

免許漁業과 許可漁業

그 制度的 意義

楊 世 植

釜山水產大 教授

- I. 緒 言
- II. 免許漁業에 있어서 生存權의 生活權의 機能과 生産的 產業的 機能의 調和의 問題
- III. 許可漁業의 反射的 利益과 事實上的 權利性의 問題
- IV. 結 語

I. 緒 言

우리 나라 水産業制度的 基本法인 水産業法은 法律 제295호로 제정 공포 (1953년 9월 9일 公布, 90일 후 시행)된 이래 9회에 걸친 改正이 있었고, 그중에서도 1963년 4월 11일, 1971년 1월 22일, 1972년 10월 7일, 1975년 12월 31일의 改正이 큰 것이었다. 특히 1975년의 改正은 그 關聯法令의 改正이 그 후 4년간에 걸쳐서 행하여지고, 또 그 改正의 폭도 매우 광범한 것이어서 1970년대의 漁業制度整備의 일응의 계기가 되는 것이었다. 다만 韓國의 水産業法은 일제 시대의 「朝鮮漁業令」을 繼受한 것인데, 「朝鮮漁業令」은 그 전에 시행되었던 「漁業令」, 合併直前に 제정된 「韓國漁業法」과 더불어 明治漁業法の 영향 밑에 있었던 것이며 단적으로 말해서 9회에 걸친

改正에도 불구하고 語句修正을 제외하고 이 「朝鮮漁業令」에서 크게 전진한 것이 없다는 것이筆者의 솔직한 의견이다.

日本이 世界 第2次大戰에서 패배하고나서 他律的이나마 民主的인 정치체제를 갖추어야 하였고, 漁業制度도 終戰後의 經濟民主化政策에 주도되면서 1949년 新漁業法으로 탈바꿈하였다는 사실과 대비할 때 制度的인 補完·整備은 우리나라 水産業制度에 있어서 繼續的 課題라고 아니 할 수 없는 것이다.

本稿는 實定水産業制度에 초점을 맞추어서 水産業制度改編에 있어서의 理論的 前提를 생각해 보고자 하는 것이다.

우리 나라 水産業制度는 漁業制度和 水産製造業制度로 크게 둘로 나누어 생각할 수 있는데 (水産業法 제2조 제1호), 漁業制度는 行政官廳의 行政처분을 기준으로 하여 免許를 받아서 하는 免許漁業, 許可를 받아서 하는 許可漁業, 申告를 요건으로 하는 申告漁業으로 3大分된다. 本稿는 이 중에서 免許漁業과 許可漁業에 국한하여 생각해 보고자 한다.

Ⅱ. 免許漁業에 있어서 生存權的 生活權的인 機能과 生産的 産業的 機能의 調和의 문제

漁業의 免許는 일정한 水面에서 排他的으로 特定漁業을 할 수 있는 權利를 부여하는 行政官廳의 行政處分이며, 이러한 漁業의 免許에 의하여 부여되는 權利가 漁業權이므로, 免許漁業은 바로 漁業權에 바탕을 두는 漁業 즉 漁業權漁業이다.

漁業權 發生이 이와 같이 設權處分인 行政官廳의 漁業免許에 의한다는 사실은 漁業權制度에서 매우 특징적인 것인데, 이러한 漁業免許制는 바로 漁業權 또는 漁業權漁業에 대한 公法的 制約을 制度的으로 확립할 수 있게 하는 것인바, 그것은 國家權力에 의하여 漁業紛爭의 調整 및 資本制的 漁業發展 또는 抑制를 위한 漁業調整을 可能하게 하는 강력한 수단으로서의 歷史的 意義를 가지고 있다.

免許處分(講學上的 特許處分)에 의하여 창설되는 權利에는 公權과 私權이 있으므로, 漁業權이 公權인가 私權인가에 관한 다툼이 있으며, 通說은 私權說을 취하고 있다. 또 漁業權은 일정한 水面에서 漁業 즉 水産動植物의 採捕 또는 養殖이라는 經濟的 事業을 하는 것을 그 權利의 내용으로 하므로 漁業權의 目的인 利益은 經濟的 利益이고 따라서 漁業權은 私權 中の 財產權에 해당된다.

뿐만 아니라 漁業權은 일정한 水面에서 特定 漁業을 獨占排他的으로 영위하여 利益을 享受하는 것이며 그 利益의 享受를 일반인에 대하여 보호하는 法律上的 힘을 가진 絕對權이라는 점에서 土地에 관한 物權과 그 權利의 性質을 같

이 하는 것이다. 水産業法 24조 2항은 이것을 표현하여 漁業權은 物權이며 土地에 관한 規定을 準用한다고 하였다.

이와 같이 漁業權을 私權으로 확립하고 財產權 中の 物權으로 規定한 우리 나라 水産業法은 요컨대 沿岸漁業制度의 市民法的 編成을 위한 노력의 한 표현이라고 할 수 있다. 漁業權에 관한 市民法的인 財產權性, 物權性의 強化의 努力은 그외에도 그 예는 많다. 漁業權(定置漁業權)을 보호하기 위한 保護區域의 設定(제25조)은 漁業權의 排他的 支配權을 강화하는 것이며, 또 漁業權 財產權化의 強化는 擔保에 供할 때의 漁場 定置工作物의 一體化(31조), 處分時의 權利, 義務의 隨伴, 특히 水面 또는 河川에 관한 權利, 義務의 隨伴(33조), 漁業權變動의 登錄과 登錄한 權利者의 同意(35조), 持分의 處分, 擔保時의 共有者의 同意(36조), 漁業權取消處分의 通告義務(38조), 土地와 土地定着物의 使用權(61~63조)등의 不動產登記에 代하는 漁業權登錄制(43조)에 의한 漁業權變動의 公示制度 등이 그 표현이라고 할 수 있다.

상기한 바와 같이 水産業法은 漁業權의 物權的 財產權的 성격의 強化의 努力을 도처에서 시도하여 그 所有權의 性格을 강화하고 있음에도 불구하고 그 完成에는 이르지 못하였으니, 漁業權의 市民法的 確立에 대립하는 것으로서의 公法原理의 導入이 바로 그것이다. 즉 漁業免許制度의 確立은 漁場支配權의 占有에서 所有에의 進行過程을 제약하여 그것을 行政官廳의 統制下에 制限物權的 地位에 머무르게 하고 있다.

質權設定의 禁止(제24조 제3항), 貸付의 禁止(제28조), 漁業權의 移轉擔保의 制限(제29조) 共同漁業權의 移轉擔保의 禁止(제30조), 등 (그 具體的 內容과 比較法制的 意義는 筆者의 “韓·

日水産法制의 比較 研究(I)」 「釜山水産大學論文集」 第13輯 pp. 27~29)은 요컨대 漁業權의 單純한 利權化를 막고 權利者 자신이 用益하도록 하려는 政府의 노력의 표현이다.

이와 같이 漁業權制度에 있어서 그 財產權의 物權的 性格을 강화하는 일면과 그것의 완전한 所有權化를 제약하는 일면은 相互矛盾된 채 漁業權의 本質的 要素를 형성한다고 할 수 있는바, 과연 漁業權의 이러한 모순된 兩面的 性格이 무엇을 의미하는가에 대한 究明은 바로 漁業權漁業에 대한 政策樹立의 理論的 基點을 제공 할 것이다.

漁業權의 移轉, 用益——漁業權의 物權的 財產權의 성격의 핵심이 되는 일면——의 자유는 漁場商品化, 資本의 漁場支配를 예정하는 것이며, 이러한 財產權 自由의 法的 表現을 市民法秩序라고 할 때 漁業權制度는 기본적으로 市民法秩序上에 있다고 할 것이다.

이에 반해 漁業權의 財產權的 性格에 대한 諸制約은 漁村秩序를 市民法秩序 속에 안정시키기 위하여 逆理的인 동시에 靦연적으로 漁民의 再生産을 확보하여야 하며, 그것이 漁業權의 財產權의 性格에 대한 公權的 制約으로 나타날 수 밖에 없는데, 漁民을 위한 生存權의 社會福利의 漁場秩序를 염두에 두고 있다는 점에서 이러한 제약은 社會法에의 傾斜를 의미한다고 보아야 할 것이다.

요컨대 漁業權의 이러한 모순된 양면적 성격이 내포하는 의미는 漁業權이 完全한 所有 위에 資本에 의한 生産力 提高의 生産的, 産業的 機能을 다할 것인가, 바이마르 憲法 제153조의 義務지위인 所有權, ——그 行使가 同時에 公共의 福利에 奉仕하여야 할 所有權——의 外延上에 生存權的, 生活權的인 社會福利의 機能을 목적할

것인가, 市民法的인 規制에 머물 것인가, 社會法傾斜를 촉진할 것인가, 단적으로 所有인이 이용인의 문제를 내포하고 있으며, 이러한 漁業權의 社會福利의 機能과 生産的, 産業的 機能과의 調整의 문제는 根源的으로는 資本主義가 지닌 社會福利와 財產權自由의 모순의 표현이기도 하다.

漁業權制度의 문제의 핵심은 漁業權이 지닌 이러한 양면적 성격을 어떤 선에서 타협 조정할 것인가에 있다. 이리하여 漁業權에 있어서의 社會福利的인 機能과 産業的 機能은 각 漁業權마다 比重을 달리하여 추구될 하나의 政策에서 조화를 이루어야 하며, 그것은 어떤 意味에서는 藝術家의 感覺과 創造의 才能에 의한 매우 미묘하고도 균형잡힌 선에서의 妥協을 기다리고 있다고 할 수 있다. 그리고 이에 대한 신중한 모색의 과정이 漁業權漁業政策에 표현될 때 비로소 일관되고 타당한 漁業權 漁業制度가 수립될 수 있다고 보는 것이다.

1. 漁業權取得主體

漁業權取得主體를 누구로 할 것인가의 문제는 免許行政의 중추적인 문제이며, 그것은 漁業權 漁業의 上記한 두 개의 모순된 성격을 어느 선에서 타협·조정할 것인가의 문제이기도 하다. 免許取得資格을 地先漁民에게만 국한하는 政策은 漁業權의 社會福利的 機能만을 중요시하는 것인데 반해서 漁業權取得資格을 누구에게나 개방하는 無制限主義는 漁業權의 産業的 機能을 중요시하는 것이며, 漁業權의 自由主義的 市場商品化를 초래하여 漁民에게 沿岸漁業을 환원하려는 政策에 위배된다. 따라서 漁業權 取得主體에 관한 문제는 漁業權의 社會福利的 機能과 産業的 機能을 어떻게 조정하는가라는 문제의 핵심이

되는 부분인 것이다. 漁業權 取得主體에 관해서는 免許取得의 최소한의 資格要件을 어떻게 정할 것인가 하는 문제와 최소한의 資格要件을 갖추었을 때 누구에게 우선적으로 免許하는가의 두 개의 문제로 나누어진다. 前者는 適格性의 문제이고, 後者는 優先順位의 문제이다.

適格성에 관해서는 우리 나라는 不免許(16조) 또는 免許取消事由(19, 21, 20, 34조 등) 등의 消極的 不適格要件만 있고 積極的인 適格要件규정이 없다. 日本은 定置漁業權 및 區劃漁業權을 한 組로 하고 共同漁業權 및 特定區劃漁業權을 또 한 組로 분류하여, 前者는 經營者免許漁業權(당해 漁業權의 내용이 되어 있는 漁業을 直接經營하는 者에 대해서만 免許하는 經營者 優先의 漁業權)으로 하고 後者는 組合管理漁業權(漁業協同組合 또는 그 聯合會가 免許를 받아 漁業權行使規則을 제정하여, 이것에 기초하여 漁業權을 관리하고 組合員에게 그 행사를 하게 하는 漁業權)으로 정하고 있다. 經營者免許漁業權은 經營者가 特定되는 어업이므로 組合管理는 인정되지 않으며, 組合에 免許되는 경우는 組合自營에 한한다. 그리고 그 適格성은 漁業 또는 勞動에 관한 法令遵守精神을 顯著하게 缺한 者, 漁村民主化를 阻害한다고 認定되는 者, 不適格者에 의한 實質上의 經營支配의 憂慮가 있는 者(日本 漁業法14조 참조)에 해당하지 않아야 한다.

組合管理漁業權의 경우는 特定區劃漁業權은 組合이 申請을 하지 않을 경우는 經營者에 直接 免許되는 수도 있는데, 眞珠母貝養殖業이 그 예이다. 共同漁業權은 우리 나라와 같이 漁協 또는 그 聯合會에 한다. 組合管理漁業權의 適格성은 地先地區 概念을 중심으로 해서 상세한 규정을 하고 있다(자세한 것은 筆者稿의 “沿岸漁場利用實態調査研究”, 1977, pp. 199~204 참조).

여기에 區劃漁業權은 우리 나라의 養殖漁業權이며 特定區劃漁業權은 養殖漁業權 중에서 특정한 것, 예컨대 建築, 眞珠母貝, 굴 등 免許主體에 관해서 養殖漁業權과 다른 고려의 대상이 되는 漁業權이다.

日本의 適格성에 관해서 논술한 이유는 명확한 取得主體의 資格要件의 法定이 그 만큼 漁場 및 漁村秩序에 대한 명확한 정책 표현이 된다는 데에 있다. 환언하면 適格성에 대한 政策決定을 통해서 漁業權取得主體에 대한 정책을 표현하고, 따라서 漁業權에 있어서의 表記한 두 개의 모순된 성격을 타협 조정하는 關鍵으로 할 수 있다는 말이다. 그러나 우리 나라에 적합한 適格性基準의 결정에는 그것이 全漁村秩序의 改編과 결부되는 만큼 신중을 기하여야 할 것은 물론이다(適格性 基準에 관한 하나의 제언으로서 필자의 「韓國水産業法研究」, II, pp. 56~57 참조).

優先順位는 免許를 받을 수 있는 순위를 정하는 것이므로 이것의 적절한 運用如何에 따라서 漁村秩序에 社會法的 整序가 이루어질 전제가 형성될 수 있을 것이나 現 優先順位制度는 이와는 거리가 멀다. 첫째, 既免許漁業權은 有效期間 또는 延長許可期間의 滿了로서 消滅하는데(제14조 제3항), 그 漁場에 새로운 免許를 하는 경우에 法定事由를 除外하고 從前의 漁業權者에게 優先적으로 免許하도록 함으로써(제14조 제4항) 既免許漁業權은 半永久的으로 존속하여 優先順位가 적용될 여지가 없고 둘째, 移轉의 경우도 그렇고 셋째, 新免許에 있어서도 漁場利用開發計劃이 행하여지고 있는 1975년 改正 이후에도 先願主義 또는 內定主義가 행하여지고 있는 것으로 보이므로 이 경우에도 優先順位 적용의 여지가 크지 않다.

이와 같이 實定法上 優先順位가 유효하게 실

시될 조건이 결여되었음과 동시에 實定法上的의 優先順位 자체에도 많은 문제점이 있다.

實定法上的의 優先順位規定은 포괄적인 單一規定인데, 이것은 沿岸漁業의 未發達로 이에 대한 政策의 未分化가 그런대로 容認된 때의 規定이라고 할 수밖에 없다. 이제 沿岸漁業이 그 내용을 다양화하고 일면에서는 漁民의 生存權保障을, 다른 한편으로는 食糧供給의 基本産業으로서 生産의 合理的인 증대를 꾀하여야 할 시점에 도달하였다고 생각할 때, 이에 대응하는 漁業權 取得主體의 政策的인 調整 역시 필연적인 시점에 도달하였다고 할 것이며, 그것은 또 分化된 各漁業權의 特性에 맞는 分化된 것이어야 한다. 환언하면 定置·養殖·共同漁業은 다 같이 沿岸漁業이면서도 그 내용에는 상이한 점이 많고 그 각각에 적합한 免許主體에 대한 政策的 配慮가 있어야 할 것이다(이에 대한 구체적인 제언에 관해서는 筆者의 「韓國水産業法研究」, II, p. 58 參照).

2. 漁業權別 問題點

政府와 水協의 精力的인 漁民 支援·育成的의 努力에도 불구하고 尙存하는 개선되어야 할 漁業權別 問題點을 생각해 보자.

가. 養殖漁業

養殖漁業이 우리 나라 沿岸漁業의 큰 潛在的可能性으로 남아 있는 것은 養殖技術의 발달과 200海里 漁業水域의 國際慣習法化를 전제로 해서 생각할 때 명확한 사실이다. 그러므로 政府의 관심이 이에 집중되어 東海, 南海, 西海의 3大海域에 각각 適正品種의 重點開發 및 養殖基盤의 확대를 기도하여 既開發地域을 포함해서 開發 可能地域을 103千ha로 책정하고 있다.

그러나 重點施策의 노력에도 불구하고 制度的

架橋는 완전한 것이 아닌 듯하다. 예컨대 養殖漁業의 免許를 받은 者는 農水産部가 定하는 施設基準에 의하여야 하는바 「養殖物 採捕方法 및 養殖漁場施設基準에 관한 規則」에 그 施設基準이 규정되어 있다. 그런데 1972년의 施設基準은 1974년, 1977년의 改正을 통하여 그 기준치가 아직 동요하고 있음을 보여주고 있는데(예: 굴 연승 수하식, 굴 멧목 수하식의 경우) 이러한 변동이 반드시 科學的 解明의 進歩와 일치하는 것이 못된다는 생각을 漁民에게 주고 있는 것이 실정이다. 그러므로 施設基準에 관해서는 地方實情에 맞는 보다 科學的, 合理的(收益性を考慮한) 養殖方法의 재검토와 아울러 제도적으로는 전국에 일률적으로 同一基準을 설정할 이유가 없고 각지방마다 海況과 養殖物의 種類에 따른 施設基準을 설정함이 옳을 것이며 各道마다 海況과 기타 조건을 고려한 自主調整——현재의 道知事裁量의 폭은 너무나 적다——의 폭도 넓히는 것이 보다 친절하고 타당성있는 立法態度일 것이다.

또 하나는 養殖漁場의 立體的 使用을 가능하게 하는 免許制度를 구상하여야 할 것이다. 예컨대 미역·다시마는 함께 免許하는 것이 가능하나 굴·멍게 등은 同一免許로는 불가능하다. 立體的인 배합을 통한 多種類 同時養殖의 研究 자체도 현재로서는 미흡한 수준에 머무르고 있는 것이 사실이나 制度的으로 先導하여 水面의 綜合的 利用을 效率化하는 立體的 免許의 길을 터 주는 것이 좋을 것이다.

나. 定置漁業

定置漁業은 일정한 水面을 區劃하는 大敷網, 大謀網, 改良式大謀網, 落網, 角網, 八角網, 小臺網 또는 竹防簾漁具를 定置하여 採捕하는 漁業이다(8조 1항 2호). 즉 우리 나라의 定置漁業

은 定置漁具를 法定하여 이러한 漁具定置에 의한 漁業을 定置漁業이라고 하는 規定方式이다. 그런데 地先漁民의 協業의 대상이 될 수 있는 淺海定置를 共同漁業權의 내용으로 하는 방안에 타당성이 있다고 하면, 定置漁業에 水深概念을 도입하는 방식을 생각해 볼지하다. 즉 일정한 水深以淺이어서 많은 資本을 필요로 하지 않는 定置網漁業은 定置網의 種類 여하를 불구하고 第3種 共同漁業權의 대상으로 하여 地先漁民의 協業의 기반을 마련하도록 하고, 大規模이고 大資本을 요하는 일정한 水深 이상의 定置는 個人과 漁村契 또는 水協이 同一資格으로 競願하게 하여 優先順位 등의 條件審査에 의하여 免許를 결정하는 것이 바람직하다. 그러기 위하여는 일정한 水深以遠의 定置網漁業을 定置漁業으로 하고 一定 水深 以淺은 第3種 共同漁業으로 하도록 定置漁業의 規定方式을 고쳐야 할 것이다. 水深基準에 대하여는 地方의 特殊性을 考慮하여 경우에 따라서는 特例도 두고 또 網漁具의 資本所要의 程度 등을 分析・檢討後에 定하여야 할 것은 물론이다.

다. 共同漁業

共同漁業은 현재 第1種, 2種, 3種으로 세 가지로 나뉜다.

第1種 共同漁業은 일정한 水面을 專用하여 貝類, 海藻類 또는 水産廳長이 정하는 定着性水産動物——해삼·성게·문어·낙지·게·갯지렁이·우렁쉥이——을 採捕하는 漁業(8조 1항 4호)인데 漁場面積이나 生産高에 있어서 共同漁業 중의 대표적인 것이다.

第1種 共同漁業은 最干潮時의 平均水深이 10m(江原道, 慶尙北道 및 濟州島에서는 15m) 이내의 범위 안에서 免許하도록 되어 있다. 그런데 1976년 12월 현재의 漁村契實態調査報告(水

協中央會)에 의하면 15m까지 허용된 江原, 慶北, 濟州島를 제외하여도 全南, 慶南에 10m 以深에서 採捕할 수 있는 共同漁場이 각각 12개와 41개로 모두 53개나 된다.

이러한 水深限界는 地方的인 海況, 特殊性을 고려해서 정하여야 할 것이며 전국적이고 일률적이어야 할 필요가 없는 것이므로, 地方마다의 自主的인 調整 또는 道別基準의 적용이 필요하다고 생각된다.

第2種 共同漁業은 일정한 水面을 專用하여 地引網・地漕網・船引網・瀨引網・揮羅網・狹寄抄網 또는 들망을 사용하여 採捕하는 漁業(8조 1항 5호)인데 주로 慶南과 慶北 2개 道에 집중하고 全共同漁場 總面積의 1%에 미달이며, 그 生産量은 共同總生産量의 1.7%에 불과하다.

第2種 共同漁業은 魚類를 陸岸에 網漁具로 끌어올려 어획하는 것이 大原則인데, 海岸線(最高潮時의 陸地와 海面의 境界線)으로부터 500m 이내의 水面에 한하여 免許한다(施行令 11조).

원래 第2種 共同漁業에 運用漁法으로 광범한 거리의 海面을 曳網하는 따위의 漁業을 포함시키는 것은 漁業調整上 許可漁業과의 문제를 야기할 염려가 있으므로, 距岸距離가 긴 것은 바람직하지 않다. 다만 실제 操業可能水深은 水協調査에 의하면 500m 이내 水面에서 採捕可能한 것과 500m 이상에서 操業可能한 것이 반반으로 나타나 있는데, 距岸距離를 전국적으로 일률적으로 할 필요성은 없는 것으로 생각되므로, 이것 역시 地域別로 세분하여 실정에 맞도록 기준을 조정함이 타당하다.

第3種 共同漁業은 일정한 水面을 專用하여 定置漁業 및 第2種 共同漁業에서 사용하는 것 이외의 網漁具나 釣漁具, 기타 道知事가 정하는 漁具를 사용하여 採捕하는 漁業(8조 1항 6호)이

다. 第3種 共同漁業은 建網漁業이 전체의 83.1%를 차지하고 있다. 요컨대 第3種 共同漁業은 대체로 小型定置漁業으로서 共同漁業 總面積의 35.3%를, 共同漁業 總漁獲量의 27.5%를 차지하며, 全南이 種3種 總面積의 71.4%를 차지하고 있다(1976년 水協調査).

水産業法施行令은 第3種을 1,000m 이내의 水面에 한하여 免許하도록 하고 있으나, 水協調査에 의하면 실제의 採捕可能距離는 16.4%가 1,000m 이상의 水面에서 操業이 가능하다. 특히 全南 등 西海地區에서는 4,000m까지 操業可能한 곳이 있다. 그러므로 第2種의 경우와 같이 道別로 기준을 설정하여 그 한도에서 道知事의 地域別 自主調整을 許容하는 방식이 타당하다.

다만 定置漁業에서 논한 바와 같이 비교적 小資本으로 할 수 있는 현재의 定置漁業權 중의 低水深의 定置網漁業을 第3種으로 改編하는 것이 沿岸漁場整序의 한 방안이라고 할 때, 距岸距離에 있어서도 水深의 關係를 考慮하여 水深에 의한 定置漁業과의 分界點을 찾는 것이 妥當性이 있다고 할 것이다.

Ⅲ. 許可漁業의 反射的 利益과 事實상의 權利性的 문제

1. 序 說

漁業의 許可는 水産資源의 蕃殖保護 또는 漁業調整, 기타 公益上 필요에 의하여 과해진 相對的 禁止를 특정한 경우에 特定人에게 해제하여 자연의 자유를 회복하게 하는 行政行爲이며, 따라서 講學上의 許可인 것은 물론이다.

許可의 法效果는 法令에 의하여 賦課된 不作爲義務의 消滅, 즉 금지된 行爲에 관한 自由의

回復이므로 禁止되었던 漁業行爲에 관한 自由를 회복하는 데 그치고 原則적으로 第3者에 對抗할 수 있는 權利를 設定하는 效果를 가지고 있지 않다. 이 점이 權利를 賦與하는 漁業免許와 다르다.

허가를 받은 자가 사실상 獨占的인 利益을 얻는 경우가 있어도 그것은 一般的 禁止에 의한 反射的 利益에 불과하다. 예컨대 機船底引網漁業, 潛水器漁業 등의 許可는 보통 利權視되는 것이나 그것은 許可의 反射的 利益이고 權利의 設定이 아니다.

이와 같이 漁業許可는 그것에 의하여 事實상의 獨占的 利益을 얻는 수가 있어도 그것은 一般的 禁止에 의한 反射的 利益에 불과하고, 法에 의하여 保障되는 權利가 아니라고 하는 것이 定說인데, 이것을 인정하면서도 그러나 비록 法上的 權利는 아니라고 하여도 事實상의 權利性이 인정되어야 한다는 유력한 주장이 있다.

즉 漁業許可의 經濟的 本質은 自由競爭의 제한에 있으므로 漁業을 할 수 있는 資格이 超過利潤을 발생케 하는 것은 당연하며 그 漁業의 收益性이 높을수록 許可가 權利化하고 物權처럼 去來의 대상이 되는 것은 필연적이다. 현실적으로도 그것은 漁業金融의 擔保力을 가지며 債權保全의 유력한 수단으로 인정되어 있으므로, 비록 實定法上的 財產權은 아니지만 事實상의 財產權이라고 할 것이며, 漁業政策의 基本目標을 漁業經營의 안정에 두는 한 漁業許可의 權利性的인 인정은 바람직한 것이기도 하다는 주장이다.

이것은 통설인 反射的 利益說이 漁業許可를 警察許可(秩序許可)로 보고 水産資源의 保護, 漁業調整의 要請 등에 대한 豫防的 調整을 그 직접적인 목적으로 하며, 그 결과 特定人에게 獨占的 利益이 발생하였다고 하여도 그것은 反射的

이익에 불과하고 法上 保護되는 權利가 아니라 는 생각인데, 이에 대해 權利性을 인정하려는 後說은 漁業許可를 단순한 秩序許可(警察許可)가 아니고 國家가 經濟秩序 및 그 發展方向의 指示에 관해서 강력한 힘을 가지고 있는 法律的 表現으로서의 經濟統制의인 許可 즉 統制許可의 성격을 지니고 있고 따라서 그 이익은 단순히 반사적인 것이 아니고 國家의 經濟發展의 견지에서 보호되는 法的 利益인 면이 있다는 생각이다.

그런데 反射的 利益說은 許可目的인 水產資源의 保護, 漁業調整, 기타 公益上 目的 등의 개념이 현대에 와서 매우 강한 國家經濟的 개념으로 부상함에 따라서 거꾸로 강력한 國家統制의 理論的 근거를 제공하고 있는 반면, 權利性說은 統制許可의 究極的 目的이 個別的 利益의 전체적 타협 조정에 있다고 하여, 論理 必然的으로 財產權性, 財產權自由를 그 전제로 하고 있다. 다만 國家經濟이든 統制許可이든 그것이 經濟統制的 經濟法的 개념인 것이 틀림없으나, 權利性說이 그 保護目的을 個別的 利益을 전제로 함으로써 市民法(私法)의 色彩가 농후한데 반하여 權利性說은 보다 總體的인 입장에 강점을 둔다는 뜻에서 經濟法的 傾斜가 강하다고 할 수 있다.

漁業許可의 성격에 관한 또 하나의 고찰을 요하는 문제는 그것이 對人的 許可인가 對物的 許可인가 라는 점이다.

許可는 원래 特定人에 대한 相對的 禁止의 解除處分이므로 許可에 의한 自然의 自由의 회복은 被許可者에 특유한 것이고 許可의 效果를 他人에게 移轉시키고 또는 그 效果를 承繼할 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 許可의 審査基準을 어디에 두는가에 따라서는 비록 許可의 效果가 特定人에게 특유한 것이라고 해도 그것에 사실상의 移轉的 效果가 발생하고 또 그것을 인정하

는 것이 타당한 경우가 있다.

許可의 審査基準을 人的 事情에 두는 對人的 許可(예: 自動車運轉, 醫師, 藥師의 免許 등)는 그 效果가 一身專屬의이며 移轉性이 인정되지 않으므로, 그 讓渡는 無效이고 또 本人의 死亡에 의하여 許可의 效果는 당연히 消滅한다. 이에 반해 審査基準을 物的 事情에 두는 對物的 許可(예: 公衆沐浴場許可, 車輛檢査 등)는 物的 要件이 변하지 않는 한 平等의 原則에 의하여 移轉的 效果가 인정되어야 할 것이므로, 物的 設備의 相續 또는 讓渡에 의하여 承繼者는 名義人 變更의 申告는 필요할 것이나 원칙상 당연히(이에는 새로운 節次를 밟아야 한다는 異說이 있다) 許可의 效果를 承繼할 수 있다고 하는 것이 通說이다. 이때 物的 設備의 消滅은 許可의 效果를 소멸케 한다.

漁業許可를 對人的 許可로 볼 것인가, 對物的 許可로 볼 것인가의 문제는 漁業許可의 效果의 移轉性與否의 문제와 관련이 있다. 그리고 移轉性이 財產權自由의 市民法的 개념인 것은 두 말할 필요가 없다. 漁業許可의 對人的 許可說이 移轉性을 인정하지 않음으로써 反射的 利益說과 결부되는 것과 같이 對物的 許可說은 移轉性, 財產權自由를 인정함으로써 權利性說과 결부된다고 보아야 할 것이다. 다만 우리 나라의 漁業許可는 사람에 관해서는 水產法令違反 등의 缺格事由 등에 관한 消極的 判斷에 그치고 이에 해당하지 않을 경우에는 일정 要件을 갖춘 船舶 使用權을 要件으로 하고 許可받은 漁船·漁具의 買入, 讓受者에 대한 優先許可를 인정하고 있으므로 對物的 許可에 매우 근접해 있다고 할 수 있다.

이러나 저러나 漁業許可의 문제는 그 效果의 對人的 性格, 反射的 利益 위에 국가의 經濟統

制的 側面을 강화할 것인가, 權利性과 對物的 性格線上에서 財産權自由的 측면을 추구할 것인가, 反射的 利益의 權利化를 막고 資源의 有限性을 감안하여 個別經濟的 利益보다 國家經濟的 總資本의 健全에 설 것인가, 許可의 事實상의 權利性 認定 위에 안정된 經營追求를 위하여 個別經濟的 自由競爭의 調節에 전념할 것인가, 經濟法的 傾斜를 강화할 것인가, 市民法的 傾斜를 촉진할 것인가의 문제가 제기된다고 할 것이나, 생각컨대 漁業許可의 성격을 上記 유형의 兩者擇一의 문제로 고집하는 것은 生産的이라고 할 수 없다. 특히 200海里 時代를 맞아서 資源經濟的 측면의 浮上和 더불어 兩者的 성격이 互補적이며 不可分離的으로 서로 혼합될 수밖에 없는 현실적 상황하에서는 더욱 더 그러하다고 할 것이다.

여하간에 필자는 漁業許可에 있어서의 經濟法的 側面과 市民法的 側面은 서로 모순된 채 漁業許可의 本質을 구성하고 있다고 할 것이며, 許可漁業政策의 基本은 바로 漁業許可의 이 兩面的 性格을 어느 선에서 타협하고 조화된 것으로 만드는가에 있다고 생각하는 것이다.

이리하여 漁業免許制度가 市民法과 社會法的 矛盾 속에 있는 것과 대비해서 漁業許可制度는 經濟自由的 市民法과 經濟統制의 갈등 속에 있다고 할 것이며, 이러한 모순과 갈등의 인식 위에 許可制度는 免許制度와 더불어 보다 高次的 統一秩序에의 昇化가 가능하다고 할 것이다.

여기에 社會法과 經濟法은 서로 交錯하여 學者間에 그 구별에 관하여 異論이 없는 것이 아니라 社會法이란 生存權理念을 중심으로 하는 法體制이며, 經濟法은 一定段階에 있어서의 資本主義의 組織化를 그 理念으로 하는 法體制를 뜻하는 것으로 사용하였음을 부기하여 둔다.

2. 優先順位

水産廳 訓令「沿近海漁業에 관한 許可事務取扱要領」제20조는 漁業許可를 하여서는 아니될 경우를 列記하고 있으므로 이에 해당하지 않는 경우 申請이 있으면 許可하는 것이 원칙이다. 다만 漁業調整 또는 資源保護 등의 이유로 許可의 定限數를 정하고 있는 경우에 申請件數가 定限數를 초과하면 선택적으로 許可할 수밖에 없는데 그 기준이 바로 漁業許可의 優先順位이다.

優先順位는 許可漁業의 政策的 再編成의 軸이며 許可漁業制度의 핵심이라고 할 것인바, 水産廳 訓令「沿近海漁業에 관한 許可事務取扱要領」(1979.6.15 現在)은 그 제 5조 優先順位 등에서 이에 대하여 규정하고 있다.

漁業許可는 有效期間滿了와 더불어 그 效力을 상실하며 漁業權과 같은 延長制度가 없으나 현실적인 法運用은 漁業權에 못지 않게 또는 그것보다 더 강력하게 그 永續性, 權利性이 보장되어 있다고 할 것인바, 同要領 제 5조 등에 의하면 다음과 같다.

즉 定限數가 있는 漁業의 許可는 既存許可漁業의 경우와 定限數에 缺件이 있는 두 경우로 크게 나누어 생각할 수 있는데, 전자는 漁船의 許可를 받는 자가 그 漁船을 代替하기 위하여 그 漁業의 廢止申告와 同時에 同種漁業의 許可를 申請할 때 優先許可하는 代替許可(要領 5조 1항 1호), 漁業의 許可를 받은 자가 漁業許可期間이 滿了되어 同種漁業의 許可를 申請할 때 優先許可하는 再許可(5조 1항 2호), 許可받은 漁業의 漁船漁具를 買入 또는 讓受하여 既許可者의 漁業廢止申請書를 添附하여 同種漁業을 申請할 때 優先許可하는 承繼許可(5조 1항 3호)의 셋이 있다. 後者の 경우는 첫 順位가 申請한 漁業과

同種漁業에 經驗이 있는 者, 다음이 沿近海漁業 經驗者, 기타의 順序이다. 위에 의하여도 同 順位者가 있을 경우는 地域的인 與件 등을 감안, 合理的인 細部指針을 결정하여 順位를 決定하여 야 한다(要領 5 조 3 항).

天災地變 등 부득이 한 事由로 許可漁船을 滅失하고 許可期間이 滿了되어 再申請이 不可能한 경우 그 事由와 被害事實을 證明할 수 있는 書類를 添附하여 미리 申告하였을 때에는 漁船을 滅失한 날로부터 1年間(또는 政府의 造船計劃에 의하여 建造 또는 導入된 船舶의 實需要者로 確定된 者는 그 漁船의 建造 또는 導入이 完了될 때까지)(要領 17조2항) 代充許可를 猶豫할 수 있다(同조 1 항).

이상의 要령의 優先順位는 既許可漁業의 경우 代替許可, 代充許可의 猶豫, 再許可 등을 통해서 被許可者에게 許可의 利益을 半永久的으로 보장한 것이며, 또 許可받은 漁船, 漁具와 더불어 하는 承繼許可를 優先하여 漁業許可가 對物的 許可임을 명시하고 그 移轉性を 보장함으로써 그 財產權性を 결정적인 것으로 만들고 있다.

漁業許可의 財產權性·移轉性的의 보장은 漁業의 資本制的 發展에 도움이 될 것은 물론인데, 그것은 반면에 資本의 集中과 許可의 權利化를 초래하여 被許可者에게 그것이 漁業部門에 再投資된다는 보장이 없는 막대한 不勞所得을 가져다 주고 그 讓受人은 多額의 資本을 지불함으로써 漁業經營改善을 위한 裝備, 施設近代化, 合理化에의 投資를 곤란케 하는 난점이 있다.

요컨대 우리 나라의 漁業許可制度는 그 財產權性, 權利性的의 保障에만 급급하고 그것이 시급히 요청되는 許可漁業規模에 따른 經濟法的 또는 社會法的 整序의 契機로 昇化하지 못하고 있다고 할 것이다. 漁業許可制度에 있어서 균형잡

힌 多樣性を 유지하기 위하여는 無制約的인 權利性的의 認定 즉 市民法的 權利自由의 外延 속에 그 權利性에 安住하는 것만이 능사가 아니며, 오히려 예컨대 承繼許可는 不振漁業의 轉換, 經營規模의 安定化, 相續, 合併 등에 국한하여 그 權利性을 제약하고 對人的 許可方式에 보다 접근함으로써 經濟法的 또는 社會法的 整序의 契機를 잡는 방법도 생각해 볼직하다.

여기에 附記할 것은 漁業許可는 그 利權의 性格으로 인해 行政官廳의 獨自的 權限行使는 바람직 한 것이 아니며 公正性的의 喪失을 예방하기 위해서는 行政委員會의 性格을 가진 漁業調整委員會(假稱)를 新設하여 그 中立的 役割의 활용이 요청된다 할 것이다.

3. 기 타

漁業許可에 관한 制度的 整備의 문제는 緊要하면서도 그리 쉬운 것이 아니다. 그것은 水產資源에 대한 自然科學的 知識의 現在的 水準과도 밀접한 관련이 있는 경우가 많으며 資源의 變動性에 即應하여 고정적이 아닌 탄력적이며 유연한 制度的 裝置가 필요한 경우도 있음으로써 보다 深度있는 制度的 整備의 努力이 부단히 요구되기 때문이다.

定限數의 문제가 우리 나라에서는 自然科學的 資源經濟的인 문제의 側面이 거의 무시된 채 社會的 經營的 측면에서만 고려되는 현실적 상황이라든지 遠洋漁業에서의 轉換漁業을 위한 制度的 裝置가 매우 허술한 점, 漁業許可處分에 따른 制限條件(要領 8 조)이 資源變動의 多樣性으로 인하여 彈力性있는 장치를 마련하지 않는 한 거의 生産力의 桎梏으로 변할 가능성을 내포하고 있고, 결과적으로 不法漁撈의 原因을 제공하고 있는 점 등 許可漁業의 문제점은 허다하다.

그리고 이러한 문제 해결은 一刀兩斷의인 것이 될 수 없으며 그것이 크게는 市民法的 權利自由性和 經濟法的 總資本의 妥協調整線上에서 解決이 이루어져야 한다는 점을 주목하고자 할 따름이다.

IV. 結 語

漁業權漁業과 許可漁業은 모두 그것이 法律上

이건 事實上이건 財產權性을 지니고 있는 점에서 공통되고, 生存權的 要請에서 또는 統制經濟的 要請에서 不可避하게 이에 制約을 가하여야 하는바, 財產權自由와 이의 制約의 妥當한 調和의 線의 모색은 바로 兩漁業制度에 대한 時代的 制度的 요청이라고 할 수 있다.