가)를 하면서

145) 홍정선, 앞의 책, 431면.

이 지구 내 공익사업 시행 시에 면허(허가)를 취소할 수 있고, 또 손실보상을 청구하지 못한다고 한다던가, ② 잠수기어업의 허가를 하면서 마을어업의 어장에서는 조업하여서는 아니 된다고 한다거나, ③ 마을어업을 면허하면서 마을어업의 어업권자가 「수산업법」 제27조 제3항에 의하여 승인을 얻지 아니한 경우는 당해 어장에서 조업을 못하도록 하고 있고, ④ 근해형망 어업을 하면서 해가 진 뒤에는 조업을 하여서는 아니 된다고 한다거나, ⑤ 근해어업의 허가를 하면서 어로한계선 또는 조업자제선을 월선하여 조업하여서는 아니 된다고 하는 경우이다.

2. 부관부 어업의 법적근거

「수산업법」 제12조는 면허어업의 제한 및 조건에 대해 ‘시장·군수·구청장은 어업면허를 하는 경우로서 어업조정을 위하여 필요하거나 기타 공익의 필요에 의한 경우¹⁴⁶⁾ 그 어업면허를 제한하거나 그 어업면허에 조건을 붙일 수 있다.’ 고 규정하고 있다.

「수산업법」 제43조 제1항에서는 ‘행정관청은 어업허가를 처분하는 경우 해양수산부령¹⁴⁷⁾으로 정한 연근해어업에 공통적으로 적용되는 사항과 어업의 종류 및 어선의 규모별로 조업구역, 어구·어법, 어구의 규모 및 표지부착 등 허가의 제한 또는 조건을 붙여 허가하여야 한다.’ 고 규정하여 허가어업의 일반적인 제한 또는 조건을 부가하도록 하고 있고, 제2항에서는 제1항의 제한 또는 조건 외에 공익의 보호, 어업조정 또는 수산자원의 번식·보호를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 행정관청이 허가의 제한 또는 조건을 부가할 수 있도록 하고 있다.

146) 수산자원의 증식·보호를 위하여 필요한 경우, 군사훈련 또는 주요 군사기지의 보위를 위하여 필요한 경우, 국방을 위하여 필요하다고 인정되어 국방부 장관이 요청한 경우, 선박의 항행·정박·계류 또는 수저전선의 부설을 위하여 필요한 때, 「해양환경관리법」 제23조 제1항 단서에 따른 폐기물 해양배출로 인하여 배출해역 바닥에서 서식하는 수산동물의 위생관리가 필요한 경우, 「토지보상법」 제4조의 공익사업을 위하여 필요한 경우, 어업활동과 관련한 안전사고의 예방 등을 위하여 필요한 경우(「수산업법」 제34조 제1항 제1호 내지 제7호).

147) 「어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙」 제13조 참조.

신고어업의 경우에는 면허어업, 허가어업과 달리 부관에 관한 별도의 규정이 없다. 다만, 「수산업법」 제47조 제5항과 제6항에서 일정한 경우에 신고어업을 제한·정지·어선의 계류·취소 등을 할 수 있도록 하고, 제49조에 의해 공익의 필요에 의한 제한 규정을 준용하도록 하고 있다.

3. 판례 등의 입장

(1) 대법원 판례

1) 부관의 효력을 부정한 사례

대법원은 ‘「수산업법」 제15조의 규정에 의하면 본건 어업면허에 일응 부관을 부할 수 있는 것 같으나 그 부관의 내용에 있어서 어업권은 동법 제24조에 의하여 물권이며 그 내용은 토지소유권에 관한 규정이 준용되므로 어업의 면허를 하는 경우에 「수산업법」 제15조의 규정에 의한 부관은 그 성질상 어업권의 본질 효력을 해하지 않는 한도 내에서 어업조정 또는 공익상 필요한 경우에 관하여 소위 법률상 부담 및 장애 발생할 특정한 사유로 인한 취소권의 보류 등에 한한 것이고 면허의 효과인 어업권의 내용 또는 효력 등에 대하여서는 임의로 행정청이 제한 또는 조건을 부할 자유재량의 여지가 없는 것이다.’ 라고 판시한 바 있으며¹⁴⁸⁾, 그 이후로도 ‘「수산업법」 제15조에는 행정관청은 어업조정 기타 공익상 필요하다고 인정할 때에는 어업의 면허 또는 허가를 할 때에 제한 또는 조건을 부할 수 있다고 규정하고 있으나 이러한 부관은 그 성질상 허가된 어업의 본질적 효력을 해하지 않는 한도의 것이어야 하고, 허가된 어업의 내용 또는 효력 등에 대하여는 행정청이 임의로 제한 또는 조건을 붙일 수는 없다고 보아야 할 것이다.’ 라고 판시하여 어업면허 및 허가의 본질적 효력을 해하는 부관은 무효임을 확인하고 있다.¹⁴⁹⁾

148) 대법원 1959. 5.14. 선고 4290민상834 판결.

149) 대법원 1990. 4.27. 선고 89누6808 판결.

2) 부관을 효력을 인정한 사례

그러나 대법원은 앞의 판결과는 달리 ‘개발사업의 시행으로 인하여 위 어장이 피해를 입더라도 그로 인한 일체의 보상청구 등을 포기하기로 하는 내용의 포기각서를 피고에게 제출하여 그 면허기간의 연장을 허가받아 그와 같은 취지의 부관이 어업권등록원부에 역시 기재된 사실을 인정한 다음 위 어업권은 「수산업법」 제8조 제1항 제1호의 면허어업으로서 면허권자는 면허를 함에 있어서 면허의 제한 등에 관한 부관을 붙일 수 있다 할 것이고 위와 같이 어업권등록원부에 기재된 위 부관의 효력은 그 후 이 사건 어업권을 양수한 원고에게도 미친다고 판단하여 이에 관한 원고의 청구를 배척하였는바 기록에 비추어 원심의 판단은 정당하고 거기에 지적하는 바와 같은 법리오해의 위법이 없다.’ 라고 판시한 바 있으며¹⁵⁰⁾, 또한 ‘서해안에서의 어업허가에 원판시와 같은 조업구역 제한 조건을 붙인 것은 우리나라 어선이 위 조업구역제한선 밖에서 조업을 하다가 생길 중공 측의 어선납치와 그로 인하여 야기하게 될 우리나라와 중공과 사이의 분규 등을 미연에 방지함으로써 우리의 국가이익에 손실이 가는 일이 없도록 함과 아울러 우리의 어선을 보호하려는데 그 목적이 있는 것이므로 위 조건 위배 행위자에 대한 제재는 국가이익의 보호를 목적으로 하는 공익상의 필요에 의한 것이라 할 것인바, 원고 소유의 이건 선박이 위 어업제한선을 60마일이나 침범하고 비수교국인 중공의 조우산도 동방 32마일 해상에서 어로작업을 한 것이라면 가사 원심판시와 같이 이건 처분으로 인하여 원고가 막대한 재산상 손해를 입게 될 처지에 놓이게 된다는 점을 감안하더라도 달리 특별한 사정이 없는 한 피고의 이건 처분이 그 재량권의 범위를 일탈한 위법한 것이라고 볼 수는 없을 것이다.’ 라고 판시하며, 면허어업 등에 붙인 부관의 효력을 인정하고 보상금 지급을 부정한 사례도 있다.¹⁵¹⁾

(2) 관계기관의 유권해석 등

1) 부관의 효력을 부정한 해석

150) 대법원 1993. 6.22. 선고 93다17010 판결.

151) 대법원 1983. 3.22 선고 82누435 판결.

건설교통부는 「수산업법」에 의한 어업면허시 그 조건에 공익상 필요한 경우에는 언제든지 면허를 취소할 수 있으며, 이 경우 원상회복을 명할 수 있고, 이와 같은 취소의 경우에는 보상청구를 하지 못한다는 부관이 있다고 하여, 그 부관이 공익상 필요시 어업면허를 취소할 수 있게 하고, 면허 취소시 보상할 것을 규정한 법률의 규정을 배제할 수는 없는 것이며, 그러한 부관은 아무런 시설의 설치가 없거나 면허를 받은 자의 시설 투자 등이 없는 경우에 적용될 수 있는 것이므로, 그렇지 아니한 시설물과 같은 경우에는 유익비의 투입 또는 시설 등에 대한 보상을 행하여야 될 것이다.’ 라고 하여 철회권유보 및 손실보상금 청구포기 부관의 효력을 인정하지 않는 유권해석을 한 바 있다.¹⁵²⁾

법제처는 ‘손실보상청구권의 사전포기 및 그 이행을 조건으로 하는 조건부 면허 등을 이유로 그 행사를 하지 못하게 할 수는 없다고 보아야 할 것이므로 공익상 필요한 때에 손실보상을 하지 아니하고 취소할 수 있도록 하는 조건부 면허는 허용되지 아니한다고 생각된다.’ 고 하여 손실보상금 청구포기 부관의 무효성을 확인하였다.¹⁵³⁾

국민고충처리위원회는 ‘1993. 6.22 대법원 판례¹⁵⁴⁾는 어업부관의 유효성을 간접적으로 인정하고 있다고 볼 소지는 있으나 전면적으로 유효하다고 선언한 것으로 볼 수 없으며, 또한 판결의 효력은 당해 사건에 대하여만 미치는 것이므로 이 사건 부관부 효력여부는 최종적으로 법원의 판단을 다시 받아야 하는 것이며, 오히려 종전의 대법원 판례는 부관의 효력을 일관되게 부인해 오고 있는 바, 구체적인 사업시행계획이 없는 상태에서 막연하게 보상하지 않는다는 내용으로 불인 부관의 효력은 무효라 할 것이고 이 사건의 경우 보상을 하기로 계약하고 선급금을 지불하였는데도 보상하지 않는 것은 신뢰보호의 원칙에 어긋나므로 보상하여야 한다.’ 고 시정·권고 한 바 있다.¹⁵⁵⁾

법무부는 ‘보상계약은 계약당사자가 상호 양보하여 당사자간의 분쟁을 중지할 것을 약정하는 「민법」상 화해계약의 일종으로 국가는 특별한 사정이 없는

152) 건설교통부(토정 810-35247 : 1977.12. 7.)

153) 법제처(법제처 이국 02102-1912 : 1985.12. 7.)

154) ‘어업권자가 면허를 받을 때 및 기간연장허가를 받을 때 개발사업의 시행으로 인한 일체의 보상청구를 포기하겠다고 하여 그러한 취지의 부관이 어업권등록원부에 기재된 경우 부관의 효력은 그 후의 양수인에게도 미친다.’ (대법원, 1993. 6.22. 선고 93다17010 판결)

155) 국민고충처리위원회(95고충2235.3153 : 1996. 8.13.)

한 보상할 의무가 있다. 단, 위 계약은 최초 어업권에 설정된 부관(개발예정지
이므로 보상을 하지 않는다는 취지)이 무효라는 판단에 기하여 체결된 것이므
로 국가가 착오에 기한 의사표시로서 취소 가능한지가 문제된다. 국가는 부관
이 존재한다는 사실을 알고 있으면서 정책적 판단에 따라 보상계약을 체결한
것으로서 취소할 수 없으므로 보상계약에 따라 보상금을 지급하여야 한다.’ 라
는 해석을 한 바 있다.¹⁵⁶⁾

2) 부관의 효력을 인정한 해석

건설부는 ‘사업시행에 따라 손실이 발생할 것이 충분히 예견되고 그에 따라
일체의 보상을 청구하지 못한다는 조건을 붙여 허가한 경우 사후에 허가 당시
예견된 손실이 발생한 때에는 보상대상이 되지 아니 한다.’ 라고 하였고,¹⁵⁷⁾
‘공공사업이 충분히 예견된 상태에서 피해 예상구역 내에서는 조업을 할 수
없다는 조건을 붙여 어업허가(신고어업 포함) 되었다면 허가(신고)어업에 대한
보상은 불가하다.’ 고 하여 일관되게 부관의 효력을 인정하는 해석을 하였
다.¹⁵⁸⁾

수산청은 ‘국가 중요 건설사업의 시행 등 철회사유 발생시기는 확정할 수
없으나 발생 자체는 거의 확실하므로 행정관청으로서 철회의 경우 보상을 전제
로 한 면허처분을 할 수 없다고 판단되며, 면허신청자가 철회시까지의 수익만
이라도 원하여 신청한 경우에는 보상 없는 면허철회가 가능하다고 사료됨. 즉,
멀지 않은 장래에 댐이나 항만건설사업이나 확실하게 예정되어 있어 광업허가
나 공유수면점용허가를 할 수 없는 경우에 상대방으로부터 그때까지만 이라도
허가하여 달라는 간곡한 신청에 의하여 보상 없는 철회권유보부 허가를 한 경
우 등을 들 수 있을 것임.’ 이라고 해석하였다.¹⁵⁹⁾

4. 부관부어업의 문제점

156) 법무부(법심 61010-512 : 1997.10.10.)

157) 건설부(보상 30001-17825 : 1990. 7.13.)

158) 건설부(토정 30241-1422 : 1992. 9. 8.)

159) 수산청(연근 53010-87 : 1996. 2. 6.)

「수산업법」 제43조 제1항은 ‘행정관청은 어업허가를 처분하는 경우 해양수산부령으로 정한 연근해어업에 공통적으로 적용되는 사항과 어업의 종류 및 어선의 규모별로 조업구역, 어구·어법, 어구의 규모 및 표지부착 등 허가의 제한 또는 조건을 붙여 허가하여야한다.’ 고 하여 허가어업의 일반적인 제한 또는 조건으로서의 부관을, 제2항에서는 ‘행정관청은 공익의 보호, 어업조정 또는 수산자원의 번식·보호를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 허가의 제한 또는 조건을 붙일 수 있다.’ 고 하여 그 외의 제한 또는 조건으로서의 부관에 대해 규정하고 있다. 이러한 부관을 붙일 경우에도 일정한 한계가 있는 바, 법률우위의 원칙, 목적상 한계가 있고 평등원칙, 비례성의 원칙, 부당결부금지의 원칙 등 행정법의 일반원칙에 위배하여 붙일 수 없다.¹⁶⁰⁾

그러나 실제로 행정관청이 부여한 부관의 사례를 살펴보면 재량권의 일탈 또는 남용으로 위법한 부관을 붙이는 경우가 다수 발생하고 있다.

새만금 사업으로 인하여 어업손실보상을 실시한 군산시 허가어업의 경우 “본 허가는 새만금사업으로 인한 직접 피해지역 내에서는 조업할 수 없고 새만금사업 등 각종 공익사업으로 인한 어떠한 피해도 보상을 청구하지 못한다.” 고 하는 조업행위 부작위 의무 부담과 손실보상청구권배제부관을 붙인 바 있으며, 부산신항개발사업과 관련하여 부산광역시 사하구에서는 “공공사업시행에 따른 어업을 제한·정지 또는 취소하여도 하등의 이의를 제기치 않겠으며 이에 따른 손실보상 및 손해배상을 요구치 않음은 물론 시설물의 철거 요청이 있을 시 지체없이 철거하고 사업시행에 적극 협조한다.” 고 하는 철회권유보, 손실보상청구권배제 및 시설물의 철거의무 부담 부관을 붙인 바 있다.

직접 피해지역 내에서의 조업행위 부작위 의무 부담과 같은 경우 공익사업시행지구 내에 편입됨에 따른 보상이 이미 이루어졌거나 명백히 이루어질 것이므로 재량권의 일탈 내지 남용으로 볼 수 없겠으나, 어업허가에 공익사업에 따른 손실보상청구권을 배제하는 부관을 붙이는 것은 조업구역 중 일부가 특정 공익사업에 의한 간접손실구역에 포함되어 보상이 이미 이루어졌다하더라도 그것은 어업의 제한에 따른 보상이므로 향후 다른 공익사업에 의한 손실보상과의 이중

160) 김철수, “어업손실보상에 있어서 부관에 관한 고찰”, 「월간 해양수산」 통권 제266호, 2006, 33면.

보상의 문제는 발생하지 않으며, 따라서 재산권인 손실보상청구권을 심각하게 침해하는 부관으로 「헌법」 제23조의 재산권의 본질적인 내용을 벗어나므로 위헌·위법이라 할 수 있다.

또한, 앞의 사례 중 후자의 부관은 공익사업이 특정되지 않은 포괄적 부관으로 불확정 기한 부관으로 볼 수 있다.¹⁶¹⁾ 이와 같은 경우 어업허가처분의 상대방은 그 부여배경을 알 수 없고, 공공사업계획의 장기간 지연으로 인해 광역개발계획, 개발 예정지구 지정 등이 철회되는 경우가 있을 수 있는데 그럼에도 불구하고 막연하게 부관을 붙임으로써 지나치게 어업을 제한하는 문제가 발생한다.

5. 개선방안

어업허가의 부관 중 문제가 되는 것은 “공익사업 시행시에 어업허가를 제한·정지 또는 취소한다.”는 철회권유보와 “공익사업으로 인한 일체의 손실보상을 청구하지 아니 한다.”는 손실보상청구권배제, 그리고 공익사업을 특정하지 않고 어업허가의 효력을 소멸시키는 불확정기한을 들 수 있다. 이러한 부관이 붙은 어업허가에 대한 손실보상의 지급기준을 두고 관례와 유관기관의 유권해석이 일치되지 못하여 처분청 및 보상집행기관에서는 그 기준 및 지급여부를 두고 집행의 난맥상을 보여주고 있는 실정이다.

1993년 6월 22일 대법원 판결 이전에는 집행기관에서 보상금을 지급할 경우에 설사 손실보상 청구포기조건부 부관이 붙었다 하더라도 그러한 부관이 무효라는 기존 관례에 의거 보상금을 지급하였다. 그러나 1993년 6월 22일 대법원 판결 이후에는 법무부 또는 법제처의 유권해석을 중앙행정기관에 동 보상금 지급을 건의 또는 질의 하는 등 동 사안에 민감하게 반응하고, 일선 보상집행기관 및 시행청에서는 감사 및 신분 불안을 이유로 보상금 지급을 기피하고 있는

161) 우리나라 공공사업계획은 광역개발계획, 기본계획, 실시계획 등 다단계로 고시되는데, 처분청에서 가까운 장래에 공공사업시행이 예정되어 있어, 일반국민(어민)의 입장에서는 철회사유의 발생시기는 확정할 수 없으나 철회발생이 확실히 예측되는 경우가 있다(김철수, 앞의 논문, 34면).

실정이어서 갈등이 제기되고 있는 것이다.¹⁶²⁾

생각건대, 구획어업 등과 같이 일정한 수역을 정하여 허가처분이 이루어지는 어업의 경우 공익사업으로 인한 직접손실구역에 포함되어 손실보상이 이루어졌다면 공익사업시행지구 내에 편입됨에 따라 당해 허가가 취소되므로 향후 다른 공익사업의 시행에 대한 논란의 발생은 없을 것이고, 시설을 이전하여 허가의 정지에 따른 손실보상의 경우 이전 후 재허가 시 어장의 위치를 당해 공익사업으로 인한 간접손실구역 내로 할 수 없도록 하는 것이 바람직 할 것이다. 또한 간접손실구역에 포함되어 허가의 제한에 따른 손실보상이 이루어진 경우에는 향후 다른 공익사업으로 인한 손실이 발생한다면 당연히 보상이 이루어져야 할 것이므로 이중보상 방지를 위한 손실보상청구권배제 부관은 성립될 여지가 없다고 사료된다.¹⁶³⁾

「수산업법」에서는 공익의 보호, 어업조정 또는 수산자원의 번식·보호를 목적으로 허가의 제한 또는 조건에 대해 규정하고 있으므로 이러한 부관은 지켜져야 할 것이다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같은 재량권의 일탈 내지 남용으로 인하여 재산권이 침해되는 부관을 붙이는 것은 지양되어야 할 것이며, 부관을 붙이는 경우 처분청이 일방적으로 붙이는 것이 아니라 처분의 상대방(어민)과의 협의를 통해서 이루어질 수 있도록 해야 할 것이다. 따라서 현행 「수산업법」과 같이 모호하게 규정할 것이 아니라 제한 또는 조건을 붙일 수 있는 요건과 그 내용을 구체적으로 명시할 필요가 있다.¹⁶⁴⁾

또한 “공익사업 시행에 따른 어업의 제한·정지 또는 취소하여도 하등의 이익을 제기하지 않는다.”와 같이 막연하게 보상배제 조건으로 포괄적 부관을 붙여서는 안 될 것이며, 구체적 특정사업을 명기하고 일정한 기간이 경과한 후에도 사업의 시행이 없는 때에는 부관의 효력을 상실시킬 수 있도록 하는 것이 바람직 할 것이다.

162) 김철수, 앞의 논문, 39-40면.

163) 이는 허가어업 뿐만 아니라 면허어업, 신고어업의 경우에도 동일하다.

164) 「수산업법」 제43조(허가어업의 제한 및 조건) ② 행정관청은 제1항에서 정한 제한 또는 조건 외에 제34조 제1항제1호부터 제6호까지의 규정에 따른 공익의 보호, 어업조정 또는 수산자원의 번식·보호를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 허가의 제한 또는 조건을 붙일 수 있다.

Ⅲ. 잔여유효기간

1. 문제점

허가어업의 유효기간에 대하여 「수산업법」은 ‘어업허가의 유효기간은 5년으로 하되, 유효기간 중에 허가받은 어선·어구 또는 시설을 다른 어선·어구 또는 시설로 대체하거나 어업허가를 받은 자의 지위를 승계한 경우에는 종전 어업허가의 남은 기간으로 한다.’라고 규정하고 있으며, 또한 ‘행정관청은 수산자원의 보호 및 어업조정과 그 밖에 공익상 필요한 경우로서 해양수산부령으로 정하는 경우에는 유효기간을 단축하거나 5년의 범위에서 연장할 수 있다.’라고 규정하여 허가어업의 법정 최고 기간을 10년으로 하고 있다.¹⁶⁵⁾

한편, 공익사업으로 인한 어업의 제한·정지 또는 취소에 따른 어업손실보상액 산출과 관련하여 현행 「수산업법 시행령」에 의하면, 허가어업이 취소된 경우 ‘3년분 평년수익액 + 어선·어구 또는 시설물의 잔존가액’, 허가어업이 정지된 경우 ‘평년수익액 × 어업의 정지기간 또는 어선의 계류기간 + 어업의 정지기간 또는 어선의 계류기간 중에 발생하는 통상의 고정적 경비(단, 취소된 경우의 보상액을 초과할 수 없다.)’, 허가어업이 제한되는 경우 ‘어업의 제한기간 또는 제한 정도 등을 고려하여 산출한 손실액(단, 취소된 경우의 보상액을 초과할 수 없다.)’으로 산출한 손실액을 보상하도록 하고 있다.¹⁶⁶⁾

그러나 이와 같은 손실액 산출기준은 어업허가의 유효기간이 고려되지 않아 보상업무에 있어서 많은 문제점을 초래하고 있다. 예컨대, 보상기준일로부터 잔여 유효기간이 1년이 남은 어업허가와 4년이 남은 어업허가가 모두 취소된 경우 남은 유효기간과 관계없이 일률적으로 3년분의 평년수익액과 어선·어구 또는 시설물의 잔존가액으로 손실액을 보상하게 되는 결과로 이어지게 되는 것이다.

165) 「수산업법」 제46조

166) 「수산업법 시행령」 별표 4 제1호 나목

제한보상의 경우 일반적으로 실무에서는 ‘평년수익액 × 제한기간(피해기간) × 제한정도(피해정도)’의 산식 또는 ‘평년수익액 × 총수익피해율(총제한율)’의 산식으로 보상액을 산정하고 있다.¹⁶⁷⁾ 그러나 이러한 실무의 적용방식 또한 「수산업법 시행령」의 손실액 산출 기준에 잔여 유효기간 적용에 대한 규정이 없어 제한기간(피해기간) 산정시 한시적피해와 영구적피해를 구분하지 않고 잔여 유효기간을 초과하여 과다보상의 문제를 야기하고 있다.

2. 개선방안

「수산업법」 제46조 제1항에 의해 허가어업의 유효기간은 5년으로 규정되어 있으며, 제2항과 「어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙」 제15조에 의해 연근해어업허가를 같은 시기에 동시에 하려는 경우와 수산자원의 보호, 외국과의 어업협력 및 어업조정, 그 밖에 공익상 필요하다고 해양수산부장관이 인정하는 경우 5년의 범위에서 연장할 수 있다고 규정되어 있다. 그러나 어업허가의 우선순위 규정에 의하여 처분청에서는 특별한 사정이 없는 한 동일한 어업에 5년 단위로 새로운 허가 처분을 하고 있는 실정이다.¹⁶⁸⁾

그러나 앞서 살펴본바와 같이 어업허가의 우선순위는 동일한 수역에서 허가를 받고자 하는 자가 경합할 때 누구에게 허가할 것인가를 결정해 주는 기준일 뿐이며, 유효기간이 경과한 이후에도 영구적으로 특정인에 대하여 허가로 인한 재산적인 이익을 보장하는 규정은 아니다.¹⁶⁹⁾ 그러므로 공익과 사익의 이익형량적 측면으로 보면 허가의 잔존 유효기간을 고려하지 않고 일률적으로 3년분의 평년수익액(취소의 경우) 또는 피해기간(제한의 경우)을 적용하는 것은 과다보상이 되어 보상의 형평성 결여와 공익사업에 따른 자원압박요인이 된다고 할 수 있다.

따라서 이와 같은 문제점을 개선하기 위해 「수산업법 시행령」 별표 4의 손실액 산출방법 중 허가어업이 취소된 경우 ‘3년분 평년수익액 + 어선·어구

167) 전상구, 앞의 논문, 248면.

168) 「어업의 허가 및 신고 등에 관한 규칙」 제9조의 2

169) 제3장 제3절 참조.

또는 시설물의 잔존가액으로 하되, 어업허가의 유효기간이 보상의 원인이 되는 처분이 있는 날부터 3년 미만인 경우 그 남은 기간분의 평년수익액으로 한다.’ 와 같이 개정하는 것이 하나의 방안이 될 수 있을 것이다. 또한 허가어업이 제한되는 경우 어업의 제한기간은 보상의 원인이 되는 처분이 있는 날을 기준으로 잔존 유효기간을 초과할 수 없다는 내용을 명시할 필요가 있을 것이다.

제2절 법실무상 문제점

I. 보상대상물건의 확정

1. 개요

토지의 경우 보상대상물건이 고정되어 있고 그 권리의 주체만 변동할 뿐 그 권리 자체는 영속적이나, 어업손실보상의 경우에는 보상대상물건이 공간적으로 산재되어 있으며, 각각의 권리마다 유효기간이 별도로 있기 때문에 보상기준 시점에 따라 보상대상물건이 변동하게 된다.¹⁷⁰⁾ 특히 연안어업과 같은 경우 어업의 규모가 영세하여 어선의 소유권 변동이 매우 빈번하며, 공익사업시행지구 내에 편입되는 경우뿐만 아니라 간접손실구역까지 피해범위를 확인하여 어업손실보상대상을 확정해야 하기 때문에 어려움이 따른다.

어업손실보상대상물건 선정의 일반적인 기준으로는 첫째, 보상기준일 현재 어업허가의 존재여부, 둘째, 공익사업시행으로 인하여 피해를 입었는지 여부, 셋째, 보상기준일 이전부터 어업피해구역 내에서 계속 조업한 사실 여부, 넷째, 어선·어구 및 시설물, 즉 허가대상 물건이 있는지 여부, 다섯째, 제한 또는 조

170) 성민건, “공익사업 시행에 따른 연안어업의 보상대상물건 선정 방법에 관한 연구”, 「부경대학교 석사학위논문」, 2008, 6면.

건이 붙어 있는지 여부 등을 들 수 있다.

2. 문제점

(1) 조사대상물건의 확정

어업손실보상 실무상 어업피해조사 착수 이전에 조사대상물건을 확정하는 경우는 거의 없다. 공익사업에 따라 어업피해영향조사를 통해 피해범위를 확인하여 직·간접손실구역에 포함될 것으로 예상되는 어업을 특정하는 경우가 있으나 연안어업과 같은 경우에는 실제 조업구역을 명확하게 알 수 없고, 어선의 소유권 변동이 매우 빈번하게 발생하므로 구체적인 어업피해조사가 없이 조사대상물건을 확정하기는 현실적으로 불가능하다고 할 수 있다.¹⁷¹⁾

어업피해조사 과정에서 새로이 조사물건에 대한 관련공부를 수집하고, 행정관청으로부터 협조를 받아 조사대상물건을 확정짓게 됨에 따라 많은 혼선을 불러오고 있다.

첫째, 어업피해조사는 보상기준일로부터 상당한 기간이 경과한 후에 착수하게 되고 조사기간 역시 1년 이상의 기간이 소요되는 것이 일반적인데, 조사 착수 후에 작성된 조사대상물건목록은 보상기준일 당시와는 많은 차이가 날 수밖에 없다. 따라서 조사시점 현재로부터 보상기준일 당시로 허가 유효기간의 연장 여부, 어선의 전 소유자 등을 되짚어 가는 과정이 필요하게 되며, 공익사업시행지구의 규모 또는 위치에 따라 조사대상 연안어업이 수백 건에서 많게는 수천 건에 이르는 것을 감안하면 상당한 실무상 업무의 가중과 시간의 소요를 가져오게 된다.

둘째, 조사대상물건의 확정은 직접손실구역 뿐만 아니라 간접손실구역 내의 어업까지 포함되어야 할 것인 바, 간접손실구역을 확인하기 위해서는 기본적으로 4계절 이상의 기간이 소요된다. 일반적으로 어업피해조사는 4계절 조사를

171) 어업허가증상 연안어업의 조업구역은 허가 처분청이 속한 광역자치단체의 연안 일원으로 하고 있다.

기본으로 해수유동조사, 해양수질조사, 해양생태계조사 등을 바탕으로 피해가 예상되는 해역에서의 기초자료들을 수집하고 수치시물레이션을 통해 공사로 인한 부유사, 소음 및 진동, 해수유동 변화에 따른 해저지형변화, 냉·온배수 배출에 의한 수온의 변화, 기타 오염물질의 방류 등 각종 피해인자의 확산범위를 예측하여 피해범위를 확정하게 된다. 이 때 어업피해조사용역기간의 한정으로 인해 피해범위가 확정되기 전에 조사대상물건에 대한 평균연간생산량(어획량)의 조사가 불가피하게 되며, 이 후 확정된 피해범위에 따라 조사대상물건이 보상대상에서 제외되거나 뒤늦게 조사대상에 포함되어 충분한 조사가 이루어지지 못하는 문제가 발생한다.

(2) 피해여부의 확인

어업피해조사에서 피해를 입는 어업이라 함은 피해범위 내에서 조업을 하는 어업이라 할 수 있다. 면허어업이나 구획어업, 종묘생산어업 등은 어장이 고정되어 그 위치가 명백하다. 그러나 어업손실보상에 있어서 보상대상건수의 대부분을 차지하는 연안어업은 이동성어업으로 어업허가증 상의 조업구역은 광역자치단체의 연안 일원으로 매우 광범위하게 지정되어 있다. 그리고 계절별, 어획물의 종류별로 항상 가변적이다. 그러므로 피해여부의 확인을 위해서는 각 어선의 실질적인 조업구역을 조사하는 것이 필수적인데, 적게는 수백에서 많게는 수천 척에 이르는 어선을 전수조사하여 확인하는 것은 현실적으로 불가능하다.¹⁷²⁾

따라서 어업피해조사 실무에서는 해당 어업인의 주소지, 어선의 선적지 또는 소속어촌계 등을 확인하여 이를 바탕으로 보상대상을 결정하고 있으나 어민들의 경우 저마다 사업시행지구 인근이 주 조업구역임을 주장하여 사업시행자 또는 조사용역기관과 어민간의 갈등이 필연적으로 발생하게 된다.

172) 전수조사가 가능한 경우에도 실제 조업시 조사자가 동승하여 조업구역을 조사하는 것은 합리적인 조사가 될 수 없을 것이다. 왜냐하면 어업인이 조업구역에 대한 조사임을 인지하고 있는 이상 최대한 사업시행지구 근접한 장소에서 조업을 할 가능성이 크기 때문이다.

3. 개선방안

보상대상물건의 확정은 공익사업으로 인한 어업손실보상에 있어서 매우 중요한 사안이다. 특히 연안어업과 같은 이동성어업의 경우 실제 조업구역에 대한 명확한 조사가 쉽지 않고, 허가의 내용이 시시각각 변동하는 경우가 많기 때문에 보상대상물건 확정의 적정성 여부에 따라 공익사업으로 인한 재산권의 침해에 대해 정당한 권리가 보호받지 못하거나 또는 권리 없는 자가 보상을 받게 되어 국고의 낭비를 초래할 수 있다. 실제로 많은 어업손실보상 사례에서 보상대상 포함여부에 관하여 계속되는 민원 발생으로 인해 공익사업이 원활히 시행되지 못하는 문제가 발생하고 있다.

이러한 문제를 개선하기 위해서는 제도적으로 어업손실보상 절차에서 사전에 조사대상물건을 확인한 후 어업피해조사에 착수할 수 있도록 명확하게 법률로서 규정할 필요가 있을 것으로 보인다. 「공유수면법 시행규칙」에 의해 공유수면매립면허 신청을 위해서는 피해영향조사를 하도록 규정하고 있으나 피해가 예상되는 매립예정지 인근의 구역에 관하여 권리를 가진 자가 동의한 경우 생략할 수 있으며, 점용·사용 허가의 경우 그러한 규정이 없다.¹⁷³⁾ 또한 피해영향조사를 수행한다 하더라도 대부분 피해가 예상되는 어업에 대한 사항은 형식적인 목록의 작성에 그칠 뿐, 향후 어업피해조사에서 다시 관련공부를 수집하고 피해범위 및 당해 어업의 조업구역을 조사하여 보상대상물건을 확정하고 있는 실정이다.

따라서 사업인정의 고시 등을 하기 이전에 사업시행자가 반드시 피해영향조사를 실시하여 조사대상목록의 작성이 선행될 수 있도록 관련법규의 개정이 필요할 것으로 사료된다. 이 때 조사대상목록의 작성이 형식적인 과정에 그치지 않도록 피해영향조사의 세부조사항목을 명문화하여 이를 바탕으로 당해 어민들과 약정을 체결하여 어업피해조사를 실시하고, 피해영향조사에서 예상하지 못한 피해에 대해서는 추가조사의 형식으로 보상대상물건에 포함하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 피해영향조사를 실시하지 않는다면 적어도 사업시행자와

173) 「공유수면법 시행규칙」 제24조 제2항 제10호

어민간의 약정체결시에 수산에 관한 전문기관의 자문을 얻어 조사대상물건목록을 사전에 작성토록 하여 보상대상에 관한 민원을 최소화 하고, 불필요한 공익사업의 지연을 방지해야 할 것이다.

II. 평균연간생산량(어획량) 산정

1. 문제점

「수산업법 시행령」 별표 4에 의하면 3년 이상의 어획실적이 있는 경우의 평균 연간어획량은 ‘법 제96조 제2항 및 「수산자원관리법」 제12조 제4항에 따라 보고된 어획실적, 양륙량 또는 판매실적(보상의 원인이 되는 처분을 받은 자가 보고된 실적이상의 어획실적 등이 있었음을 증거서류로 증명한 경우에는 그 증명된 실적을 말한다.)을 기준으로 산출한 최근 3년 동안의 평균어획량으로 하되...’ 라고 규정하고 있다.

「수산업법」 제96조 제2항은 연안어업·근해어업 또는 한시어업의 허가를 받은 자는 수산데이터베이스 구축에 필요한 자료(연·근해어업의 업종별·수역별 조업상황, 어획실적 및 수산자원 분포현황 등)를 해양수산부장관에게 보고하여야 한다고 규정하고 있고, 「수산자원관리법」 제12조 제4항은 해양수산부장관 또는 시·도지사는 수산자원의 조사·평가를 위하여 필요하다고 인정되면 근해어업·연안어업·구획어업의 허가를 받은 자, 한시어업허가를 받은 자, 어획물운반업 등록을 한 자, 그 밖의 관계자에 대하여 어업활동·어획실적에 관한 자료, 수산물의 운반실적 등에 관한 자료를 제출하도록 명할 수 있다고 규정하고 있다.

그러나 어업피해조사 실무상 앞의 두 규정에 따라 보고된 어획실적이 있는 경우는 거의 없기 때문에 관례적으로 수협 위탁판매실적, 면세유류구매실적, 선박 출입항기록 등을 징구하여 어획실적으로 활용하고 있는 실정이다. 어업피해조사에 있어 용역조사기관들이 이들 실적자료들을 「수산업법 시행령」 별표 4

에서 말하는 ‘보고된 실적 이상의 어획실적 등이 있었음을 증거서류로 증명한 경우에는 그 증명된 실적’으로 보고 있음은 이견이 없다고 할 수 있겠으나, 그 범위를 어디까지로 볼 것이냐의 문제가 발생하고 있다.

공익사업으로 인한 어업손실보상에서 보상대상 어업의 대부분을 차지하는 허가어업의 경우(특히 연안어업) 앞에서 언급한 실적자료 외의 증거서류로는 어민이 직접 작성한 생산일지, 어대금 판매 영수증 등의 매매실적, 소득신고서 등을 들 수 있는데, 대다수의 용역조사기관에서는 자료의 대외적인 공신력을 보장하기 어렵기 때문에 어업피해조사에서 이러한 실적들을 인정하지 않고 있다. 반면, 어민들의 경우에는 판매고 중에서 위탁판매가 차지하는 비율은 극히 일부에 불과할 뿐, 대부분 매매를 통해 판매하고 있으며, 출입항신고기록 또한 대행신고소 운영¹⁷⁴⁾ 등을 이유로 제대로 이루어지지 않고 있다고 주장하며 본인들의 매매실적 등을 인정해 주거나 현장조사를 통한 평균 연간어획량 산출을 해줄 것을 요구하는 경우가 많다. 각 용역조사기관에서도 이러한 현실을 어느 정도 반영하여 여러 가지 방법으로 증거서류로 증명되는 실적 외의 어획량을 보전하기 위한 노력을 하고 있으나 보상대상 허가어업은 그 수가 적게는 수백에서 많게는 수천에 이르기 때문에 모든 어민들을 이해시키는 것은 현실적으로 불가능하다고 할 수 있다. 따라서 사업시행자 또는 용역조사기관과 어민들 간의 입장 차이가 좁혀지지 않아 공익사업의 원활한 시행과 그에 따른 보상이 장기간 지연되는 등의 문제가 끊이지 않고 있다.

2. 개선방안

「수산업법 시행령」 별표 4에 의하면 어업별 손실액 산출방법은 어업권 등이 제한·정지 또는 취소된 경우 평년수익액에 기초하여 산출하도록 하고 있다.¹⁷⁵⁾ 평년수익액은 평균연간어획량을 평균 연간판매단가로 환산한 금액에서

174) 선박 입출항 대행신고소는 지역 주민들의 원거리 출·입항 신고 등의 불편으로 어촌계장 등 민간인을 위촉하여 단순 선박 출·입항 신고 업무를 수행하는 것을 말한다.

175) 허가어업 또는 신고어업이 제한된 경우 어업의 제한기간 또는 제한정도 등을 고려하여 산출한 손실액으로 하고 있는데, 이 역시 평년수익액 중에서 제한기간 동안의 제한정도만큼 손실액으로 하는 것으로 볼 수 있다.

평년어업경비를 뺀 금액을 말하며, 평균연간어획량은 「수산업법」 및 「수산자원관리법」에 따라 보고된 어획실적(그 이상의 어획실적 등이 있었음을 증거서류로 증명한 경우에는 그 증명된 실적)을 기초로 산출하도록 하고 있다. 따라서 「수산업법 시행령」 별표 4는 어획실적에 따라 어업별 손실액을 산출하도록 하고 있다고 볼 수 있다.

그러나 보고된 실적 내지 기타 증거서류를 바탕으로 실제 어업 현실을 제대로 반영하기는 쉽지 않다. 객관적인 어획실적이라고 할 수 있는 자료는 수협 위탁판매실적 정도인데, 위탁판매를 통한 수익을 평년수익액의 전부라고 볼 수 없으며, 도·매상, 인근 식당 등과 이루어지는 사매매나 직접 자가소비하는 어획물은 전혀 반영할 수 없기 때문이다.

대부분의 조사용역기관에서는 이러한 현실을 평균연간어획량 산출에 반영하기 위해 비계통판매 통계자료, 어민을 대상으로 한 설문조사자료를 활용하거나 기타 실적(입출항기록, 면세유류구입 등), 어선의 규모, 어업 외 겸업여부 등 어업생산성, 조업노력도와 관련한 제반사항들을 종합적으로 고려하여 위탁판매실적으로 증명되지 않는 어획물생산량을 추정하는 방법 또는 종묘생산어업과 같은 경우(양식어업의 경우에도 같다.) 어획실적을 통한 생산량 산출이 사실상 불가능하기 때문에 단위면적당 시설량, 현존량, 생존율 등을 근거로 생산량을 추정하는 방법으로 평균연간어획량(생산량)을 산출하고 있다. 문제는 각 조사용역기관마다 산출기준을 달리 적용하고 있기 때문에 조사기관의 자의적인 판단이 지나치게 개입되어 사업시행자와 어민 양측 모두 자신들에게 유리한 기준을 적용해줄 것을 요구하거나 조금이라도 불리한 기준의 적용이 발견되면 조사결과에 불복하게 될 여지가 있어 조사용역기관과의 갈등이 생기게 되고, 보상절차가 지연되는 현상이 발생한다는 것이다.

따라서 「수산업법 시행령」 별표 4와 같이 단순히 어획실적으로 평균연간어획량을 산출하도록 할 것이 아니라 선행 조사 및 연구를 바탕으로 구체적인 어업의 종류별 산출 방법에 관한 통일된 지침을 마련하여 각 조사용역기관의 자의적인 판단을 최소화하도록 하는 것이 타당할 것이다. 예컨대, ‘연안어업의 조업구역은 어선의 선적항으로부터 반경 10km 이내로 한다.’ 또는 ‘어획물의 구성 비율은 국립수산과학원의 연근해어업총조사에 따른다.’ 등과 같이 세부

적 산출방법에 대한 조사 지침을 따르도록 하여 논란을 방지할 수 있을 것이다.¹⁷⁶⁾ 이를 위해서는 우리나라 어업 현실을 합리적으로 반영할 수 있는 평균 연간어획량 산출방안의 수립이 선행되어야 할 것이다.

Ⅲ. 어업실적이 없는 경우의 보상액

1. 문제점

과거 중·소규모 점·선적 공익사업이 주를 이루어 침해되는 지역의 범위와 발생하는 손실의 범위가 수용대상지역 안과 재산권에 한정된 시기에 있어서는 ‘정당한 보상’은 재산권의 실질적 손실과 부대적 손실을 그 대상으로 보았으나, 오늘날 대규모 면적 공익사업이 주를 이루어 침해되는 지역의 범위가 수용대상지역 안에서 수용대상지역 밖까지로 확대되고, 발생하는 손실의 범위도 재산권에 국한되지 않고 생활권까지로 확대되고 있는 보상현실에 있어서는 생활권도 손실보상의 대상으로 해석하여야 한다.

생활보상은 피수용자의 종전의 생활상태 보장의 필요성에 따라 인정되는 것으로서 현행 「헌법」상 재산권의 존속보장과 생활권의 보장 차원에서 손실보상의 하나의 유형으로 인정되어 왔다. 공용수용에 따른 손실보상에 있어서 재산권의 가치보장만으로는 ‘완전보상’의 실현이 어렵다는 인식이 확산되면서 생활보상의 중요성이 점차로 강조되고 있다.¹⁷⁷⁾

구 「수산업법 시행령」은 ‘어업실적이 없어 평년수익액을 산출할 수 없는 경우에는 인근의 동종어업의 어업실적을 기준으로 하여 산출한 금액의 50퍼센트로 하여 각각 산출한다.’라고 규정하였으나, 1996년 12월 31일 시행령이 개정되면서 현행 「수산업법 시행령」 별표 4와 같이 ‘정당한 사유가 없음에도

176) 이 때, ‘반경 10km’, ‘연근해어업총조사’는 예시로서 제시한 것이며, 실제 구체적인 산정 방법은 전문적인 조사 및 연구를 통해 마련되어야 할 것이다.

177) 박필, “공익사업에 따른 생활보상제도의 문제점 및 개선방안”, 「부동산연구」 제20집 제1호, 2010, 54면.

불구하고 어업실적이 없어 어업별 손실액을 산출할 수 없는 경우에는 어업의 면허·허가 또는 신고에 든 인지세·등록세 등 모든 경비와 해당 어업의 어선·어구 또는 시설물의 매각이나 이전에 따른 손실액으로 한다.’ 라고 규정하여 생활보상을 지향하는 손실보상의 추세에 역행하고 있다는 지적을 받고 있다.

또한, 육지의 영업권보상의 경우 「토지보상법 시행규칙」 제46조와 제47조에서 영업권 보상은 영업이익이 일정 수준 이하일 경우 최소보상액 기준을 규정하고 있고, 제52조에 허가 등을 받지 아니한 영업의 손실보상에 관한 특례로 도시근로자가구 월평균 가계지출비를 기준으로 산정한 3인 가구 3개월분 가계지출비에 해당하는 금액을 영업손실에 대한 보상금으로 지급하되, 영업시설·원재료·제품 및 상품의 이전에 소요되는 비용 및 그 이전에 따른 감손상당액은 별도로 보상한다고 규정하여 생활보상적 배려를 하고 있다.¹⁷⁸⁾ 따라서 어업손실보상의 경우에도 육지의 영업권보상과의 형평성을 고려하여 최소한 영세어업인 연안어업과 신고어업의 경우에는 최소보상액 기준을 마련할 필요가 있다.

2. 개선방안

육지부 보상에서의 최소보상액에 관한 규정으로는 「토지보상법 시행규칙」 제46조와 제47조에서 영업의 폐지에 대한 손실의 평가시 ‘최근 3년간의 평균 영업이익이 「통계법」에 따라 작성·공포한 제조부문 보통인부의 노임단가 × 25(일) × 12(월)에 미달하는 경우 그 연간 영업이익을 최근 3년간의 평균영업이익으로 본다.’, 영업의 휴업에 대한 손실의 평가시 ‘「통계법」에 따라 조사·발표하는 가계조사통계의 도시근로자가구 월평균 가계지출비를 기준으로 산정한 3인 가구의 휴업기간 동안의 가계지출비에 미달하는 경우에는 그 가계지출비를 휴업기간에 해당하는 영업이익으로 본다.’ 라고 규정하고 있다.

그러나 실제 보상평가한 사례를 보면 어업의 평년수익액은 육지상의 최소영

178) 이인기, “어업손실보상제도의 현황과 적정보상을 위한 개선방안”, 「부경대학교 석사학위논문」, 2008, 83면.

업이익 수준을 상회하고 있으나, 간접피해에 대한 보상의 경우 어민의 소요경비 수준에도 미달하는 금액 수준의 보상이 일부 이루어지고 있다.¹⁷⁹⁾

따라서, 어업손실보상에서도 육지의 영업보상과의 형평성을 고려하여 어업실적이 없는 경우라 할지라도 영세어민을 위한 생활보상적 측면에서 현행 「수산업법 시행령」 별표 4의 개정을 통해 최소보상액 기준을 명문화하는 것이 타당할 것이다. 최소보상액의 구체적인 기준으로는 어업허가가 취소된 경우, 영업의 폐지의 경우와 같이 ‘제조부문 보통인부 노임단가 × 25(일) × 12(월)’를 평년수익액으로 하고, 허가의 제한 및 정지의 경우, ‘제조부문 보통인부 노임단가 × 25(일)’를 평월수익액으로 하여 제한 및 정지기간에 따라 손실액을 산출하도록 하는 방안이 있을 수 있다.



179) 최임근, “어업손실보상제도 및 주요쟁점 고찰”, 「감정평가」 제70호, 한국감정평가협회, 2005, 38면.

제 5 장 결론

이상에서 현행 어업손실보상제도의 법적 근거와 성질, 주요내용 등을 알아보고, 행정행위로서 허가의 의의와 법적 성질 등을 특허와 비교하여 살펴보았다. 그리고 「토지보상법」, 「수산업법」 및 「공유수면법」 등 어업손실보상에 대한 개별 법률의 입법적인 불비와 그에 따라 실무적인 절차에서 발생하는 문제점들을 도출하고 그에 대한 개선방안을 제시하였다.

3면이 바다로 둘러싸인 우리나라는 예로부터 풍부한 수산자원을 이용하기 위해 다양한 방법으로 어업을 발전시켜 왔다. 그러나 오늘날 급격한 산업화에 따라 항만, 교량, 발전시설 등의 공공용지의 필요로 인한 간척 및 대규모 매립사업 등이 불가피해졌으며, 동시에 공익사업으로 인한 공용침해가 발생되었다. 이러한 어업손실에 대한 보상을 두고 사업시행자와 어업인간의 분쟁과 갈등은 거의 모든 사례에 있어서 발생되어져 왔다.

따라서 합리적인 보상이 이루어질 수 있도록 하고, 나아가 원활한 공익사업의 시행과 정당한 국민의 재산권 보호를 위해 현행 어업손실보상제도의 개선방안의 모색이 필요하다.

본 연구결과로부터 도출된 합리적인 어업손실보상을 위한 개선방안을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 공익사업의 착공과 동시에 어업피해조사를 실시하여 간접손실보상의 범위를 확정하고, 공유수면의 점용·사용 허가의 경우에도 간접손실여부를 확인할 수 있도록 환경영향평가의 세부평가항목을 개편하거나 어업피해영향조사를 반드시 실시하도록 「토지보상법 시행규칙」 및 「공유수면법 시행령」을 개정할 필요가 있다.

둘째, 어업허가의 제한 또는 조건을 붙일 수 있는 요건과 그 내용을 구체적

으로 명문화하여 재산권 침해의 소지가 있는 행정관청의 일방적인 부관의 부여를 방지하여야 할 것이다.

셋째, 어업허가의 유한성을 고려하여 어업의 손실액 산출시 허가어업이 취소된 경우, 평년수익액은 잔여유효기간이 보상기준일부터 3년 미만인 경우 그 남은 기간분의 평년수익액으로 하고, 허가어업이 제한되는 경우 어업의 제한기간은 보상의 원인이 되는 처분이 있는 날을 기준으로 잔존 유효기간을 초과할 수 없도록 「수산업법 시행령」 별표 4를 개정할 필요가 있다.

넷째, 어업손실보상 절차에서 사전에 조사대상물건을 확정된 후 어업피해조사에 착수할 수 있도록 명확하게 법률로서 규정하여 조사대상과 보상대상의 차이, 조사시점과 보상기준일의 차이 등에서 파생되는 혼란을 방지하도록 해야 할 것이다.

다섯째, 구체적인 어업의 종류별 손실액 산출 방법에 관한 통일된 지침을 마련하여 각 조사용역기관의 자의적인 판단과 사업시행자 또는 조사용역기관과 어업인 간의 갈등을 최소화하여 불필요한 보상절차의 지연을 방지하도록 해야 할 것이다.

여섯째, 영세어민을 위한 생활보상적 측면에서 어업손실보상의 경우에도 최소보상액에 대한 기준을 명문화하여 육지의 영업보상과의 형평을 기하고, ‘완전보상’이 실현될 수 있도록 하여야 한다.

참고문헌

- 강구철·강병운, 「쟁점행정법」, 부연사, 2008.
- 김동희, “건축허가의 법적성질”, 「고시연구」 통권 제303호, 1999.
- 김성수, “행정상 손실보상의 요건으로서 공공의 필요와 특별한 희생의 재조명”, 「고시계」 제41권 제7호, 1996.
- 김영규, “행정행위의 유형에 대한 고찰”, 「고려대학교 석사학위논문」, 2001.
- 김용춘, “어업손실보상제도에 관한 연구”, 「한국해양대학교 박사학위논문」, 2014.
- 김용춘·박상희, “어업의 간접손실보상에 관한 연구”, 「해사법연구」 제24권 제1호, 2012.
- 김진, “손실보상제도의 법적 개선에 관한 연구”, 「대한부동산학회지」 제33권 제1호, 2015.
- 김철수, “어업손실보상에 있어서 부관에 관한 고찰”, 「월간 해양수산」 통권 제266호, 2006.
- 문정갑·강용주, “「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의한 어업보상 적용사례와 문제점 및 개선방안에 대한 연구: 항만개발사업을 중심으로”, 「수산경영론집」 제37권 제3호, 2006.
- 박상희, “공용침해의 요건에 관한 연구”, 「고려대학교 박사학위논문」, 1993.
- 박상희·서정범, 「행정법총론」, 세창출판사, 2011.
- 박필, “공익사업에 따른 생활보상제도의 문제점 및 개선방안”, 「부동산연구」 제20집 제1호, 2010.
- 서상복, “공익사업 시행지구 밖의 합리적 어업손실보상에 관한 연구”, 「군산대학교 박사학위논문」, 2013.
- 성민건, “공익사업 시행에 따른 연안어업의 보상대상물건 선정 방법에 관한

- 연구”, 「부경대학교 석사학위논문」, 2008.
- 소재선·임종선, “어업권의 물권적 효과와 특성에 관한 소고”, 「토지공법연구」 제54집, 2011.
- 이원갑, “우리나라 어업허가제도의 개선에 관한 연구”, 「수산경영론집」 제25권 제1호, 1994.
- 이인기, “어업손실보상제도의 현황과 적적보상을 위한 개선방안”, 「부경대학교 석사학위논문」, 2008.
- 이현석, “내수면어업허가의 법적 성격과 이전성”, 「토지공법연구」 제56집, 2012.
- 전상구, “어업손실보상제도의 문제점과 개선방안에 대한 연구”, 「해사법연구」 제27권 제2호, 2015.
- 정광정, “재산권 침해에 대한 손실보상 여부에 관한 연구”, 「법학연구」 제29집, 2008.
- 정계환, 「어업손실보상 실무」, 부산광역시, 2008.
- 최임근, “어업손실보상제도 및 주요쟁점 고찰”, 「감정평가」 제70호, 한국감정평가협회, 2005.
- 최종화, 「수산법제」, 부경대학교 수산과학대학, 2009.
- 최종화·차철표, “우리나라 어업허가제도의 개선에 관한 연구”, 「해사법연구」 제13권 제1호, 2001.
- 한국해양수산개발원·부경대학교, 「항만공사관련 어업권피해조사 표준기준 제정을 위한 연구」, 해양수산부, 2001.
- 홍정선, 「행정법원론」, 박영사, 2010.
- 山下淳, “国家補償の体系における損失補償の現代的意義”, 「同志社政策研究」第1号, 2007.
- 東田啓作, “漁業補償制度の効率性”, 「経済学論究」第66卷第3号, 2012.
- 西埜章, “財産権の制限と損失補償の要否”, 「法政理論」第33卷第1号, 2000.