

# 어업권 피해로 인한 손실보상금의 분배에 관한 사례연구

김 철 수\*

부산광역시청 수산자원연구소

## A Case Study on the Distribution of Compensation for Fishery Loss due to the Damage of Fishing Rights

Cheol-Su Kim\*

*Busan Marine Fisheries Resources Reserch Institute, Busan, 47547, Korea*

### Abstract

The ocean is very important to mankind for its infinite value in resource storage and utilization. In shallow coastal waters, landfill as well as pollution damage occurs frequently for the promotion of important public and private projects that are the driving forces of national development. In this case, compensation paid for the loss or damage of fishing rights acquired by the fishing community shall be distributed to each individual of the fishing community in accordance with the appropriate balance. In reality, as fishing communities in different sectors coexist, the voting rights of the general meeting of fishing communities are ignored as a minority, and the demand for the rights is ignored by the majority. Many other industries receive fish compensation, even though they have not suffered much damage. As a result serious conflicts between the individuals of the fishing community have caused social problems. Therefore, similar cases are investigated and analyzed to provide a reasonable solution.

Keywords : Fishing rights, Fishing community, Compensation for fishery loss

### I. 서론

바다는 우리 인류에게 무한한 자원보고와 이용가치로 아주 중요한 삶의 터전이다.

바다는 「공유수면 매립 및 관리에 관한 법률」 제2조 제2항에 의하면 “공유수면”이라 정의하고 있는 것처럼 소유가 공유이다 보니 어업인은 어업인대로, 행정기관은 행정기관대로, 사업시행자는 사업시행자대로 각기의 목소리를 내고 있다.

1980년대부터 일어나기 시작한 우리나라 민주화운동은 어업인들의 권익신장에도 적지 않는 영향을

Received 12 November 2018 / Received in revised form 26 December 2018 / Accepted 27 December 2018

\*Corresponding author : +82-10-9306-4886, [kcs102233@hanmail.net](mailto:kcs102233@hanmail.net)

© 2018, The Korean Society of Fisheries Business Administration

미쳐 얽은 연안 해역에서 국가발전의 원동력이 되는 중요한 공공사업이나 민간사업 추진을 위하여 매립, 간척, 교량, 해안도로, 해상공항 건설 등으로 어업피해가 예상되거나 발생 시에는 항상 손실보상을 하고 있다).

이때, 당사자(행정기관, 사업시행자, 어업인) 사이에서는 어업피해에 따른 보상금이 어업인에게 지급된다<sup>2)</sup>. 보상금 지급은 일반적으로 개인별보상이 원칙이다<sup>3)</sup>.

예외적으로 어촌계가 어업권을 취득하였거나 수협이 취득한 어업권을 어촌계가 위임 행사하는 경우에는 어촌계 단위로 보상금이 지급될 때가 있다. 그럴 경우에 어촌계원 전체의 보상금을 어촌계원 개인에게 지급하게 되는데 적정하고 형평성에 맞게 분배하여야 한다.

한편, 연안지선의 어업인 단체인 어촌계는 비법인단체로서 재산권이 총유이다 보니 민법 제276조의 규정에 따라 어촌계의 총회에 의거하여 재산권을 처분해야 한다.

현실적으로 한 어촌계 내에는 각기 다른 업종의 어촌계원들이 서로 공존하다 보니 실제 어업피해가 많은 해당 업종에는 어촌계 총회의 의결권에서 소수인원으로서 소외되며 권리요구는 다수결의 횡포로 무시되고 다수의 타 업종은 크게 피해를 입지 않았음에도 불구하고 보상금 대상이 되는 무임승차 현상이 발생하게 되는 것이다.

따라서 어촌계 명의로 받은 보상금 수령 이후 어촌계원들 개개인에게 재분배과정에서 내부의 갈등은 심각한 사회문제를 일으키고 있는 것이다<sup>4)</sup>.

여기서 연구의 범위는 어업권이란 무엇인지와 어업보상금 당사자는 누구인지 그리고 어촌계 명의로 받은 보상금을 재분배하는 과정에서 발생하는 문제점을 살펴보고, 연구방법으로는 소송사례를 중심으로 조사·분석하여 합리적인 해결책을 제시해 보고자 한다.

## II. 어업권에 대한 고찰

### 1. 면허어업과 어업권과의 관계

수산업법상 대상별 어업의 종류를 분류하면 면허어업, 허가어업, 신고어업으로 크게 나눌 수 있다. 그 중 어업면허란 법률에서 정해진 어업에 대해 행해진 행정행위로서 형성적 행위이며, 특정 상대방을 위하여 새로이 권리를 설정하는 행위로서 행정법상으로는 협의의 특허라 하며,<sup>5)</sup> 재량행위에 속한다. 따라서 면허어업이란 특허로서 어업면허를 받아 이루어지는 어업을 의미하게 된다.

이와 관련하여 수산업법에서는 면허어업과 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 어업은 “수산 동식물을 포획·채취 또는 양식하는 사업과 염전에서 바닷물을 자연 증발시켜 소금을 생산하는 사업

1) 김철수, “어업손실보상제도의 개선방안에 관한 연구”, 한국해양대학교 박사학위논문, 2006.2. 1면.

2) “울산 가짜 해녀 어업보상금 비리”, 기자협회보 2018년 10월 04일자 2면.

3) 공익사업을 위한 토지 등의 보상에 관한 법률 제64조(개인별보상) 손실보상은 토지소유자나 관계인에게 개인별로 하여야 한다. 다만, 개인별로 보상액을 산정할 수 없을 때에는 그러하지 아니하다.

4) 부산광역시 용호어촌계(대법원 2003. 6. 27. 선고 2002다68034), 의창수산업협동조합 (대법원 2000. 9. 8. 선고 2000다 20342 판결), 미포어촌계(2014. 2.11, 선고 2013나6360), 충남 보령시 학성어촌계(대법원 2000.5. 12. 선고 99다71931), 경기 용진군 영흥면 내리어촌계(대법원 1999. 7. 27. 선고 98다46167), 충남 당진군 교로어촌계(대법원 1997. 10. 28. 선고 97다27619).

5) 김동희, 『행정법 I』 (박영사, 2018), 294면.

을 말한다(수산업법 제2조 제2항)고 하며, “어업권” 이라 함은 제8조의 규정에 따라 면허를 받아 어업을 경영할 수 있는 권리를 말한다(동법 제2조 제9항)고 하고, 한편 동법 제8조(면허어업)에서 “다음 각 호의 1(정치망, 해조류양식, 패류양식, 어류 등 양식, 복합양식, 마을어업<sup>6)</sup>, 협동양식어업<sup>7)</sup>)에 해당하는 어업을 하고자 하는 자는 시장·군수 또는 자치구의 구청장의 면허를 받아야 한다.”고 규정하고 외해양식어업은 해양수산부 장관의 면허를 받아야 한다고 규정하고 있다.

그러므로 면허어업은 일정한 수면에서 배타적으로 특정 어업을 영위할 수 있는 권리로서 어업권을 부여받아 수행하는 사업이다. 특정수역을 자유방임하면 어업자들이 서로 어장을 쟁탈하고자 하는 분쟁이 계속 생기게 될 것이고, 아무도 안전하게 어업활동을 할 수 없게 된다. 이러한 수역에서의 어업에 대하여 특정인에게 면허를 주고, 당해 어업을 방해하는 행위를 배제하여 그 수면을 독점할 수 있도록 한 것이다. 이렇게 면허어업은 어업권이라는 권리를 바탕으로 영위된다는 점에서 허가어업이나 신고어업과 근본적으로 다르다. 아래에서는 이러한 면허처분을 통해 발생하는 어업권의 성질과 내용에 관해 언급하고자 한다.

## 2. 어업권

### 1) 법적성질

첫째, 면허처분을 통해 설정된 어업권은 사권이며 재산권이다<sup>8)</sup>. 어업면허는 특허에 해당하는 처분이다. 그러나 어업권은 다른 재산권에 비하여 공법적 성격이 강하므로, 양도 및 담보에는 엄격한 제한이 부가되고(법 제18조 및 제19조), 임대차의 목적으로도 할 수 없다(법 제33조).

둘째, 어업권은 토지에 관한 규정을 준용(수산업법 제16조 제2항)하는 준물권이다<sup>9)</sup>. 이것은 특정수면을 직접 이용·지배하는 권리를 의미하는 것이 아니라, 일정한 어업을 영위하기 위한 어장지배권이라고 말할 수 있다<sup>10)</sup>. 물권에 준하는 권리이므로 객체에 대한 직접적인 배타적 지배를 본질로 하고, 따라서 다른 물권과 같이 우선적 효력과 물권적 청구권을 가진다. 따라서 내용이 충돌하는 어업권 상

- 6) 마을어업은 1년 중 해수면이 가장 낮은 때의 평균수심 5미터이내에서 수면을 구획하여 패류·해조류 또는 정착성 수산동식물을 관리·조성하여 포획·채취한다. 이 어업은 해안에 연접한 지구별 수협이나 어촌계에 면허의 우선권이 부여되어 주로 자연적으로 성장된 수산동식물을 채취한다. 사용하는 도구도 낚, 호미, 칼, 팽이, 삽, 해조틀이, 갈퀴, 통발, 문어단지, 작살 등 원시적인 도구에 의존하거나 관리선 또는 해녀들이 나잡으로 채취한다(강원도, 경상북도 및 제주도의 경우에는 7미터 이내)(동법시행령 제9조 제1항 제1호, 면허규칙 제11조 제1호).
- 7) 1년 중 해수면이 가장 낮은 때의 평균수심 5미터초과 10미터이내(강원도, 경상북도 및 제주도의 경우에는 7미터초과 15미터 이내)로 정해져 있다(동법시행령 제9조 제1항 제2호).
- 8) 대법원 1998. 2. 27. 97다46450판결 참고. 구 수산업법(1995. 12. 30. 개정 전) 제81조 제1항 제1호는 법 제34조 제1호 내지 5호와 35조 제8호의 규정에 해당하는 사유로 인하여 허가어업의 제한 또는 어업면허 유효기간 연장이 허가되지 아니함으로써 손실을 입은 자는 행정관청에 대하여 보상을 청구할 수 있다고 규정하고 있는 바, 이러한 어업면허에 대한 처분 등이 행정처분에 해당된다 하여도 이로 인한 손실은 “사법상의 권리”인 어업권에 대한 손실을 본질적 내용으로 하고 있는 것으로서 그 보상청구권은 공법상의 권리가 아니라 사법상의 권리이고 ... 보상을 청구하려는 자는 행정관청이 그 보상청구를 거부하거나 보상금액을 결정한 경우라도 이에 대한 행정소송을 제기할 것이 아니라 면허어업에 대한 처분을 한 행정관청(또는 그 처분을 요청한 행정관청)이 속한 권리주체인 지방자치단체(또는 국가)를 상대로 민사소송으로 직접 손실보상금지급청구를 하여야 한다고 판시한 바 있다(同旨, 대법원 1996. 7. 26. 94누13848 판결).
- 9) 김형배, 『민법학강의』 (신조사, 2014), 419면; 김준호, 『민법강의』 (법문사, 2015), 39면; 송덕수, 『신 민법강의』 (박영사, 2016), 34면 등 참조.
- 10) 池田敏雄, 『漁業補償をめぐる 法的諸問題』, 1990, 549면.

호간의 효력은 어업권의 취득 시기에 따라 결정되며, 어업권을 목적으로 하는 지당권은 성립 시기에 따라서 순위가 정해진다. 어업권은 준 물권으로서 이러한 우선적 효력과 물권적 청구권을 가지고 있는 점이 허가어업이나 신고어업과 다르다<sup>11)</sup>.

셋째, 행정청의 면허(강학상의 특허)<sup>12)</sup>에 의해 설정되는 권리이다. 어업권은 누구에게도 소유될 수 없는 공유 수면의 일정 수역을 국가가 특정인에게 배타적인 사용권을 부여한 것이다. 따라서 면허는 특정 어업자에게 어업종류를 한정해서 그 배타적·독점적 어업 활동을 인정하는 행정청의 행정 처분이 고, 그로부터 특별히 인정되는 그 지위가 어업권이다. 배타적독점성은 어업권의 속성이다<sup>13)</sup>.

면허어업을 받고자 하는 자는 「수산업법」 제4조에 의한 어장이용개발계획에 적합한 범위 내에서 면허신청을 하여야 한다. 어업권은 존속기간이 법정되어 있고, 어업권의 존속기간 만료 후 새로이 어장계획을 수립하여 면허의 갱신을 청구하여야 한다.

넷째, 어업권은 일정기간<sup>14)</sup> 한정하여 존속하는 권리이다. 어업권도 재산적 가치 있는 사항을 내용으로 하는 재산권의 일종이나, 다른 재산권과 달리 영속하는 권리는 아니다. 어업권은 일정 수면을 독점해서 다른 사람의 자유로운 참여를 배척하는 효과를 가지므로, 특정인에게 영속하여 독점시키는 것은 바람직하지 않다. 따라서 어업권은 기간을 한정해서 그 기간만 존속하는 권리로 면허된다. 이러한 기간의 부여는 법정부관의 하나로 볼 수 있다<sup>15)</sup>.

## 2) 내 용

첫째, 어업권은 수산 동식물에 대한 지배를 내용으로 하는 것은 아니고, 그 권리의 실질은 수산 동식물을 포획·채취 또는 양식의 생산 활동에 있다. 따라서 당해 수면에 어업 이외의 정당한 수면 이용의 관계와 다른 법령에 의한 규제가 존재하는 경우에는 그 정당한 이용관계와 규제보다 어업권에 의한 이용관계가 당연히 우월하다고 볼 수는 없다<sup>16)</sup>.

둘째, 일정구역의 수면에 대하여 성립하는 권리이다. 어업권은 모든 수역에 대해서 수산동식물의 포획·채취 또는 양식을 독점하는 권리는 아니고, 독점되는 수면은 한정된다.

셋째, 어업권은 특정 어장에서 어업일반을 독점할 수 있는 권리는 아니고 일정종류의 어업에 한정된다. 특정 어장에서 모든 어업의 독점을 인정하는 방식을 漁場主義 내지 無制限主義라고 하고, 어업이나 대상 어종을 한정하여 그 한도에서 배타 독점을 인정하는 방식을 制限主義라고 한다. 우리나라와 일본은 어업권에 관해서 제한주의를 취해 왔다. 즉 어업권은 한정된 어업 종류를 내용으로 하는 권리이고, 어장을 독점하여도 당해 어장에서 그 어업의 종류를 독점하는 데 불과하다<sup>17)</sup>.

11) 양세식, 『한국수산업제사(상)』 (제일문화사, 1987), 46면.

12) 대법원 1999. 5. 14 선고, 98다14030 판결. 이 판결에서 대법원은 “어업면허는 면허를 받은 사람에게 장기간에 걸쳐 권리를 설정하여 주는 이른바 특허로서, 그 유효기간이 만료됨으로써 당연히 소멸되고, 면허기간의 갱신은 실질적으로 권리의 설정과 동일하다...”고 판시한 바 있다.

13) 이종근, “우리나라수산업법상 어업관리제도에 관한 연구”, 한국해양대학교 박사학위논문, 1999, 134면.

14) 수산업법 제14조에서는 “어업면허의 유효기간은 10년으로 한다. 다만 제4조 제4항 및 어장관리법 제8조 제5항의 경우와 수산자원보호 및 어업조정상 필요하여 대통령령으로 정하는 경우에는 그 유효기간을 10년 이내로 할 수 있다.” 그리고 면허 행정청은 어업 면허의 유효기간 단축과 공익상 필요에 의한 면허 어업의 제한(동법 제34조 제1항)에 해당하는 경우를 제외하고는, 어업권자의 신청에 의하여 면허기간이 만료된 날로부터 10년의 범위 안에서 유효기간의 연장을 허가하여야 한다(법 제14조 제2항).

15) 김남진·김연태, 『행정법 I』 (법문사, 2010), 245면.

16) 이종근, 앞의 논문, 133면.

### 3) 어업권의 취득 및 소멸

어업권을 취득하고자 하는 자는 시장·군수 또는 자치구의 구청장에게 어업면허를 신청하여 그 면허를 받은 자와 이전 또는 분할받은 자는 어업권 원부에 등록하여야 한다(수산업법 제8조 제1항, 제17조 제1항).

어업권은 유효기간의 만료, 어업 면허의 취소, 어업권의 포기 등에 의하여 소멸한다. 수산업법에서는 어업권의 취소 효과에 대하여 명문의 규정을 두고 있지 않으나, 철회의 성질을 가지는 취소의 효력은 원칙적으로 취소에 따른 소멸 등록이 된 때로부터 장래에 향하여 발생한다.

어업권이 소멸되는 구체적인 사유로 첫째, 행정부관인 유효기간 10년이 경과되면 어업권은 소멸한다. 어업권의 독점화를 방지하고, 어업의 민주화와 어장의 종합적인 이용 및 개발을 위하여 어업권에는 유효기간이 법정되어 있다. 그러므로 유효기간이 만료되면 어업권은 특별한 의사표시 없이 당연히 소멸한다(법 제14조 제4항). 둘째, 어업권의 취소에 의하여서도 어업권이 소멸한다. 어업권의 취소할 수 있는 경우는 수산업법 제35조에서 규정하고 있는데, 어업권을 취소할 수 있는 구체적 경우는 허위 기타 부정한 방법으로 어업 면허를 받은 때(제1호), 어업을 목적으로 하지 않는 법인 또는 단체가 어업권을 소유한 때(제2호), 수산업법 제30조 제1항·제2항의 휴업 요건 및 제31조 제1항의 어업 개시의무를 위반한 때(제3호), 수산업법 제32조의 규정을 위반하여 적격성이 없는 자가 사실상 당해 어업의 경영을 지배하게 한때(제4호), 수산업법 제33조의 규정을 위반하여 어업권을 임대한 때(제5호) 등이다. 이 중 제1호, 제2호는 職權取消事由이며, 제6호는 정당하게 부여된 면허 후에 어업권을 장래에 소멸시키는 撤回處分事由가 된다. 이러한 법정취소 사유 중 허위 기타 부정한 방법으로 면허를 받은 때에는 반드시 어업권을 취소하는 羈束行爲이나, 그 외의 경우는 취소여부는 면허 행정청이 裁量으로 결정한다(동법 제35조 前文). 또한 수산업법 제34조 제1항 각 1호에<sup>17)</sup> 해당되는 경우인 면허어업이 제한되는 사유에 해당하는 경우에도 어업권을 취소할 수 있으나(법 제35조 6호), 제34조 제1항 제1호 내지 6호의 경우에는 보상을 청구할 수 있다(수산업법 제81조 제1항 제1호). 어업의 면허를 취소하였을 때에는 면허 행정청은 지체 없이 등록된 권리자에게 통지하여야 한다(동법 제36조). 통지를 하기 전 관할행정관청은 면허취소 결정시 信賴保護原則을 고려하여야 한다<sup>19)</sup>. 즉 수익적 행정처분을 취소하거나 철회하는 것은 이미 부여된 그 국민의 기득권을 침해하게 되므로, 비록 취소의 사유가 있다 하더라도 취소 등의 행사는 기득권의 침해를 정당화 할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익 보호가 있을 경우에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교하여 결정하여야 한다. 그 처분을 위한 공익상의 필요보다 상대방이 받는 불이익 등이 지나치게 클 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 違法이다<sup>20)</sup>. 셋째, 어업권의 拋棄에 의하여서도 어업권이 소멸한다. 어업권과 같은 재산

17) 대법원 1983. 2. 8. 82도696. 이에 따르면 수산업법에 의한 양식어업권의 면허를 받은 구역 내에서 제3자가 자연적으로 서식하고 있는 바지락을 몰래 채취한 행위는 특정어업이 아닌 이상 절도죄를 구성하지 않는다.

18) 수산업법 제34조 제1항 1. 수산자원의 증식·보호상 필요한 때, 2. 군사시설 또는 주요군기지의 보위상 필요한 때, 3. 국방상 필요하다고 인정하여 국방부장관으로부터 요청이 있을 때, 4. 선박의 항행·정박·계류 또는 수지전선의 부설상 필요한 때, 5. 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제4조의 공익사업상 필요한 때, 5의2. 어업활동상 안전사고 예방 등을 위하여 필요한 때, 6. 어업권자가 이 법 또는 어장관리법이나 이법 또는 어장관리법에 의한 명령·처분 또는 그 제한이나 조건에 위반 한 때, 7. 어업권자가 외국과의 어업에 관한 협정 또는 일반적으로 승인된 국제법규와 외국의 수산에 관한 법령에 위반한 때.

19) 천병태, 『행정법 총론』 (삼영사, 2007), 115면.

20) 김남진·김연태, 앞의 책, 315면 이하, 327면 이하 참조.

권은 자유롭게 포기할 수 있는 것이 원칙이나, 등록된 권리자가 있을 경우에는 그 등록된 권리자의 동의를 얻어야 한다(법 제24조). 이것은 어업권자의 어업권 포기에 의해서 등록된 권리자가 손해를 입을 수 있기 때문이다. 따라서 어업권의 포기에 대해서 등록된 권리자의 동의가 없으면 어업권자가 포기의 의사 표시를 하여도 그 효과는 발생하지 않는다.

### Ⅲ. 어업권 소멸에 따른 보상금분배 소송사례

#### 1. 부산광역시, 남구 용호동 용호어촌계

(대법원 2003. 6. 27. 선고 2002다68034, 판결)

##### 1) 사건개요

부산광역시 남구 소재 용호어촌계는 부산시가 1999. 4. 15. 남부하수처리장 방류관로 설치공사에 따른 어업면허 부산 제244호(어업권자 용호어촌계)의 취소 보상금으로 금3,598,936.5천 원(그 중 양식시설물 보상금은 120,000천 원)과 어업면허 부산 제241호(어업권자는 부산시 수협)의 취소 보상금으로 금 722,432천 원(그 중 양식시설물 보상금은 24,000천 원)으로 보상합의하였다. 그리고 부산수협은 1999. 5. 31 상기의 어업면허 부산 제241호에 대한 보상금 중 수수료를 공제한 금 689,119.04천 원을 용호어촌계에게 교부함으로써 용호어촌계는 위 어업권 보상금 합계 4,228,055.540천 원(3,598,936.5 + 689,119.04) 중 28,055.540천 원은 어촌계 공동기금으로 적립하고 나머지 42억 원을 어촌계원에게 균등 분배하기로 하였다. 당시 어촌계원은 나잠어업자 27명, 미역양식업자 16명, 어선어업자 40명으로 합계 83명이며, 미역양식어업자는 균등분배 결의 시 어촌계회의에 불참하였다. 이에 양식어업자 15명은 동 어촌계의 결의가 부산시 수협의 내규에 위반될 뿐 아니라 민법 제104조(불공정한 법률행위)에 위반되므로 무효라고 주장하는 소를 제기하였다<sup>21)</sup>.

##### 2) 판결요지

법인 아닌 어촌계가 취득한 어업권은 어촌계의 총유이고, 그 어업권의 소멸로 인한 보상금도 어촌계의 총유에 속하므로 총유물인 손실보상금의 처분은 원칙적으로 계원총회의 결의에 의하여 결정되어야 할 것이지만, 어업권의 소멸로 인한 손실보상금은 어업권의 소멸로 손실을 입은 어촌계원들에게 공평하고 적정하게 분배되어야 할 것이므로, 어업권의 소멸로 인한 손실보상금의 분배에 관한 어촌계 총회의 결의 내용이 각 계원의 어업권 행사 내용, 어업 의존도, 계원이 보유하고 있는 어업 장비나 멸실된 어업 시설 등의 제반 사정을 참작한 손실의 정도에 비추어 볼 때 현저하게 불공정한 경우에는 그 결의는 무효이다.

어업권의 소멸로 인한 손실보상금을 어업권 행사자와 비행사자 사이에 균등하게 분배하기로 하는 어촌계의 총회결의가 있는 경우, 그 결의가 현저하게 불공정하여 무효인지 여부를 판단함에 있어서는 그 어촌계 내부의 어업권 행사의 관행과 실태가 가장 중요한 기준이 된다고 할 것이고, 그 밖에 어업권 행사자가 되기 위한 경쟁의 정도, 어촌계원 중에서 어업권 행사자들이 차지하는 비율, 어업권 비행

21) 박정기 외1, “어업권 소멸로 인한 손실보상금의 분배에 관한 사례조사연구”, 『토지법학』 20권 20호, (한국 토지법학회, 2004), 159면.

사자들이 어업권 행사자가 되지 못한 이유, 분배방법에 대한 행사자와 비행사자들의 태도, 그 어촌계에서의 과거의 보상금 분배의 선례 등도 판단자료로써 참작되어야 한다.

어업권의 소멸로 인한 손실보상금을 어업권 행사자와 비행사자 사이에 균등하게 분배하기로 하는 어촌계의 총회결의가 어업권 행사자들에 대한 관계에서 현저하게 형평을 잃어 무효라고 한 사례.

## 2. 부산광역시, 강서구 놀치동 놀치어촌계

(대법원 2000. 9. 8. 선고 2000다20342 판결)

### 1) 사건개요

놀치어촌계는 부산광역시 강서구 놀치동 소재의 비법인어촌계이다.

당시에 어촌계원이 양식어업 어업권자가 의창수협으로 되어 있으므로 의창수협과 다시 행사계약으로 어업활동을 하던 중 1999년도에 부산신항만 공사와 관련한 보상금이 어업권자인 의창수협으로 나왔기에 의창수협은 총회결의에 따라 보상금 중 96.5%만 지급하고 나머지 3.5%는 피고조합이 공동이익 증진을 위한 자체기금으로 적립하였다. 이에 어촌계는 수협의 총회결의가 어업권을 행사하는 어촌계원인 조합원들에게 현저히 불공정하여 무효를 주장하여 소를 제기한 것이다.

### 2) 판결요지

어업면허권자인 지구별수산업협동조합이 그 지구 내에 있는 일부 조합원들로 구성된 어촌계와 어업권행사계약을 체결하고 그 어촌계원들인 조합원들로 하여금 면허어업권을 행사하도록 한 경우, 그 어업권의 소멸로 인한 손실보상청구권은 어업면허권자인 지구별수산업협동조합에 귀속되는 것이고 어업권행사계약을 체결한 어촌계에 귀속되는 것은 아니며, 따라서 그 손실보상금의 분배나 처분도 정관에 특별한 규정이 없는 한 지구별수산업협동조합의 총회결의를 거쳐 하여야 하는 것이고 어촌계의 총회결의를 거쳐야 하는 것은 아니지만, 지구별수산업협동조합 총회의 결의 내용이 어업권을 행사하는 어촌계원인 조합원들에게 현저히 불공정한 경우에는 그 조합원들이 분배결의의 무효를 소구하여 구제받을 수 있다.

## 3. 충남 보령시 학성어촌계

(대법원 2000. 5. 12. 선고 99다71931 판결)

### 1) 사건개요

학성어촌계는 충남 보령시 천북면 학성리에 소재하는 비법인어촌계이다.

어촌계가 소멸보상금을 취득하였으나 당해 어촌계원 중 사망자가 발생하여 어촌계 총회의 결의에 따라 분배 시에 미지급되자 그 형제자매가 어촌계 총회결의의 무효를 주장하여 소를 제기하였다.

### 2) 판결요지

비법인 사단인 어촌계가 가지는 어업권의 소멸로 인한 보상금은 어촌계의 총유에 속하는 것으로서 그 분배 방법은 정관의 정함이 있으면 이에 따라, 그렇지 않으면 총회의 결의에 따라 분배할 수 있는 것이고 계원이 이러한 결의 없이 보상금지급청구를 하는 것은 허용되지 아니하며, 다만 그 분배결의

에 대하여 이의가 있는 각 계원은 총회의 소집 또는 결의절차에 하자가 있거나 그 결의의 내용이 각 계원의 어업 의존도, 멸실한 어업시설 등 제반 사정을 참작한 손실 정도에 비추어 현저하게 불공정한 경우에 그 결의의 부존재 또는 무효를 소구함으로써 그 권리를 구제받을 수 있다.

비법인 사단인 어촌계의 구성원은 총유재산에 대하여 특정된 지분을 가지고 있는 것이 아니라 사단의 구성원이라는 지위에서 총유재산의 관리 및 처분에 참여하고 있는 것에 불과하고, 그 신분을 상실하면 총유재산에 대하여 아무런 권리를 주장할 수 없는 것이므로, 비록 그가 어촌계의 계원으로 있을 당시 어촌계가 취득한 보상금이라 하더라도 그 분배결의 당시 계원의 신분을 상실하였다면 그 결의의 효력을 다룰 법률상의 이해관계가 없다고 보아야 할 것이다.

#### 4. 경기 옹진군 영흥면 법인에촌계

(대법원 1999. 7. 27. 선고 98다46167 판결)

##### 1) 사건개요

피고 법인에촌계는 한국수자원공사가 옹진군 대부도 제방축제공사 및 공유수면 매립공사로 인하여 18개 해태양식 어업권, 5개 굴양식 어업권, 4개 바지락양식 어업권, 1종 공동 제14호 어업권이 각각 소멸되게 됨에 따른 보상금으로 합계 25,398,166천 원을 지급받게 되었는데, 그 중 해태양식 어업권에 대한 손실보상금은 14,649,406천 원이었다.

그런데 위 해태양식 어업권에 대한 보상금의 경우, 해태양식장이 각 지선어촌계별로 설치된 것이 아니라 영흥도 섬 전체에 위치하고 있어 지선어촌계로 분류할 수 없을 뿐만 아니라 피고 어촌계의 해태양식업자 중 일부는 피고 어촌계가 면허 받은 지역이외에서도 김양식을 위한 건흥을 설치하였고, 또 피고 어촌계로부터 승인받은 건흥책수보다 많은 책을 설치하여 해태양식을 하는 등 위 바지락이나 굴 양식장 어업권에 대한 보상금 분배와 같은 방식으로 분배하기 어려운 점이 있어 피고 어촌계 해태양식업자들은 영흥본도의 해태업자들과 00리 해태업자로 나뉘어 여러 차례 위 보상금 분배에 관한 결의를 하였고, 피고어촌계는 수정함이 없이 그대로 승인하여 해태양식 면허를 받았는지의 여부, 지주식인지 부류식인지 따지지 않고 건흥한 책수에 따라 분배하였다.

원고는 비행사자의 권리를 전적으로 배제한 채 현재의 행사자에 대하여만 보상금을 분배하는 것과 몇 가지 이유를 들어 총대회의 결의가 무효라고 소를 제기하였다<sup>22)</sup>.

##### 2) 판결요지

어업권의 소멸로 인한 손실보상금은 어촌계의 잉여금과는 달리 그 성질이 달라서 어업권의 소멸로 손실을 입게 된 어촌계원에게 공평하고 적정하게 분배되어야 할 것이므로, 어업권의 소멸로 인한 손실보상금의 분배에 관한 어촌계 총회의 결의 내용이 각 계원의 어업권 행사 내용, 어업의존도, 계원이 보유하고 있는 어업장비나 멸실된 어업시설 등의 제반 사정을 참작한 손실의 정도에 비추어 볼 때 현저하게 불공정한 때에는 그 결의는 무효이다.

어업권의 소멸로 인한 손실보상금을 어업권 행사자에게만 분배하고 어업권 비행사자에게는 전혀 분배하지 않기로 하는 어촌계 총회의 결의가 있을 경우, 그 결의가 현저하게 불공정하여 무효인지의 여

22) 황갑수, 『어업피해보상(배상) 판례연구』 (수협중앙회, 2002) 95~116면.



부를 판단함에 있어서는 그 어촌계 내부의 어업권 행사의 관행과 실패가 가장 중요한 기준이 된다고 할 것이고, 그 밖에 어업권 행사자가 되기 위한 경쟁의 정도, 어촌계원 중에서 어업권 행사자들이 차지하는 비율, 어업권 비행사자들이 어업권 행사자가 되지 못한 이유, 보상 결의에 대한 비행사자들의 태도, 그 어촌계에서의 과거의 보상금 분배의 선례 등도 판단자료로서 참작되어야 하므로, 예컨대 어촌계가 여러 종류의 어업권을 가지고 있고 그 종류별로 어업권의 행사자가 사실상 고정되어 있을 경우, 특정 어업권의 행사자에게는 다른 종류의 어업권의 소멸로 인한 손실보상금을 분배하지 않는다는 내용의 결의와 또는 어떤 어업권을 행사하기 위하여는 상당한 자력과 기술이 필요한데 비행사자들에게는 그러한 자력과 기술이 부족하고 어장과의 거리 등 환경적인 요인에 비추어 보더라도 장래에 그 어업권을 행사할 가능성이 거의 없다는 등의 특별한 사정이 있어서 어업권 비행사자에게는 일체 손실보상금을 분배하지 않기로 한다는 결의 등은 이를 현저하게 불공정하여 무효라고 볼 수는 없을 것이지만, 그러한 특별한 사정이 없는 경우에는 모든 어촌계원이 그 행사자가 될 잠재적인 권리를 가지고 있는 어촌계의 총유재산인 어업권이 소멸되었는데도 그 소멸의 대가로 지급된 보상금을 어업권을 실제로 행사한 어촌계원에게만 분배하고 비행사자에게는 차등분배조차 불허하기로 하는 결의는 현저하게 불공정하여 무효라고 보아야 한다.

## 5. 충남 당진군 교로어촌계

(대법원 1997. 10. 28. 선고 97다27619 판결)

### 1) 사건개요

피고 어촌계는 충남 당진군 석문면에 소재하며 인근의 교로리, 삼봉4리, 초락도리에 거주하는 어업인 264명을 구성원으로 하는 비법인 어촌계이다.

한국전력공사가 당진화력발전소를 건설하면서 교로리 지선에 위치한 7개의 김 양식장, 7개의 정치망어장, 1개의 굴양식어장을 소멸시키면서 그에 대한 합계 보상금으로 금 10,230,774천 원을 수령하게 되자 보상대책위원회를 구성하여 보상금 분배에 관한 내규를 만든 후 1993. 9. 24. 임시총회를 개최하여 위 내규를 통과시키는 방법으로 보상금 분배에 관한 총회를 결의하였으나 위 결의가 절차상 하자로 무효라는 판결이 선고되자 1994. 11. 28. 위 결의를 추인하는 이 사건 총회 결의를 하였다. 피고 어촌계가 마련한 위 보상금 내규는 어업권 행사자에게만 보상금을 분배한다는 것인데, 피고 어촌계는 위 보상금 내규에 따라 7개의 김 양식어장에 대한 보상금 8383859천 원을 1993년도 어업권 행사자 167명에게 그들의 김 양식 책수에 비례하여 분배하고, 나머지 굴양식어장과 정치망에 대한 보상금은 1993년도의 어업권행사자들에게 각 균등하게 분배함으로써(일부는 가압류되어 분배되지 않았음) 어업권을 행사하지 아니한 어촌계원들은 분배대상에서 배제되었다. 피고어촌계와 위 7개의 김양식장에 대한 어업권 행사계약을 체결하고 어업권을 행사한 167명의 어업인 중에서 18명은 피고의 어촌계원도 아닌데도 피고는 어장관리규약에 어업권행사자로 등재되어 어업권을 행사한자에게만 보상금을 분배하기로 한다는 위 총회 결의에 따라 그들에게도 위 7개 김양식장에 대한 보상금의 약 9%에 해당하는 금 743,108천 원의 보상금을 분배하였다. 이에 원고들은 어업권 비행사자인 어촌계원을 완전히 보상금 분배대상에서 완전히 배제하고 어촌계원이 아닌 자에게까지 보상금을 분배하기로 한 위 총회결의는 무효라는 주장을 하였다<sup>23)</sup>.

## 2) 판결요지

법인 아닌 어촌계가 취득한 어업권은 어촌계의 총유이고(수산업법 제15조 제4항), 그 어업권의 소멸로 인한 손실보상금도 어촌계의 총유에 속하므로, 총유물인 손실보상금의 처분은 원칙적으로 계원총회의 결의에 의하여 결정되어야 할 것이지만(수산업협동조합법시행령 제10조 제1항 제7호, 어촌계 정관 제33조 제1항 제7호), 어업권의 소멸로 인한 손실보상금은 어촌계의 잉여금과는 그 성질이 달라서 어업권의 소멸로 손실을 입게 된 어촌계원에게 공평하고 적정하게 분배되어야 할 것이므로, 어업권의 소멸로 인한 손실보상금의 분배에 관한 어촌계 총회의 결의 내용이 각 계원의 어업권 행사 내용, 어업 의존도, 계원이 보유하고 있는 어업 장비나 멸실된 어업 시설 등의 제반 사정을 참작한 손실의 정도에 비추어 볼 때 현저하게 불공정한 경우에는 그 결의는 무효이다. 어업권의 소멸로 인한 손실보상금을 어업권 행사자에게만 분배하고 어업권 비행사자에게는 전혀 분배하지 않기로 하는 결의가 있을 경우, 그 결의가 현저하게 불공정하여 무효인지의 여부를 판단함에 있어서는, 그 어촌계 내부의 어업권 행사의 관행과 실태가 가장 중요한 기준이 된다고 할 것이고, 그 밖에 어업권 행사자가 되기 위한 경쟁의 정도, 어촌계원 중에서 어업권 행사자들이 차지하는 비율, 어업권 비행사자들이 어업권 행사자가 되지 못한 이유, 보상 결의에 대한 비행사자들의 태도, 그 어촌계에서의 과거의 보상금 분배의 선례 등도 판단 자료로서, 참작되어야 한다.

## IV. 어업손실보상의 당사자 및 분배문제

어업보상에 있어서 당사자라 함은 자기의 이름으로 어업보상을 요구하거나 또는 요구받는 자를 말하고, 어업손실보상에 권리를 행사할 수 있는 이해관계인도 포함한다. 이해관계인이라 함은 보상대상이 되는 어업권에 설정된 저당권 및 기타 권리를 가진 자이다. 어업손실보상에 있어서 당사자가 중요한 의의를 가지는 것은 어업손실 보상의무자와 어업손실 보상청구권자를 확정하는 것과 소송절차에서 당사자능력의 유무를 확인하는 것이다.

어업손실보상의 당사자에 관하여 토지등보상법과 수산업법의 규정내용은 서로 다른데, 이는 토지등보상법상의 공익과 수산업법상의 공익이 본질적으로 차이가 있기 때문이다.

### 1. 어업보상의 의무자(부담주체)

어업보상의무자는 어업보상의 원인에 따라 법제 간에 달리 규정하고 있음을 알 수 있다. 「공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 “토지보상법”이라고 한다) 제61조와 제40조는 사업시행자 부담의 원칙을 천명하고 있다. 여기서 사업시행자란 공익사업을 수행하는 자를 말한다(동법 제2조 제3항).

수산업법 제81조 제1항에서는 처분을 행하는 행정관청이 보상의무자임을 규정하고 있는데, 여기서 행정관청은 면허·허가·신고어업을 취소·정지·제한 등의 행정처분을 한 자이다. 그리고 동법 제81조제2항에서는 보상의 원인이 된 처분으로 인하여 이익을 받은 수익자가 있을 때에는 받은 이익의 범위 내에서 보상의 전부 또는 일부를 부담하게 하고 있어 이 경우 보상의무자는 수익자 즉 사업시행자

23) 박정기 외 1인, 앞의 논문, 155면.

임을 알 수 있다.

수산업법에서는 손실을 발생시킨 직접원인이 된 행정처분을 내린 “행정관청”을 손실보상의 부담주체로 규정하고 있다(동법 제81조 제1항). 수산업법 제34조 제1항 제4호에 해당하는 사유(선박의 항행·정박·계류 또는 수저전선의 부설 상 필요한 때)로 말미암아, 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 처분을 받았거나 당해 사유로 어업면허의 유효기간의 연장이 허가되지 아니한 때에는, 이로 인해 손실을 입은 자는 그 처분을 행한 행정관청에 대하여 보상을 청구할 수 있다. 어업면허의 취소(강학상의 철회)나 면허기간연장 불허가처분 등의 경우에는 시장·군수·구청장에게, 또 어업허가의 취소(강학상의 철회)나 허가기간연장 불허가처분 등의 경우에는 각 허가권자 별로 해양수산부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장에 대하여 보상을 청구하는 것이 가능하다. 그러나 이 규정과는 달리 수산업법시행령 제64조 제1항에 의하여 처분청에 대하여 당해 처분을 요청한 다른 행정관청(공익사업 관련 기관)이 있는 경우에는 이를 요청한 다른 행정관청이 손실보상금을 지급해야 한다<sup>24)</sup>.

매립사업의 경우에는 매립면허를 받은 자는 보상에 관하여 보상을 받을 자와 협의하여야 한다. 동법 제3항에서 “협이가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없을 경우에는 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있도록 하였으며, 재결에 관하여는 토지등보상법에 준용하도록 규정하고 있다”(공유수면매립법 제20조). 그러므로 보상의 의무자는 면허 등에 취소·제한·정지를 가한 행정처분권자나 사업시행자 또는 보상으로 인하여 반대급부를 받게 되는 수익자이다.

## 2. 어업보상의 청구권자 및 분배

### 1) 개인

어업손실보상을 청구할 수 있는 자연인은 어업활동에 제약을 받은 어업권자, 허가를 얻었거나 신고를 한 자이다.

따라서 어업권자는 어업권원부에 등록된 자이며, 어업권원부에 등록함으로써 등기와 같은 효력이 있고, 제3자에 대항할 수 있다.

### 2) 단체(수산업협동조합, 어촌계, 기타)

어업면허의 권리자가 다수인이라면 다수에게 권리가 있을 것이다. 그러나 대부분의 지선 어업면허의 경우는 어촌계나 지구별 조합의 명의로 권리가 부여되어 있어서 권리가 복잡한 양상을 띠게 된다.

지구별수산업협동조합(이하 ‘지구별조합’이라 함)·어촌계일 경우 어업인에게 부여된 어업권이 공공사업 수행으로 인하여 소멸되는 경우 보상을 받아야 할 자가 권리자인 지구별조합인지 또는 어촌계인지, 아니면 당해 어업면허 어장에서 입어 내지 행사계약을 체결하고 어업을 영위하는 그 소속 조합원 또는 어촌계원인 어업자인지가 문제가 된다.

24) 유람선 취항의 경우에는 국가가 손실보상의무가 있다. 유람선 취항의 경우에 필요한 새로운 항로의 지정·고시를 위하여, 해양수산부장관이나 지방해양수산청장의 요청에 따라 상기처분 등이 이루어진 경우로서, 이 경우의 손실보상의무는 개항질서법상의 항계를 기준으로 하여, 항계 내의 경우에는 해양수산부장관이, 항계 밖의 경우에는 지방해양수산청장이 보상의무를 부담하게 될 것이다(개항질서법 제11조 제1항, 제2항). 한편 보상금을 지급한 국가는 보상의 원인이 된 처분으로 인하여 이익을 받은 자(수익자)가 있는 때에는 그 수익자로 하여금, 받은 이익의 범위 안에서 보상액의 전부 또는 일부를 부담시킬 수 있다(동법 제81조 제2항). 배영길, 앞의 논문, 348면.

이 경우 보상을 받을 자가 실제 조업한 어업자인 경우에는 보상액을 어떠한 방법으로 산정하여 분배할 것인가가 문제되므로 어업권의 소유형태 및 행사방법에 따라 지구별 조합과 어촌계를 각각 살펴 기로 한다.

(1) 지구별 수산업협동조합

지구별조합<sup>25)</sup>이 가지고 있는 어업권은 어장관리규약이 정하는 바에 따라 그 어장에 인접한 지역을 업무구역으로 하는 어촌계의 업무구역 안에 주소를 가진 당해 지구별조합의 조합원이 이를 행사한다(수산업법 제37조2항). 이 경우 보상의 협의 및 계약체결의 당사자는 어업권원부에 표시된 지구별조합(조합원 개개인의 동의서 첨부)이며, 지구별조합이 직접 어업권을 행사하는 어업권자인 경우에는(수산업법 시행령 제22조 제1호) 지구별조합이 협의 및 계약체결 당사자가 된다(조합원 개개인의 동의서 불필요).

(2) 어촌계와 어촌계원간의 분배문제

① 수산업법의 관련규정

법인이 아닌 어촌계<sup>26)</sup>가 취득한 어업권은 그 어촌계의 총유로 되어 있다(수산업법 제16조 제4항). 어촌계가 가지고 있는 어업권은 어장관리규약이 정하는 바에 따라 당해 어촌계원이 행사하며(수산업법 제37조1항), 다만 마을어업의 경우에는 어촌계원이 아닌 자도 당해 어촌계의 관할 어장에 주소가 있거나 마을어업권의 행사에 대한 어촌계 총회의 의결이 있었을 경우와 수산업법 제47조에 의한 어업의 신고를 마쳤을 때에는 마을어업권을 행사할 수 있다(수산업법 제37조 제1항). 이 경우 보상의 협의 및 계약체결의 당사자는 어촌계원 전원의 위임을 받은 어촌계장 또는 어촌계가 된다.

② 민법의 관련규정

우리나라 민법 제104조<sup>27)</sup>는 “불공정 법률행위”에 대하여 절대적 무효로 하고 있으며, 본 규정은 일반적으로 객관적 요건에서 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 있고 주관적 요건에서 피해자는 궁박 또는 경솔, 무경험 중 한 가지를 갖출 것을 요건으로 하고 있다<sup>28)</sup>.

민법 제275조 제1항은 법인이 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 한다고 규정하고 있는 바, 통설에 의하면 비법인 사단은 권리능력이 없으므로 단체 자체가 물건을 소유하는 것이므로, 각 구성원은 지분이 인정되지 아니하며, 사용·수익권만을 가진다.

총유물에 대한 사원의 권리·의무는 사원의 지위를 취득·상실함으로써 당연히 취득·상실되므로(민법 제277조), 일부 구성원의 개인의사에 의하여 그 재산을 처분할 수 없다. 또한 소유권 이외의 재산권에 대하여도 준용되므로 각종의 재산권, 즉 어업권도 이를 준 총유로 되는 것이다<sup>29)</sup>.

민법은 총유관계에 관하여 민법 제275조, 제276조, 제277조의 규정을 두고 있을 뿐이고, 위 규정도 임의규정이라는 것이 통설이다. 따라서 권리능력 없는 사단에 대하여 사단법을 적용할 것인지 조합법

25) 전국에 지구별 수협은 70개소이다. (2018.11.5.현재). <http://www.suhyup.co.kr/>

26) 전국에 어촌계는 2,029개소이다.(2018.11.5.현재). <http://www.suhyup.co.kr/>

27) 민법 제104조(불공정한 법률행위) 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.

28) 송덕수, 앞의 책, 149면. 김준호, 앞의 책258면. 김형배, 앞의 책, 180면.

29) 송덕수, 앞의 책, 727면

을 적용할 것인지가 문제된다. 민법은 권리능력 없는 사단의 소유관계를 총유라 하여 조합의 소유관계인 합유와 구분하고 있어 조합에 관한 규정을 적용하지 않는다는 것을 간접적으로 밝히고 있으므로, 법인격 없는 사단에 대하여는 사단법인에 관한 규정 중 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 이를 모두 유추적용해야 한다는 것이 통설이다. 그러므로 어촌계가 해산된 경우에 있어서도 민법상 조합이 해체된 경우에 있어서의 재산분배에 관한 민법 제724조 제2항을 유추적용할 수는 없다<sup>30)</sup>.

어촌계의 명의로 면허 받은 어업권은 어촌계의 총유에 속하는 것이므로, 그 어업권이 소멸하므로 인하여 받게 되는 손실보상금도 특별한 사정이 없는 한 어촌계의 총유에 속한다.

어촌계원에게는 지분이 인정되지 아니하므로, 일부 어촌계원이 어촌계와 어업권행사계약을 체결하고 시설투자를 하였는데, 공공사업 등의 시행으로 인하여 어장이 폐쇄되고 어업권을 행사할 수 없게 되어 실질적으로 피해를 입게 되었다고 하더라도 그 손실보상금이 자신들에게 귀속된다고 주장하여 그 보상금의 직접지급을 청구할 수는 없다. 총유재산의 처분은 정관 기타 규약에서 정하지 않는 한 계원총회의 결의에 의하여만 할 수 있는 것이므로(민법 제276조 제1항), 계원 총회의 결의가 없는 한 각 계원이 직접 어촌계에 대하여 자기 지분의 분배를 청구할 수도 없다<sup>31)</sup>.

### ③ 어촌계원 구성원의 실태

현실적으로 어촌계 내부에는 여러 가지 업종이 함께 공존하고 있다 예를 들어 연안에서 주로 하는 허가어업인 자망어업은 그물을 바닷물 속에 걸쳐 놓았다가 일정시간이 지난 뒤에 전어, 조기, 송어, 명태, 돔 같은 유영하는 어류를 주로 채취하는 방법이고, 통발어업일 경우는 문어, 장어, 게류와 같이 동물의 잠입 습성을 이용하여 어획물을 채취하며, 복합어업은 갈치, 삼치, 오징어를 낚시나 줄을 이용하여 어획하며, 신고어업인 나잠어업인 경우는 바다에 사람이 직접 들어가서 바위나 해저바닥에 서식하는 수산동식물을 채취하는 것이며, 구획어업이나 정치망어업일 경우는 대구, 방어, 송어 같은 어류의 이동경로를 그물로서 차단하고 자루그물로 유도하여 포획하는 것이며, 면허어업은 시설물을 설치하는 경우와 마을어업처럼 시설물하지 않는 경우가 있는데, 김, 미역, 다시마, 전복, 피조개, 바지락 등을 생산한다.

이처럼 각기 다른 업종의 어촌계원이 한 어촌계 내에서 공존하므로 어업피해가 많은 해당업종 어촌계원은 어촌계 총회의 의결권에서 소수인원으로 소외되며 권리요구는 다수결의 횡포로 사회정의가 무너지게 되는 것이다.

## V. 결론

우리나라 민법 제104조에서도 “불공정한 법률행위”에 대하여는 무효로 하고 있으며 앞의 소송사례들을 살펴보면, 어촌계 자체 총회에서 결의하는 개인별 분배도 법률행위의 목적인 확정성, 가능성, 적법성, 사회적 타당성, 공정성의 범주 내에서 행하도록 하고 있으며 “현저하게 불공정한 법률행위”를 한

30) 대법원 1992. 7. 14. 선고, 92다534판결.

31) 대법원 1992. 10. 27. 선고, 92다12346판결. 이 판결에 대한 평석으로 김경중, “어촌계가 소유하는 어업권의 소멸에 따른 손실보상금의 귀속관계”, 『대법원 판례해설』 19-1호, 1993. 12, 83-93면. 같은 취지의 판결로는 1995.8.22 선고, 94다31020 판결; 1997.10.14. 선고, 97다 21277판결.

경우에는 무효라고 판시하고 있다<sup>32)</sup>.

어촌계 또는 지구별 조합이 직접 경영하는 어업권의 경우에는 당해 어업권의 행사자는 어촌계 또는 지구별 조합이므로, 어업권원부에 표시된 관리자가 보상금 수령권자이다. 보상금의 성격이 어업권행사자인 어촌계 또는 지구별 조합의 소속계원 또는 조합원 공동수익권에 대한 보상금으로 준 공동소유 재산적인 것이므로 어촌계 또는 지구별 조합의 내부에서 처리되어야 한다. 어촌계명의일 때는 계원총회가 총유물의 처분에 관하여 의결을 하는 경우 정관 기타 규약에 특별한 규정이 없는 한 다수결로 하여야 하고, 다수결은 과반수<sup>33)</sup>로 처리되고 있다. 지구별 조합명의일 때에는 그 지구별수협의 규정에 따라야 한다.

어촌계 또는 지구별 조합이 어업권원부 상 어업권자로 명의가 되어 있더라도 이들이 직접 어업권 행사를 하지 아니하고, 그 소속 계원 또는 조합원이 실제 어업권을 행사하는 경우에는 어업권원부 상 관리자로 등록 표시된 자에게 지급하여야 하는지, 아니면 실질적으로 어업경영 등 조업을 행한 소속 계원 또는 조합원 개인에 대하여 손실보상을 하여야 하는지가 문제될 수 있다. 이 경우 어촌계 또는 지구별 조합으로 등록된 어업권이 비록 실질적으로 어업권 입어 행사자가 각각의 개인이라 할 지라도 보상금은 총유이므로 민법 제276조~제277조에서 총유물의 처분은 사원총회 결의에 따른다 하므로 어촌계에서도 총회의 결의 내용대로 내부적 분배하는 것이다. 즉 어촌계 또는 지구별 조합의 명의로 먼저 보상금을 수령하고 그후 보상금의 분배문제가 남게 되는 것이다.

적정한 분배를 위해서는 어업권행사의 관행과 실태, 어업권 행사자가 되기 위한 경쟁의 정도, 어촌계원 중에서 어업권 행사자들이 차지하는 비율, 어업권 비행사자들이 행사자가 되지 못한 이유, 당해 어촌계 또는 인근어촌계, 유사업종 피해에 따른 사례 등으로 분배의 판단자료로 참작되어야 할 것이다<sup>34)</sup>.

이를 실행하기 위한 대안으로, 첫째, 평소 어촌계원 개인별로 어업에 시설투자 비용 또는 어구투자 비용 그리고 어획소득 등을 연계하여 비용지출과 수입에 대한 전산화 시스템을 행정적으로 구축하고 둘째, 수협과 어촌계간의 입어행사 계약체결 시, 또는 어촌계 내부의 입어행사 계약체결 시에 업종별, 어장별, 어획고별, 어촌계 자체의 기여도, 기타 요인들로 구성된 어촌계원별 입어 행사 실적 평가표를 작성하여 자체 총회로써 미리 의결해 두며 셋째, 어촌계가 공동으로 받은 보상금을 어촌계 자체에서 종묘구입, 투석, 바다 목장화 사업 등으로 수산자원 조성을 위하여 재투자하거나 공동 이용시설을 구축하여 어촌계원들에게 직접분배를 지양하는 방안을 추진하거나 넷째, 아직까지 어촌계원들의 자율적 분배에 한계가 있다면, 제도정비로써 수산업협동조합법, 수산업법, 관련법령, 관련 세부지침 등을 제·개정하여 보상금 분배를 어느 정도 법제화하여 법에 의한 구속의 필요성이 제기되는 것이다.

따라서 어업의 민주화 과정에서 어촌계원의 보상금 분배가 합리적이고 형평성에 알맞게 되기 위해서는 도출되는 문제점을 하나하나씩 시나브로 풀어 나가야 할 것이다.

32) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002다68034 판결, 대법원 2000.5. 12. 선고99다71931 판결, 대법원 2000.5.12. 선고 99다 71931 판결, 대법원 1999. 7. 27. 선고 98다46167 판결, 대법원 1997. 10. 28. 선고 97다27619 판결.

33) 대법원 1992.7.14 선고, 92다534 판결.

34) 대법원 2003.6.27. 선고 2002다68034판결.

## REFERENCES

- 김동희 (2018), **행정법 I**, 제24판, 박영사.
- 김철수 (2006), “어업손실보상제도의 개선방안에 관한 연구”, 박사학위논문, 한국해양대학교.
- 김남진 · 김연태 (2017), **행정법 I**, 제14판, 법문사.
- 김준호 (2015), **민법강의**, 제21판, 법문사.
- 김형배 (2014), **민법학강의**, 제13판, 신조사.
- 김석중 · 김병엽 (2015), **수산업법 해설**, 제주대학교 출판부.
- 김 현 (2004), “추상적 공익 근거한 부관허용제한”, 수산양식 8월호, 한국수산신문사.
- 박정기 외1 (2004), “어업권 소멸로 인한 손실보상금의 분배에 관한 사례조사연구” **토지법학**, 20 (20).
- 배영길 (2002), “현행 손실보상법제에 관한 법률적 재검토”, **공법연구**, 16 (2).
- \_\_\_\_\_, “어업보상에 대한 법률적 검토”, **공법연구**, 30 (3).
- 박상희 (1993), “공용침해의 요건에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교.
- 박정길 외 13인 (1993), “어업손실평가심포지움”, 부경대학교 해양과학공동연구소.
- 이기대 (2000), “면허어업취소에 따른 손실보상평가방법의 개선방안에 관한 연구”, 석사학위논문, 부경대학교.
- 이용희 (1992), “공익사업시행에 따른 수산업 손실보상에 대한 고찰”, **해양정책연구**, 14 (1).
- 이종근 (1992), “우리나라 수산업법상 어업관리제도에 관한 연구”, 박사학위논문, 한국해양대학교.
- 이철환 (2003), “어업보상에 관한 연구”, 박사학위논문, 조선대학교.
- 조미옥 (1991), “어촌계의 재산의 귀속관계”, **재판실무연구**, 광주지방법원.
- 천병태 (2007), **행정법총론**, 제6판, 삼영사.
- 해양수산부 (2018), “수산발전기금 사업시행지침”.
- 황갑수 (2002), **어업피해보상(배상) 판례 연구**, 수협중앙회.
- 황갑수 (2004), **수산업법해설**, 수협중앙회.
- FAO (2015), “The State of Food and Agriculture,” FAO Agriculture Series, No. 25.
- International Oil pollution Compensation Fund (2016), “Claim Manual,” United Kingdom.
- John, F. W. (2001), *Carriage of Goods by Sea*, Longman Group UK Limited Publisher.
- Robert, J. and Arthur, W. (1992), *Oppenheim's International Law - Oceans*, 1, Longman Group UK Limited Publisher.
- 金田禎之 (2003), **漁業法のこころが知りたい**, 成山堂書店.
- 日本國 函館市 (2000), **市勢要覽**, 日本國 函館市.
- 池田敏雄 (1990), **漁業補償をめぐる 法的諸問題**, 有斐閣.
- 眞道重明 (1994), **世界の漁業管理(下)**, 國際漁業研究會.
- 中國法律圖書有限公司 (2004), **中華人民共和國 漁業法**, 新華書店.
- 法律出版社 (2004), **中華人民共和國 土地管理法**, 新華書店.
- 法律出版社 (2004), **中華人民共和國 國家賠償法**, 新華書店.
- <http://glaw.scourt.go.kr/>
- <http://www.hrdkorea.or.kr/>
- <http://www.suhyp.co.kr/>
- <http://www.mof.go.kr/>
- <http://www.moleg.go.kr/>
- <http://www.kab.co.kr/>