

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2013다62261 손실보상등  
원고, 상고인 별지 원고들 명단 기재와 같다.  
원고들 소송대리인 변호사 백종석  
피고, 피상고인 1. 국방과학연구소  
2. 대한민국  
피고들 소송대리인 법무법인(유한) 태평양  
담당변호사 한위수 외 3인  
원 심 판 결 서울고등법원 2013. 5. 3. 선고 2012나34247 판결  
판 결 선 고 2016. 5. 12.

주 문

상고를 모두 기각한다.  
상고비용은 원고들이 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1, 2, 3점에 관하여

가. 구 수산업법(2007. 4. 11. 법률 제8377호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 수산업법'이라 한다) 제34조 제1항은 시장·군수 또는 자치구의 구청장은 일정한 경우 면허한 어업을 제한 또는 정지하거나 어선의 계류 또는 출항·입항의 제한을 할 수 있다고 정하고, 그 사유로 '수산자원의 증식·보호상 필요한 때'(제1호), '군사훈련 또는 주요군기지의 보위상 필요한 때'(제2호), '국방상 필요하다고 인정하여 국방부장관으로부터 요청이 있을 때'(제3호), '선박의 항행·정박·계류 또는 수저전선의 부설상 필요한 때'(제4호), '공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제4조의 공익사업상 필요한 때'(제5호) 등을 들고 있다. 그리고 제34조 제2항의 위임에 따라 구 수산업법 시행령(2007. 10. 31. 대통령령 제20351호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 수산업법 시행령'이라 한다) 제19조는 '법 제34조 제1항 제2호 및 제3호의 규정에 의한 군사훈련, 주요군기지의 보위 또는 국방상 필요한 경우'의 하나로 '기타 국방부장관이 전략 및 전술적으로 필요하다고 인정하여 관계행정기관의 장과 합의한 경우'(제5호)를 들고 있다. 구 수산업법 제45조 제1항과 제3항은 제34조의 규정은 허가어업 및 신고어업에 관하여 준용한다고 규정하고 있다.

한편 구 수산업법 제81조 제1항은 다음 각 호의 1에 해당하는 사유로 인한 처분에 의하여 손실을 입은 자는 그 처분을 행한 행정관청에 대하여 보상을 청구할 수 있다고 정하면서, 제1호 본문에서 '제34조 제1항 제1호 내지 제5호와 제35조 제8호(제34조 제1항 제1호 내지 제5호에 해당하는 경우에 한한다)의 규정에 해당되는 사유로 인하여 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 처분을 받았거나 당해 사유로 인하여 제14조의 규정에 의한 어업면허의 유효기간의 연장이 허가되지 아니한 때'를 규정하고, 제1호 단

서에서 '다만, 제34조 제1항 제1호 내지 제3호(제45조 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 준용되는 경우를 말한다)의 규정에 해당하는 사유로 인하여 허가 또는 신고한 어업이 제한되는 경우를 제외한다.'(이하 '이 사건 단서 조항'이라 한다)고 정하고 있다.

나. 재산권이 그 사회적 기속성으로 인하여 그에 대한 제한이 허용된다고 하더라도 거기에는 일정한 한계가 있고, 재산권에 대한 제한의 허용 정도는 재산권 객체의 사회적 기능, 즉 재산권의 행사가 기본권의 주체와 사회전반에 대하여 가지는 의미에 달려 있다고 할 것인데, 재산권의 행사가 사회적 연관성과 사회적 기능을 가지면 가질수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 허용된다. 따라서 재산권에 대한 제약이 비례원칙에 합치하는 것이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 범위 내에 있는 것이라 할 것이다(헌법재판소 2005. 9. 29. 선고 2002헌바84 결정 등 참조).

(1) 관련규정의 문언·체제·취지 등에 더하여 다음과 같은 사정, 즉 ① 어업허가를 받거나 어업신고가 수리된 자가 갖는 어업에 대한 재산적 이익은 공유수면에서 자유로이 생존하는 수산동식물을 포획할 수 있는 지위로서 어업허가취득이나 수산동식물의 포획에 어떤 대가를 지불하는 것이 아니어서 일반 재산권처럼 보호가치가 확고하다고 보기 어려운 점, ② 한편 어업권의 특성과 그 행사 방식 등에 비추어 그 재산권의 행사가 사회적 연관성과 사회적 기능이 크다고 보이므로 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 허용된다고 보이는 점, ③ 구 수산업법이 손실보상 없이 어업을 제한할 수 있는 사유를 수산자원의 보존 또는 국방상 필요 등 사회적 연관성과 사회적 기능이 크다고 보이는 경우로 제한적으로 규정하고 있는 점, ④ 허가 또는 신고 어업과는 달리 면허어업은 해조류양식어업 등을 주요대상으로 하여 조업이 제한되는 해역 이외의 장소에서는 조업이 불가능한 사정을 고려하여 보상제외사유로 삼지 않는 등 제한되는 어업

의 종류와 특성 및 내용에 따라 보상 여부를 달리 정하고 있는 점 등을 종합하면, 이 사건 단서 조항에서 허가·신고 어업에 대하여 '국방상 필요하다고 인정하여 국방부장관으로부터 요청이 있을 때'(제3호)에는 '공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제4조의 공익사업상 필요한 때'(제5호)와 달리 손실보상 없이 이를 제한할 수 있도록 정한 것이 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 한계를 넘어 가혹한 부담을 발생시키는 등 비례의 원칙을 위반하였다고 보기 어려우므로 이 사건 단서 조항이 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

(2) 그리고 구 수산업법 제34조 제1항이 어업제한사유로 제5호에서 '공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제4조의 공익사업상 필요한 때'를 정하여 '국방 및 군사에 관한 사업'에 관한 포괄적인 규정을 마련하였음에도, 이와 별도로 제3호에서 '국방상 필요하다고 인정하여 국방부장관으로부터 요청이 있을 때'를 정하여 손실보상 여부에 관하여 달리 취급하는 취지에 비추어 보면, 구 수산업법 제34조 제1항에 따른 어업제한사유가 제3호의 요건을 충족하는 이상 제5호에서 정한 공익사업의 하나인 '국방·군사에 관한 사업'의 요건을 동시에 충족할 수 있다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 제3호가 우선 적용되어 손실보상청구권이 발생하지 아니한다고 보아야 한다.

다. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 단서 조항이 헌법에 위반되지 아니함을 전제로, 그 판시와 같은 사유를 들어 이 사건 시험사격이 구 수산업법 시행령 제19조 제5호가 정한 '기타 국방부장관이 전략 및 전술적으로 필요하다고 인정하여 관계행정기관의 장과 합의한 경우'에 해당한다고 보아 구 수산업법 제34조 제1항 제3호의 요건을 충족한다고 판단하였다. 나아가 원심은, 설령 이 사건 조업통제가 구 수산업법 제34조 제1항 제3호와 제5호의 요건을 동시에 충족할 수 있다고 하더라도 제3호가 우선

적용되므로 손실보상청구권은 발생하지 않는다고 보아 원고들의 주장을 배척하였다.

라. 원심판결 이유를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 이 사건 단서 조항의 위헌 여부 및 그 해석 적용에 관한 법리를 오해하거나 변론주의를 위반하는 등의 잘못이 없다.

## 2. 상고이유 제4, 5점에 관하여

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 태안군수가 피고 국방과학연구소의 요청에 따라 관계 행정기관을 통하여 통보받은 이 사건 해상사격장에서의 시험사격계획을 어민들을 대상으로 알리고 근접항해 금지 등을 안내하는 등의 일련의 조치가 구 수산업법 제34조 제1항이 정한 어업제한처분에 해당한다고 보아, 이 사건 조업통제가 적법한 행정처분에 근거하지 아니한 채 피고 국방과학연구소에 의하여 임의로 이루어졌으므로 불법행위가 성립한다는 취지의 원고들의 주장을 모두 배척하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 행정처분에 관한 법리를 오해하고, 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 변론주의를 위반하는 등의 잘못이 없다.

## 3. 결론

상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자들이 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      이인복

              대법관      김용덕

주    심      대법관      김소영

              대법관      이기택

별지 원고들 명단: 생략