creative commons

COMMONS DEED

**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

dCollection

[UCI]I804:24011-200000236565

2008년 8월
碩士學位 論文

# 文化財保護法의 改善方案에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

張 光 喆

# 文化財保護法의
# 改善方案에 관한 研究

A Study on the Remedy of
Cultural Properties Protection Law

2008년 8월 24일

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

張 光 喆

# 文化財保護法의
# 改善方案에 관한 研究

指導教授 김 춘 환

이 論文을 法學 碩士學位新晴 論文으로 提出함

2008년 4월

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

張 光 喆

# 張光喆의 碩士學位論文을 認准함

위원장 조선대학교 교수 _____

위　원 조선대학교 교수 _____

위　원 조선대학교 교수 _____

2008년 5월

朝鮮大學校 大學院

# 목 차

*ABSTRACT*

제1장 서론 ····· 1

제1절 연구의 목적 ····· 1

제2절 연구의 범위 및 방법 ····· 4

1. 연구범위 ····· 4

2. 연구방법 ····· 4

제2장 문화국가와 문화재보호 ····· 5

제1절 문화국가주의 ····· 5

1. 문화국가의 개념 ····· 5

가. 문화 ····· 5

나. 문화와 국가의 관계 ····· 7

다. 문화국가의 개념 ····· 9

2. 헌법의 기본원리로서 문화국가 ····· 11

3. 헌법상 문화국가의 과제와 문화재보호 ····· 13

제2절 문화재보호와 재산권의 법리 ····· 15

1. 문화재의 소유권 ····· 15

2. 문화재보호와 재산권제한 ····· 16

가. 헌법상 재산권의 근거 ····· 16

나. 재산권에 대한 공용침해와 손실보상 ····· 17

다. 수용적 침해와 손실보상 ····· 22

라. 손실보상과 손실보상청구권의 행사 ····· 24

제3절 외국의 문화재보호법 ····· 25

1. 일본 ····· 25
가. 문화재보호법제의 개관 ····· 25
나. 문화재의 유형과 보호체계 ····· 26
2. 미국 ····· 31
가. 문화재보호 입법의 연혁 ····· 31
나. 문화재보호에 관한 주요연방법 ····· 32
다. 주요 연방규칙 ····· 34
3. 독일 ····· 38
가. 문화재보호법제 개관 ····· 38
나. 문화재보호법 ····· 39
다. 문화재반환법 ····· 39
라. 각주의 기념물보호법 ····· 40

제3장 우리나라의 문화재보호법 ····· 43
제1절 문화재보호체계 ····· 43
1. 문화재보호체계의 변천 ····· 43
2. 현행 문화재보호법의 보호체계 ····· 47
가. 국가지정문화재의 보호체계 ····· 47
나. 시・도지정문화재의 보호체계 ····· 50
다. 매장문화재의 보호체계 ····· 53
라. 등록문화재의 보존과 보호체계 ····· 61
제2절 문화재보호법의 내용 ····· 63
1. 문화재보호법의 기본원리 ····· 63
가. '원형유지(현상불변)'의 원칙 ····· 64
나. '보존하면서 개발한다'의 원칙 ····· 64
다. '문화환경(경관)보호'의 원칙 ····· 66

2. 문화재보호법의 특색 ····· 66
가. 포괄적 법제 ····· 66
나. 중점보호주의 ····· 67
3. 문화재보호법의 구체적 내용 ····· 68
가. 현행문화재보호법의 유형별 분류 ····· 68
나. 국가지정문화재의 지정 및 해제 ····· 69
다. 국가지정문화재의 보존관리 ····· 72
라. 국토개발과 문화재보호 ····· 73
마. 중요무형문화재의 보호육성 ····· 74
바. 권한의 위임 ····· 75

제4장 현행 문화재보호법의 문제점과 개선방안 ····· 77
제1절 문화재 보존관리 ····· 77
1. 문화재 보존관리 ····· 77
가. 관리행정 ····· 78
나. 문화재 전담인력 ····· 80
2. 문화재수리 및 복원의 부실 ····· 82
제2절 유형별 문화재 ····· 83
1. 동산문화재의 효율적 관리 ····· 83
2. 매장문화재의 지표조사 및 발굴전문기관 ····· 85
3. 무형문화재 ····· 87
가. 무형문화제 보호제도의 특징 ····· 87
나. 보유자(보유단체)인정 ····· 88
다. 원형보존주의 ····· 88
제3절 문화재 공공제한과 재산권 ····· 89
1. 개발과 문화재보호 ····· 89

2. 재산권과 문화재보호 ····· 93
가. 매장문화재보호를 위한 행위제한으로 인한 재산권침해 ····· 93
나. 문화재보호구역지정으로 제한받는 토지의 평가 ····· 95
다. 문화재보호와 재산권 보장의 조화 ····· 96

제5장 결론 ····· 99

참고문헌 ····· 102

부록 ····· 106

<표 1-1> 현행 문화재보호법의 체계
<표 2-1> 일본의 문화재 분류
<표 3-1> 현행 문화재보호법상 문화재의 유형별 분류
<표 4-1> 발굴조사현황
<표 5-1> 개발행위허가현황
<표 6-1> 주요업무처리 평균소요시간 조사결과 : 광역자치단체
<표 6-2> 주요업무처리 평균소요시간 조사결과 : 기초자치단체
<표 6-3> 적정인력 및 적정기구의 추정(예) : 광역자치단체
<표 6-4> 적정인력 및 적정기구의 추정(예) : 기초자치단체

# *Abstract*

## *A Study on the Remedy of Cultural Properties Protection Law*

Jang Kwang-chul
Advisor : Prof. Kim Choon-Hwan Ph.D.
Department of Law,
Graduate School of Chosun University

As cultural properties can never be recovered once they are damaged and are shared by human race, we need legal and institutional measures to protect cultural properties for any possibility of prior protection. And it is very urgent to reorganize correct legal norms for guaranty of the rights of the people who enjoy them.

Cultural heritage is a mental resort that should not be considered as just simple historic remains, and an educational field for history and traditional culture. Furthermore, it should be preserved and used for a common sympathy that encourages strong bond among all the people. Of various laws that specify it, the basic law on protection, management and use of cultural properties is the Cultural Properties Protection Law. This law regulates specific contents on preservation and use of cultural properties under the legislative purpose to succeed national cultures, improve national culture and promote human cultures. The Cultural Properties Protection Law was enacted in 1962, and about 20 years have passed since it was revised in 1982. It had several partial revisions and as of 2007 it had full revision. As mentioned above, for succession, development and promotion of traditional and national culture, the importance of the cultural properties administration on preservation, management and

excavation has been highlighted.

This study outlines the legal system of cultural properties, examines referred authorities of the Cultural Properties Administration and local governments in respect to the administration, and considers the followings: lack of professional research institutes on repair and rehabilitation, demand on joint management programs and integrated management plans involved in cultural properties, conflicts between development of national properties and protection of cultural properties, and infringement against property right of public restriction.

Based on the results, this study presents the following suggestions:

First, extra organizations to manage and study cultural properties should be established. Second, contribution and referral management of movable properties should be considered actively so that the people's desire to enjoy the properties may be satisfied and the damages may be lessened through integrated management.

Third, index and excavation research institutes of buried cultural properties should be expanded. Fourth, in respect to designation and transmission of intangible cultural properties, national bibliography and historic academic data should be studied for organized preservation of them and the basic frame to preserve their prototypes as they were should be found for use as education data. Finally, fifth, it is suggested that for balanced development of national territory and buried cultural properties, excavation expenses should be partially paid by the governments and for the land designated as a preservation zone, the government accepts the purchase claim right.

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 목적

인간은 태어날 때부터 문화의 지배를 받는다. 즉 문화의 주된 요소인 전통·언어·태도·신념·가치·비언어적 관습 그리고 사고방식 등은 본인의 의사와는 관계없이 개인의 사회적 활동에 큰 영향을 끼친다. 따라서 각자가 전승 받은 문화적 배경에 따라서 커뮤니케이션하는 존재가 되기 때문에 인간은 의식적이든 무의식적이든 간에 문화적 전달자가 된다. 이러한 일련의 활동들이 시대를 거듭하면서 역사라는 사실을 만들고 그의 부산물로 전통문화와 문화재를 창출하게 되었다.

전통문화와 문화재는 일반적으로 민족예지의 총합체이며, 민족문화를 상징하는 전통적 재산으로 각국의 자주성 확립과 단결의 상징으로써 큰 역할을 한다고 말할 수 있다. 이는 역사성·예술성·학술성·경관성 등의 정신적 가치를 가진 민족 단위의 공동체적 산물로서 한 민족의 정체성을 표현한다고 볼 수 있으며 문화재는 인류의 가장 보편적인 자산으로서의 성격을 가지고 있어 인류생활을 이해할 수 있는 중요한 문화적 자산으로 이해되고 있다. 따라서 문화재보호는 한 국가, 한 민족의 책무에 머무르는 것이 아닌 전 인류의 공동책무이기도 하다.

그렇기 때문에 문화유산을 올바르게 계승·발전시키는 인류의 공동재산으로서의 문화재를 훼손·멸실로부터 보호하는 문제는 오늘날 환경문제와 더불어 인간의 존엄과 가치의 구현을 위한 구체적인 과제로 인식되고 있다. 인류의 공유재산이며 보존공물로서 문화재에 대한 적극적인 보호가 전 인류의 의무임과 동시에 문화적 생존권·향유권을 다짐하는 국가적·개인적 권리 및 이익으로서의 인식되는 것도 이와 같은 이유에서라 하겠다.

21세기 세계경제가 창의적 문화기반경제로 패러다임이 대전환되는 상황에서는 세계 선진국들과의 경쟁에 적극 대처하기 위해 범국가적 차원에서 국가의 창의력을 제고시키기 위한 다각적인 노력이 필요하다. 이 같은 국가차원의 창의력 제고 노력을 '문화의 산업화'라고 할 수 있다. '문화의 산업화'는 문화예술, 문화유산 등이 문화산업과 서로 분리되어 있는 것이 아니라 문화의 산업화라는 커다란 틀 속

에서 역동적이고 유기적인 순환관계를 통해 상생해 나가는 것을 의미한다. 즉, 문화예술, 문화유산 등이 시장과 유기적 순환관계를 형성하고 이러한 순환관계에 의해 사회적·경제적 효과를 획득하고 더 나아가 문화가 국가발전의 미래 성장 동력으로 작용하게 되는 것을 의미하는 것으로 해석할 수 있다.

역사적 가치가 있고 이를 보존·보호해서 현재와 미래의 국민이 이를 향유할 필요가 있으면 국가는 당연히 이를 보존하고 보호해야 한다. 이러한 것은 국가의 정체성을 유지하는 것에서도 필요하며 이러한 인류의 유산을 향유하면서 각자의 행복을 추구하는 데에도 필요하다. 문화국가의 지향은 우리 헌법의 기본이념으로 문화유산의 보존과 보호는 현재의 국민이 이를 향유하고 미래의 국민도 이를 전승받아 향유하여야 하므로 국가가 존재하는 이상 이러한 것은 국가가 수행해야할 의무이다.[1] 그리고 문화유산에 대한 국내외적인 환경이 변하고, 문화유산에 대한 시대적 가치가 다르게 되는 경우에는 이에 적합한 문화유산에 관한 정책을 추진하는 것은 국가의 책무라 보며, 이를 합리적으로 수행하고 제때에 수행하기 위해서는 제도적 인프라를 정비할 필요가 있다. 경제발전과 국가의 대외적 위상의 증대, 소득수준의 향상에 따른 문화적 욕구와 여가의 증대 등 근래에 문화유산과 관련한 분야에서도 지속적인 여건 변화가 이루어지고 있음은 주지의 사실이다.

이러한 문화유산에 대한 국민의 관심 증대와 시민단체의 역할 강화, 국민 내지 인류의 공동 유산으로서 문화재 인식 제고, 문화국가 이념의 강화 등 문화재행정을 둘러싼 환경변화에 부응하고, 지방자치시대에 걸맞은 법적 체제의 정비가 필요하다할 것이다. 특히 문화재 자원의 보존과 활용·발굴, 다양한 유형의 문화재의 보호, 훼손 문화재의 보수·복구 및 문화재 경관 등에 관한 현행 법적·정책적 장치는 이러한 문화재에 대한 사회적·시대적 요청을 충족하지 못하고 있는 실정이다. 인류문화시대의 도래는 문화유산을 공동으로 보존·관리하고 이를 인류의 재산으로 승화시켜 개방·교류할 것을 요구하고 있다. 개별 국가 차원의 노력이 아니라 국제협약을 통한 국제적 협력이 요청되고 있다.

문화재는 한번 훼손되면 다시는 회복할 수 없고 진정한 가치는 인류공동의 문화유산이기 때문에 사전보호의 모든 가능성을 위하여 문화유산의 보호를 위한 법·제도적 대책과 연구가 필요한 것은 당연하다 할 것이며 문화재를 향유하는 국민의

---

1) 김춘환, “문화재보호법에 있어서 문화재보호”, 한국토지공법학회, 토지공법연구 제38집, 2007, 474면.

권리보장에 대한 올바른 법규범도 함께 재정립해야 할 시급한 과제이다.

문화재는 단순한 역사적 유물로만 보존하는 것에 만족하지 아니하고 정신적 휴식처로서, 역사와 전통문화에 대한 교육장으로서, 나아가 전 인류의 공동 유대감을 높이는 인류문화의 공감대로서 보존·활용될 필요성이 대두되고 있는 것이다. 이를 구체화하고 있는 다양한 법률 중에서 문화재의 보호와 관리 및 활용에 관한 기본법이 문화재보호법이다. 문화재보호법은 민족문화의 계승 국민문화의 향상 인류문화의 발전을 도모한다는 입법목적아래 문화재의 보존과 활용에 관한 구체적 사항을 규정하고 있다.

문화재보호법은 1962년에 제정, 1982년에 전문개정이 된지 20여년이 지났고 수차례 부분개정과 최근 2007년에 이르러 전부개정을 하였다. 전술한바와 같이 유구한 역사의 산물인 전통문화와 민족문화의 계승과 발전 및 창달에 있어 보존과 관리 및 발굴에 관한 문화재행정의 중요성이 대두되고 있다.

본 논문에서는 문화재보호법의 법적체계를 개괄하면서 문화재 관리행정에 있어 총괄청인 문화재청과 관리청인 지방자치단체의 권한위임에 관한 사항을 살펴보고, 문화재의 수리·복원에 관한 전문연구기관의 부족 및 공영화 방안과 문화재향유와 관련하여 통합적 관리방안, 국토개발과 문화재보호의 상충되는 문제와 공공제한의 재산권 침해문제를 살펴보고, 이에 관하여 문제점을 도출하고 그 대안을 제시하고자 한다.

## 제2절 연구의 범위 및 방법

### 1. 연구범위

문화재보호법은 국가지정문화재의 지정 및 관리보호, 시·도지정문화재의 지정 및 관리보호, 매장문화재의 발견 시 신고의무와 발굴의 제한, 등록문화재의 등록, 벌칙 등으로 구성되어 있으며 구체적 사안에 관하여 자연공원법, 국토의계획및이용에관한법률, 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 등을 준용하고 있다.

본고에서는 문화재보호법을 중심으로 보존관리 행정의 실태에 있어서 현행 법체계의 행정주체별에 관하여 국가지정문화재와 시 · 도지정문화재, 형제별에 관한 매장문화재, 의사적 요건별에 의한 등록문화재를 나누어 분석하여 고찰하고 또한 주요 외국의 문화재보호법제와 우리 법제의 비교분석이다. 이는 현행 문화재보호법이 직접적인 영향을 받은 일본의 문화재보호법제, 독일 및 미국의 문화재 관련 법제도를 분석하고, 각국의 제도 특징과 우리법제에의 시사점을 살핀다.

문화재보호법의 개선방안에 관한 연구는 위의 분석 및 검토를 토대로 하고 현행 문화재보호법의 주요 쟁점 중 문화재 관리행정, 문화재 수리·복원에 관한 전문연구기관의 부족, 동산문화재의 문화재향유, 개발의 제한·문화재지정에 대한 재산권의 침해에 대하여 법령간의 적용범위와 법적 수단의 조화 문제 등을 연구범위로 한다.

### 2. 연구방법

우리나라 현행 문화재보호법의 현황과 문제점을 면밀히 파악하여 현행 문화재보호법의 체계를 분석하고 문제점에 대한 개선방안과 보다 나은 문화재보호의 실현방안을 위한 대안을 토출해 내기위해 국내외 문화재보호법관련 문헌을 중심으로 비교법적으로 연구한다. 또한 정부유관부처(문화체육관광부, 문화재청, 법제처, 통계청 등), 문화재관련기관·단체 등을 최대한 활용하녀 '문화', '문화재', '문화재보호법'을 중심으로 과거와 현재의 우리나라 문화재 전반에 관한 자료와 현황을 최대한 수집·파악한다.

# 제2장 문화국가와 문화재보호

## 제1절 문화국가주의

### 1. 문화국가의 개념

문화의 창조자로서의 인간이라는 면을 고려한다면 문화국가의 관념은 아주 오래 전까지 거슬러 올라갈 수 있지만, 문화와 국가가 문화국가(Kulturstaat)라는 말로 처음 연결된 것은 19세기 초 독일의 피히테(J. G. Fichte)에 의해서 라고 알려지고 있다.[2] 헌법학에서도 문화국가가 우리 헌법의 기본원리라는 사실에는 이견이 없음에도 불구하고 이에 대한 진지한 논의는 이루어지지 못하고 있다. 이유는 여러 가지가 있겠지만, 문화국가의 개념의 정립에 있어서 전제가 되는 '문화'자체가 매우 다양하고 포괄적일 의미를 가지고 있다는 점도 하나의 원인이 된다고 생각된다. 이하에서 '문화재보호'를 포용하는 문화국가의 개념을 살피기 위해 우선, 어떠한 문화개념으로부터 그리고 문화와 국가의 관계는 어떠해야 하는가라는 선결문제에 대한 고찰에서부터 출발하지 않을 수 없다.[3]

#### 가. 문화

앞에서 살펴본 바와 같이 문화개념은 관점에 따라 무척이나 다양하고 포괄적으로 사용되고 있다. 문화라는 말은 어원상 라틴어의 cultus 또는 cultura에서 유래하는 것으로 경작, 가공, 교육 등의 뜻을 가지고 있다. 즉 토지의 경작(cultura agri)처럼 자연 그 자체가 아니라 자연을 가꾸고 가공한다는 뜻을 내포하고 있다. 문화의 개념은 자연만이 아니라 인간의 정신과 영혼을 돌보고 가꾼다는 의미로 발전하

---

2) 최종고, "문화국가와 문화재보호-비교법 및 국제법적 고찰", 문화재관리국, 문화재23호, 1990, 3면.

3) 이러한 문제의식에 대해서는 Werner Maihofer, "Kulturelle Aufgaben des modernen Staates" in : Ernst Benda · Werner Maihofer · Hans-Jochen Vogel(hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Walter de Gruyter · Berlin · New York, 1983, S.956ff. 참조.

여 문화인류학의 영역에서는 '인간의 생활양식의 전체'를 나타내는 문화 그 자체를 연구의 대상으로 하고 있다. 또한 철학, 역사학, 사회학 등의 타학문분야에 있어서도 인간과 문화, 혹은 권력과 문화라고 하는 것과 같이 문화는 다양한 인간의 제 활동을 연구대상으로 하고 있다. 그리고 법학의 영역에서도 법철학이나 법사회학에 있어서는 문화와의 관련에 있어서 법, 즉 문화개념에 포함되는 사회현상으로서의 법이 논의되고 있다. 이러한 넓은 의미의 문화개념에 입각한 문화국가의 추구는 국가발전의 지표로 삼을 수는 있지만, 구체적으로 국가작용의 하나로서의 문화에 대한 국가의 역할과 관련하여 문화국가를 논의한다면, 법이 관심을 갖고 보호・육성・진흥・전승하려는 문화개념을 위해서는 범위의 한정이 필요하다.[4)]

1983년의 독일국법학자대회에서 U. Steiner는 과의(사회학적 정의)와 협의(법학적 정의)로 문화개념을 정의한 바 있다. 즉 협의로는 "국가에 대하여 특별한 관계에 있는 인간의 정신적・창조적 활동의 영역(교육, 학문, 예술, 종교 등)에 대한 합의 및 집합개념"으로 보고, 광의로는 "사회내부에서 전형적인 생활양식(Lebensform), 가치관념, 행위방식의 총체"로 정의를 내리고 있다.[5)]

U. Steiner의 협의의 전통적인 문화영역을 바탕으로 하면서, 문화의 기능을 "공동체의 관념적 재생산"으로 보고 문화에 세계해석, 의미형성, 가치정당화, 가치전승, 가치비판과 그것들의 상징적 표현을 포함시키는 Dieter Grimm의 입장[6)]을 받아들여 전통적으로 문화영역에 속했던 생활영역 이외에도 사회의 관념적 재생산이라는 기능을 수행하는 영역도 문화국가의 대상으로서의 문화영역에 포함시킬 것을 주장한바 있다.[7)] 이렇게 이해할 때 우리는 그밖에 문화재보호를 비롯하여 방송, 신문, 저작권, 스포츠, 청소년보호 등을 문화영역으로 파악할 수 있게 되며, 대항문화, 하위문화 등도 배척의 대상이 아닌 문화영역의 대상으로서 고려할 수 있게 된다.

이처럼 문화국가의 대상으로서의 문화를 광의 또는 협의를 파악할 수 있지만, 문화를 광의로 보나 협의로 보나 문화는 인간에게 특징적인 하나의 징표로서 인류

---

4) 김수갑, "한국 헌법에서의 문화국가 조항의 법적 성격과 의의", 한국공법학회, 공법연구 제32집, 2004, 182면.

5) Udo Steiner, "Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen", VVDStRL 42(1984), S8-9 및 42(Letsätze).

6) Dieter Grimm, "Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen", in VVDStRL 42, 1984, S60.

7) 김수갑, "헌법상 문화국가원리에 관한 연구", 고려대학교 박사학위논문, 1993, 7면.

에게 없어서는 안 될 '삶의 조건'이란 점에서는 차이가 없고, 문화국가의 궁극적인 달성목표인가 현실에 있어서의 실천과제인가라는 관점에서의 범위의 차이가 존재할 뿐이다. 따라서 문화국가논의에 있어서는 광·협의의 문화개념은 서로 별개의 것으로 존재할 수 없으며 서로 밀접한 상호작용을 하고 있다는 점을 인정하지 않을 수 없다.[8)]

## 나. 문화와 국가의 관계

문화국가관념의 기원은 더욱 거슬러 올라갈 수 있지만, 앞에서 전술한 바와 같이 문화와 국가를 개념적으로 결합시켜 문화국가(Kulturstaat)라는 용어를 만들어 낸 것은 19세기 초 독일의 Fichte로 알려지고 있다.

국가와 문화는 역사적으로 그 이전부터 밀접한 관계가 있었으며 대체로 3단계의 과정을 거치면서 발전하여 온 것으로 파악될 수 있다.[9)] 첫 번째 단계는 문화가 철저히 지배체계에 봉사하는 수단적 존재로 기능했던 근대 이전의 시기이다. 이 시기는 사회의 기능미분화로 특징지워지는데, 예를 들어 예술은 그 자체 존재의미를 갖고 문화적 기준에 따라 평가되었던 것은 아니고, 신의 찬미(Verherrlichung), 군주 혹은 교회권력의 묘사, 국민의 교화(Erbauung) 및 궁정사회의 즐거움과 오락을 위해 봉사하였다. 두 번째 단계는 시민계급의 성장과 프랑스대혁명을 계기로 문화가 국가로부터 자율성과 독자성을 획득한 시기이다. 즉, 자유적인 시장경제질서의 성립, 시민계급의 태동, 그리고 개인의 자유의 철학적 확립이라는 배경 속에서 문화의 개별영역들은 자율성을 획득해가면서 자신의 고유한 영역인 정신적, 미적 의미들을 발전시켜 나갔던 것이다. 문화의 자율성획득으로 문화의 독자적인 의의가 밝혀졌고, 이런 바탕 위에서 문화국가논의는 의미를 가질 수 있게 된 것이다. 세 번째 단계는 문화의 자율성의 바탕 위에서 문화적 불평등의 문제해결이 국가적 과제로 등장한 현대이다. 문화의 자율성획득으로 개인은 정치, 경제 분야와 더불어 문화적 영역의 자유를 누리게 되었지만, 시장경제구조의 발달은 문화영역도 상당한 정도 시장법칙에 따르지 않을 수 없데 만듦으로써, 문화활동의 자유가 시장의

---

8) 문화재청, "한국 문화재보호법의 발전과정과 정비방향", 문화재청, 연구보고서, 2002, 28면.

9) 전광석, "헌법과 문화", 한국공법학회, 공법연구 제18집, 1990, 161면 이하.

수요를 충족하지 못하면 실질적인 문화활동의 가능성을 누리지 못하게 되는 결과를 가져오고 상업성 있는 문화는 확대재생산으로 양산되게 되고 그 다양한 결과로 획일화현상을 동반하였다. 이와 같은 현상은 전통문화와 건전문화 보다 금전만능으로 인한 향락, 퇴폐문화의 번창에 일조 했다고 할 수 있다. 그리고 일반국민의 입장에서 보면 문화를 향유하기 위한 문화에의 접근가능성은 높은 비용을 요구하기 때문에 실질적인 의미에서 문화적 불평등을 야기하게 되어 '문화는 돈 많은 사람들의 여유다'라는 불평이 나오게 된다. 이로 인하여 국가가 자율성을 원칙적으로 존중하면서도 국민들의 폭넓은 문화생활에의 향유권을 적극적으로 보장하고 올바른 문화이념의 정립에 노력할 필요성이 존재하는데 바로 여기에서 현대적 의미에서의 문화와 국가의 상호의존성의 의미를 발견할 수 있다.

D. Grimm은 미국, 프랑스, 독일에 대한 역사적 고찰을 통해서 문화와 국가 간에 발생한 새로운 관계를 네 가지로 정리하고 있다.[10] 이는 문화에 대한 국가의 태도에 따른 문화국가의 유형분류로서의 의의도 아울러 가지고 있으며, 문화와 국가와의 바람직한 관계모델을 제시해 주고 있다. 다시 말하면 그는 1) 문화에 대하여 국가가 전혀 개입하지 않는 이원주의적 모델(dyalistisches Modell), 2) 문화적 국가목적과는 다른 국가목적을 위하여 국가가 문화육성을 목적으로 하는 공리주의적 모델(utilitaristiches Modell), 3) 문화적 목적자체를 위한 국가의 문화육성을 목적으로 하는 문화국가적 모델(kulturstaatliches Modell), 4) 정치적 기준에 따른 문화에 대한 국가의 조종으로 나타나는 지도적 모델(dirigistisches Modell)로 나누고 있다. Grimm은 이원주의적 모델의 예로 초기의 미국을, 공리주의적 모델의 예로 계몽절대주의를, 문화국가적 모델의 예로 프로이센의 개혁시대를, 지도적 모델의 예로 나찌 시대를 들고 있다. 국가가 문화영역에 전혀 관여하지 않는 극단의 자유방임적 분리모델을 Huber가 적절히 지적하는 바와 같이[11], 문화의 사회적 독점현상이라는 간과할 수 없는 부작용을 가져올 수 있기 때문에 문화와 국가의 완전한 분리란 있을 수 없으며 상호의존성을 갖는다는 점은 부인할 수 없다. 다만, 국가와 문화가 상호의존성을 가진다는 것을 전제한다 하더라도 어떠한 형태의 상호의존성

10) 김수갑, 헌법상 문화국가에 관한 연구, 44면.

11) E. R. Huber, Zur Problematik des Kulturstaats, J. C. B. Mohr, 1958. jetzt in: P. Häberle(Hrsg.), Kurturstaatlichkrit und Kurturverfassunsrcht, Darmstadt, 1982, S. 144.

인가와 관련해서는 좀 더 자세한 고찰을 요한다. 문화자체의 목적이외에 다른 목적을 위하여 문화육성을 하는 공리주의적 모델이나 정치적 기준에 따라서 문화를 조종하는 지도적 모델 등은 문화의 수단화, 도구화현상을 동반하기 때문에 인간의 개성존중과 다원화사회를 전제하는 현대 민주주의국가에서는 바람직한 모델이 될 수 없다. 이렇게 볼 때 문화적 목적자체를 위한 국가의 문화육성을 목적으로 하는 문화국가적 모델이 가장 바람직한 모델이라 볼 수 있다. 다만, 프로이센의 문화국가관념이 위기 시에 민족주의와 결부하여 배타적인 성격을 띠게 되어 훗날 보수주의적, 권력주의적, 반자유주의적, 반계몽주의적인 국가이데올로기에도 영향을 주었던 점을 고려할 때, 우리가 추구해야하는 문화와 국가와의 모델은 형식상으로는 문화국가적 모델에 관련되지만 실질적으로는 문화에 대한 국가의 관여도 민주주의, 법치국가의 기반 위에서 문화에 봉사하는 목적을 가지고 이루어져야 한다.

### 다. 문화국가의 개념

이상의 문화와 국가에 대한 논의를 통하여 대체적인 문화국가의 윤곽이 들어나고 있다. 문화국가란 용어를 최초로 개념화한 Fichte는 세계사와 국가의 발전을 다섯 단계로 나누어 본능지배의 국가, 권위확립의 국가, 가치해소의 국가, 진리와 자유지향의 국가, 그리고 이성지배의 국가의 단계로 파악하였다.[12] 여기서 마지막의 이성지배의 국가단계를 문화국가로 불렀다. 국가의 최종목적은 '자유를 지향하는 문화'에 있으며, 모든 사람의 문화활동을 전체적으로 고양시켜 나가야 한다고 하였다.[13] 그 밖에 Bluntschili는 역사철학적 구성의 틀 속에서 사용되던 문화국가를 법적 개념으로 수용하였으나, 문화국가는 공산주의와 조화될 수 없고, 예수회도 문화국가에서 배제된다고 주장하여 문화국가를 투쟁적인 개념으로 사용 하였고 Gumplowicz는 문화국가를 4개의 기준에 따라 '그 시대의 최고 위치에 서 있는 국가들'의 '공통적으로 본질적인 것'으로 파악하고 문화국가에 있어서 행정의 합법률성을 강조 하였다. 또한 Treitschke는 문화국가 속에서 예술진흥의 계기를 파악하는 등 고전적이며 심미적 성격의 문화국가관을 보이고 있고, Radbruch는 상대주의

12) J. G. Fichte, Werke: Auswahl in sechs Bänden, Leipzig, Bd. Ⅳ, 1908, S. 412.
13) 김수갑, 헌법상 문화국가에 관한 연구, 40면.

적 가치철학에 입각하여 인간이 선택·결정할 수 있는 가치관에 따라 개인주의적 자유국가, 단체주의적 전체국가, 문화주의적 문화국가의 성립의 가능성을 주장하는 등 이들에게서도 문화국가의 개념정의의 싹을 볼 수 있지만,[14] 조금 더 새로운 학문적 논의는 오늘날까지 Huber의 문화국가개념으로부터 현저하게 영향을 받았다는 점은 일반적으로 인정되고 있다.

Huber는 문화와 국가의 상호관계를 중심으로 문화국가개념의 의미를 다섯 가지로 나누어 분석하고 있는데, 그는 이러한 분석을 통하여 문화국가의 여러 문제를 폭넓게 언급하고 있다. 즉, Huber는 문화를 자율적인 인격도야재(교양재)로 이해하고 문화국가라는 개념 속에 전제된 문화의 자율성은 어떻게 보장될 수 있고 문화와 국가의 통일적 존재는 획득될 수 있는가 라는 문제를 제기하고 있다. 이러한 바탕 위에서 문화국가의 의미를 1) 문화의 국가적(국가로부터의 자유) 자유, 2) 문화에 대한 국가의 기여, 3) 국가의 문화형성력, 4) 문화의 국가형성력 5) 문화형상(문화적 산물)으로서의 국가로 고찰하고 있다.[15]

그가 문화국가개념의 분석을 위하여 주장한 다섯 가지의 요소는 한국에서의 문화국가개념의 정립을 위해서 비판적으로 수용할 필요가 있다고 본다. 자율적인 문화를 정당한 국가형성력으로서 승인하는 것은 오늘날 일반적으로 서구 자유주의적 국가개념의 기초라고 볼 때, 우리나라에서의 문화국가논의도 '문화의 자율성'과 '문화형성력' 또는 '문화고권'의 문제가 어떻게 잘 조화하느냐가 관건이라고 하겠다.

'문화국가란 자신을 문화로 인식하고 실현하는 국가이며, 문화가 자신을 국가로 의식하고 실현하는 국가'라는 Huber의 문화형상으로서의 문화국가상은 확실히 이상적인 형태라고 하겠다. 하지만 변증법을 사용하여 국가의 문화지배, 문화의 국가지배를 도출하는 Huber의 견해는 국가와 문화의 깊은 관련성을 근거지우고 국가도 결국 문화의 산물이라는 것을 강조한 점에서는 긍정될 수 있다. 그러나 국가와 문화를 변증법적 통일체로 놓고서 문화의 충족 없는 국가는 있을 수 없고 국가 없이는 문화도 불가능하다는 결론은 나치시대의 어용이론으로 남용된 예라고 볼 수 있다.[16] 이렇게 볼 때 국가의 문화형성력은 헌법적 테두리 내에서 정당성을 부여

---

14) 문화재청, 앞의 논문, 32면.

15) 김수갑, 헌법상 문화국가에 관한 연구, 48면 이하 참조.

16) M. -E. Geis, a.a.O., S.213f.

받아야 하고 아울러 헌법의 구속 하에 놓이지 않으면 안 된다.

우리가 앞에서 살펴본 문화의 개념과 문화와 국가와의 관계에 대한 고찰을 바탕으로 현실적으로 국가의 문화적 과제를 수행할 문화국가는 '문화의 자율성보장을 핵심으로 하면서 문화영역에 있어서는 건전한 문화육성에 책임과 의무를 다하는 국가'라고 일단 정의할 수 있겠다.[17] 물론 이러한 정의에는 앞에서 살펴본 모든 문제점들을 모두 수용할 수 있는지는 의문이지만 논의의 지침으로 삼을 수는 있다고 생각한다.

## *2.* 헌법의 기본원리로서 문화국가

우리 헌법은 문화민족의 이념을 실현하기 위하여 문화국가원리를 채택해서 이를 제도화하고 있다. 즉, 현행헌법의 제9조 "국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다."는 국가목적조항을 규정하고 있다. 이 규정의 취지는 일단 국가의 문화육성의무를 강조하여 문화에 대한 인식을 국가적인 과제로 선언한 것이라고 할 수 있다. 국가목적규정은 국가 활동이 지향하여야 하는 원칙 내지 방향을 정해주거나 명령·지시 등을 통해서 국가기관에게 특정한 임무를 부여하는 헌법규정으로서 국가권력을 구속하는 중요한 성질을 갖는다. 그리고 우리헌법에 있어서 국가적 과제와 국가적 길서형성에 관한 지도이념이 집약적으로 나타나 있는 헌법 전문에서의 문화관련언급은 제9조의 국가목적규정과 더불어 문화국가원리를 우리헌법의 기본원리로 파악할 수 있는 근거가 된다. 즉 전문에서의 "유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한민국은"이라는 표현은 민족의 동질성과 주체성을 확립하고 사회적 통합을 이루려는 문화국가이념의 표현이라고 할 수 있으며, "정치·경제·사회·문화의 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고…."의 표현도 제 11조의 평등권조항과 함께 정치·경제·사회면 못지않게 문화면에서의 평등을 강조하고 있다.[18] 그 밖에 대통령 취임선서규정에서 "…민족문화의 창달에 노력하여…"라는 규정도 국가목적규정과 관련된 문화조항이다. 즉, 국가목적규정의 일차적인 수범자인 국가기관 중에서도 국가의 최고집행권자에게 문화국가이념의

17) 김수갑, 헌법상 문화국가에 관한 연구, 152면.

18) 문화재청, 앞의 논문, 35면.

성실한 실현의무를 지우고 있는 것이다. 또한 우리헌법은 공법 및 행정의 대상으로서의 문화의 중심적 영역인 학문(제22조), 예술(제22조), 교육(제31조), 종교(제20조)등의 소위 문화적 기본권을 널리 보장하고 있다. 이러한 문화적 기본권은 개개인의 주관적 공권인 동시에 이러한 문화영역에서의 활동을 자율적 생활영역으로 보호하고 장려한다는 의미에서 객관적 가치질서로서의 성격도 아울러 가지는 것으로 중요한 문화조항이 될 것이다. 그 밖에 환경권의 권리성과 의무성을 동시에 강조한 제35조 제1항 및 제2항, 전대적인 연좌제를 폐지한 제13조 제3항, 혼인·가족제도를 보장한 제36조 제1항 등 문화국가주의를 지향하는 것으로 드는 견해도 있다.[19]

문화국가원리는 문화국가조항이 없더라도 헌법의 기타 문화관련조항과 헌법내재적인 국가과제로도 인정될 수 있는 원리이나, 헌법에 문화국가조항을 명시함으로써 전통적인 국가의 과제영역인 정치·경제·사회에 결코 뒤지지 않는 과제를 발생시키는 임무영역을 명확히 하게 될 것이라는 점에서 긍정적인 평가를 내릴 수 있을 것이다. 또한 헌법 가운데 문화국가원리를 실정화한다면 그것은 우리나라가 국가의 진력을 요구하는 분야로서 인간생존의 불가결의 조건이라는 의미에서의 정신적 영역의 보호·육성을 법과 질서의 유지와 사회복지의 유지와 같은 수준의 중요한 것으로 보고 있다고 하는 것을 나타내는 것이 될 것이다.

결론적으로 우리 헌법은 우리 민족의 전통문화를 계승·발전시키고 민족문화의 창달을 통한 문화국가를 지향하면서도 인류역사의 문화적인 흐름을 존중함으로써 국제사회에서 문화적인 고아가 되지 않도록 노력하는 개방적이고 미래지향적인 전통문화국가의 건설을 위한 여러 제도를 마련하고 있다고 할 것이다. 우리 헌법재판소가 동성동본금혼규정에 대한 헌법불합치결정에서 '헌법 제8조에 따라 계승·발전시켜야 할 전통문화는 이 시대의 사회·경제적 환경에 맞고 오늘날에도 보편타당한 전통윤리 내지 도덕관념이어야 한다.'는 점을 강조하는 것도 이 때문이다.[20]

---

19) 허영, 『한국 헌법론』, 박영사, 2006, 167면.

20) 헌재결 1997. 7. 16. 95헌가 6 등(병합), 판례집 9-2, 19면.

### 3. 헌법상 문화국가의 과제와 문화재보호

앞에서 살펴본 바와 같이 현행헌법은 문화국가조항을 국가목적규정으로 두고 있으며 문화에 대한 관심이 고조되고 있지만, 문화예술분야는 늘 정치나 사회·경제 등에 떠밀려 뒷전에 놓이게 되는 것이 우리의 현제 상황이다. 사실상 현실적으로 볼 때 의식주 문제가 해결이 되어야 정신적 만족이나 여흥이라는 것을 생각하는 것이다. 즉, Steiner가 표현한 것처럼 노동·경제의 문제에 비해서 문화문제란 국가에 의해 2차적 문제로 취급되기 쉽다. 그리고 문화국가원리를 헌법상의 국가과제로 보든, "자기이해와 실무"에서 나오는 과제로 보든, 그 내용을 예술가들에 대한 생활보장으로 좁혀서 이해하든, 국민을 위한 문화공간의 제공으로 이해하든 결국 재정문제와 직결되기 때문에 적극적인 문화적 참여권의 실현은 불확정적이라고도 말할 수 있을 것이지만, 문화국가의 실현은 단순히 경제적·물질적 생활자원의 급부만으로는 달성될 수 있는 것은 아니며, 시설의 확충 등의 국가의 예산지원 등이 요구되는 분야 외에도 사회적 문화주체들이 자유롭게 활동할 수 있는 여지를 넓혀주고 아울러 건전한 문화풍토조성을 통해서 더욱 실현될 수 있는 것이 국가의 과제라고 생각된다.

아울러 우리나라에서의 문화국가조항은 일반적인 문화국가원리의 선언이라고 받아들일 수 있으나 우리나라의 특수한 사정을 반영한 특별한 의의를 내포하고 있는 것으로 해석될 수 있다.[21]

Huber가 적절히 지적하듯이 국가가 우선적으로 또는 제2의, 제3의 순서로 기여하는 문화영역과 교육방향의 선택과 긴급성의 단계화 없이는 국가의 문화정책은 불가능할 것이다.[22] 왜냐하면 국가가 모든 문화차별적인 선택을 포기한다면 상이한 문화영역은 아무런 규제 없이 성장할 자유를 가지게 되는데, 그것은 곧 문화에 참을 수 없는 불균등을 초래할 것이다. 이점에서 국가는 이러한 증식과 이상현상에 대하여 간섭해야만 한다. 즉, 문화적 부조화는 오직 반문화(Unkultur)의 극단적인 경우일 뿐이기 때문이다. 국가의 문화정책에 있어서 '틀에 밝힌 동등성'은 실제로 불가능할 뿐만 아니라 원칙적으로 잘못된 것이다. 국가적으로 수행되는 문화의

---

21) 김수갑, 한국 헌법에서의 문화국가조항의 법적 성격과 의의, 193면 이하 참조.

22) E. R. Huber, a a.O.(Anm 1), S.133.

차별화 없이는 문화에 대한 모든 종류의 국가적 기여는 불가능해지고 무의미해질 것이다. 그러나 문화의 차별화는 문화정책의 수행에 있어서 필수적인 보호의 우선순위 결정문제이지, 보호의 후순위에 놓인 문화를 무시하거나 하는 것은 아니다. 후순위의 문화라고 하더라도 승인된 가치이기 때문에 국가의 적극적인 보호의 대상이 됨은 물론이다.

우리헌법이 문화국가조항을 "민족문화"의 창달과 "전통문화"의 계승 · 발전을 강조하는 형태로 규정된 것은 외래문화의 영향으로 인한 우리문화의 동질성 파괴에 대한 위기의식에서 민족이 동질성을 느낄 수 있는 과거의 문화를 북돋우고 그 문화를 후세에 물려주는데 목적이 있다.

소위 개화기 이후 일제식민지시대를 거쳐 오늘에 이르기까지 외래문화의 영향은 물론 긍정적적인 면도 없지 않지만, 내 것과 우리 것은 모두 시원찮고 남의 것, 특히 서구의 것은 모두 좋고 훌륭한 것으로만 여기게 된 의식의 틀을 형성하게 되었고, 이로 인하여 물질문화·향락문화는 상업성과 결합하여 많은 사회문제, 특히 청소년문제와 윤리문제를 불러 일으켰다. 이러한 시대상황 속에서 우리의 삶의 터전을 이루어 왔고 민족의 정체성을 형성해 온 우리문화, 우리역사를 긍정적으로 보는 안목부터 키워 나가야 한다는 점을 이차적인 국가적 과제로 선언하는데 그 의의가 있다. 즉, 우리민족의 혼과 정신이 묻어 있는 문화재의 보호는 문화국가의 최우선의 과제가 되지 않을 수 없다는 것을 인정한 것이라고 해석할 수 있다.

민족문화라는 말도 무척 다의적으로 해석될 수 있으나, 혈연과 지연을 공동으로 하는 자연공동체인 동시에 문화를 함께 하는 문화공동체로 파악되는 민족이 역사를 거쳐 오면서 축적해 온 문화적 업적을 총칭하는 것으로 이해된다. 여기서 사용되는 문화는 일반적으로 언어, 종교, 정치, 경제, 역사적 운명 등을 지칭하는 포괄적인 것으로 사용된다.[23] 그리고 전통문화란 새로운 문화창조의 기반이 되는 기층문화를 말한다고 할 수 있다. 그러나 민족문화와 전통문화는 단순히 대상의 문제가 아니라 우리들 자신의 문화에 대한 주체적인 태도에 관한 문제이며, 항상 현실의 역사적 발전 속에서 실천적으로 해결해야 할 문제로서 오늘의 대중사회의 생활 속에서 활성화시켜야 하는 과제를 안고 있는 것이다.

---

23) 최대권, "민족주의와 헌법", 서울대학교, 서울대 법학 제25권 제1호, 1984, 44~70면 참조.

이렇게 볼 때 전통문화의 보존과 계승 및 민족문화의 창달이라는 것이 국가의 문화적 우월성이나 정통성을 주장하기 우한 방편으로만 이용되는 것은 경계해야만 한다. 문화적 주체성은 한 사회가 그 스스로를 창조하는 계속적인 과정이기도 하며 그것은 내적인 다양성에 의해 지탱되는 한편, 바람직한 변화를 촉진할 수 있는 방법으로 그것들을 응용함으로써 외적요소를 수용한다.[24] 이렇게 볼 때 이 규정의 의미는 단순한 외래문화의 이식이 아니라 우리의 전통문화의 혈통을 이어받으면서 필요한 인류공동문화를 융합하여 남의 것이 아닌 우리의 새로운 문화를 창조할 수 있는 기반을 형성한다는 것으로 해석된다.

## 제2절 문화재보호와 재산권의 법리

### 1. 문화재의 소유권

동법 제76조의 조문 "국가지정문화재(보호물, 보호구역과 가지정문화재를 포함한다.)의 소유자가 변경된 때에는 새 소유자는 이 법 또는 문화재청장이 행하는 명령·지시, 그 밖의 처분으로 인한 전 소유자의 권리·의무를 승계한다."처럼 문화재도 개인의 사적 소유의 대상이 되며 문화재의 매매나 양도가 가능하다. 이는 헌법 제23조 제1항의 "모든 국민의 재산권은 보장된다."고 함으로써 국민에게 물질적 기반이 되는 재산적 권리를 보장함과 동시에 입법권자의 의지에 따른 부당한 재산권 침해로부터 재산권자의 사유재산에 대한 유용성을 보호하고 재산객체에 대한 근본적인 처분권을 법제도로서 보장하게 하는 제도보장의 의무를 국가에 부과하고 있다고 볼 수 있다. 구체적 내용으로는 재산가치적 이익을 누릴 수 있는 법적 지위를 설정해주는 주관적 공권의 보장과 입법권자를 내용적으로 구속하는 공동체의 객관적인 가치질서의 사유재산제도를 보장하고 있다.[25]

다만, 민법은 유실물 중에서 소유자가 불분명한 경우와 발견물의 경우 제255조

---

24) 김문환, 『문화입국론』, 느티나무, 1989, 177면.

25) 정극원, "헌법국가와 기본권", 한국조세신문사, 2002, 216~217면: 헌재 1993. 7. 29. 92헌바20.

제1항에서 “학술·기예 또는 고고의 중요한 재료가 되는 물건에 대하여는 제252조 제1항 및 전2조의 규정에 의하지 아니하고 국유로 한다.”고 하고, 동조 제2항에서 “전항의 경우에 습득자·발견자 및 매장물이 발견된 토지 기타 물건의 소유자는 국가에 대하여 적당한 보상을 청구할 수 있다.”고 규정하여 문화재에 대한 선점원칙을 배제하고 원칙적으로 국유를 선언하고 있다. 이와 관련하여 문화재보호법은 제54조에서 “토지·해저 또는 건조물 등에 포장된 문화재(이하 ”매장문화재“라고 한다)를 발견하면 그 발견자 또는 토지·해저나 건조물 등의 소유자·점유자 또는 관리자는 그 현상을 변경하지 말고 대통령령이 정하는 바에 따라 그 발견된 사실을 문화재청장에게 신고하여야 한다.”고 하고 동법 제61조에서 “해당 문화재의 소유자임을 주장하는 자가 있으면 소유권 판정절차를 거쳐 정당한 소유자에게 반환하고, 정당한 소유자가 없으면 국가에서 직접 보존할 필요가 있는 해당 문화재는 민법 제253조와 제254조에도 불구하고 국가에 귀속하며, 국가 귀속 대상문화재의 범위, 보관 기관 및 보존할 필요가 없는 발굴유물의 처리 방법 등에 필요한 사항은 문화관광부령에 의하여 학술자료나 활용하거나 발굴장소에 매장할 수 있다.”고 하고 있다.

## 2. 문화재보호와 재산권제한

### 가. 헌법상 재산권의 근거

재산권은 역사적·정치적 이데올로기의 배경에 따라 그 모습을 달리 하고 있지만, 기본적으로 재산권은 인간에게 있어서 인격적 성질을 강하게 갖게 하는 것이라 할 수 있다. 즉, 사유재산권을 부인하는 소위 공산주의는 국가가 모든 생산수단을 총괄하고 국민은 생존에 필요한 기초를 국가의 급부에 의존하게 되기 때문에 인간으로서의 존엄과 가치 및 창의성을 인정받지 못하고 국가에 대한 예속적인 노예상태에 머물게 된다. 실제로 어떤 사회이든 사유재산권을 전제로 하는 경제적 자유가 없이는 정치적 자유가 존재할 수 없는바,[26] 재산권은 모든 자유권의 기초

26) 이재홍, 『재산권보장의 헌법적 의미』, 박영사, 민사판례연구Ⅷ, 1993, 348면.

라고 할 수 있고, 사유재산권은 자유민주적 기본질서에 해당한다고 할 수 있다.[27]

자유민주주의를 지향하는 우리 헌법에서도 사유재산권에 관하여 천명하고 있는데 이는 독일 기본법 제14조의 내용과도 일치한다고 할 수 있다. 즉, 헌법 제23조가 재산권에 관한 핵심적인 규정으로 "모든 국민의 재산권은 보장되며, 그 내용과 한계는 법률로 정한다. 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 하며 공공필요에 의한 재산권의 수용, 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로서 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다."라는 재산권의 보장에 관한 내용과 제한 및 제한에 관한 범위와 수용·사용·제한으로 인한 재산권 침해에 대한 정당한 보상에 관해 규정하고 있다.

우리 헌법이 규정하고 있는 이러한 재산권보장의 의미에 대해 통설은 "ⅰ) 개인이 현재 누리고 있는 재산권을 개인의 기본권으로 보장한다는 의미와, ⅱ) 개인이 재산권을 향유할 수 있는 법제도로서의 사유재산권을 보장한다"는 이중의 의미를 가지고 있다고 한다.[28] 즉, 이 규정은 재산권에 대한 개인의 주관적 권리에 대한 보장과 재산권에 대한 제도적 보장을 동시에 하고 있는 것으로 인정된다. 따라서 우리 헌법 하에서는 사유재산권의 폐지란 있을 수 없고, 공공복리를 위하여든 기타의 다른 이유에 의하여든 법률에 의하여 사유재산권을 전면적으로 통제할 수 없다.

### 나. 재산권에 대한 공용침해와 손실보상

헌법 제23조의 제2항과 같이 재산권에 대하여 공공필요에 의한 재산권의 수용, 사용 또는 제한 등의 공용침해는 반드시 법률에 근거하여야 하고, 이에 상응하는 정당한 보상이 없이는 재산권의 공용침해는 허용되지 않는다. 한 예로, 미국의 경우 재산권보장의 요체로서 공공성, 정당한 보상 및 수용의 3가지가 제시되고 있음에 주목할 필요가 있다. 즉, 재산권의 공공성의 기준, 정당한 보상의 현실적 개념 및 재산권이 수용인가의 여부 등이 그것이다.[29]

---

27) 헌재, 1990. 4. 2. 89헌가113.

28) 권영성, 『헌법학원론』 법문사, 2000, 509면.

29) 정준현, "재산권에 대한 공용침해와 손실보상", 리북스, 월간감정평가사 4월호, 2001, 20면.

(1) 재산권에 대한 공권적 침해

공공의 필요에 의해 재산권을 수용·사용·제한하는 공권력의 행사를 의미하는 바, 공공의 필요에 대하여는 학설의 대립이 있다.

첫째 공공사업을 위해서만 사유재산권에 대하여 제한이 가능하다는 견해와, 둘째 공공의 복지를 위해서란 의미로 해석하여 공공사업뿐만 아니라 농지개혁을 위하여 지주의 소유권을 몰수하는 것과 같이 공공의 복지를 위해서라면 재산권의 수용이나 제한이 가능하다고 하는 견해, 셋째 정당한 보상이 없이는 재산권을 침해할 수 없다는 견해, 즉 정당한 보상만 주어진다면 어떠한 경우에도 재산권의 침해가 가능하다고 하는 견해 등이 있다. 하지만 이에 대하여 검토해 보면 첫 번째의 견해는 그 범위에 있어서의 폭이 너무 좁고, 세 번째의 견해는 공공필요를 지나치게 확대하였다고 본다. 따라서 공공필요는 공익시설 및 사회복지시설 등의 건설을 위한 것뿐만 아니라 물자통제 등을 위한 것까지 포함하는 공공의 복지로 보는 것이 타당하다. 또한 공공사업의 결과 사회구성원의 전체가 골고루 그 이익을 향수하는 것이 아닌 그 중 특정한 부류만이 그 이익을 누리게 된다고 할지라도 공공성이 부인되는 것은 아니다.

(2) 특별한 희생

특별한 희생이란 공권적 침해로 인하여 개인이 특별한 희생을 받는 것으로 재산권에 내제하는 사회적 제약을 넘는 손실을 의미하는 것으로 공공필요에 의한 적법한 행정활동에 의해 사인이 희생을 받았다는데 있는 것이 아닌 그 희생이 수인의 한도를 넘는 다른 사람이 받지 않는 특별한 희생 내지 다른 사람과 비교하여 불평등한 희생이라는 것이다. 여기에서 특별한 희생과 사회적 제약기준의 구별기준에 관하여는 형식적 기준설과 실질적 기준설로 나뉘고 있다.

1) 형식적 기준설

피해자가 받는 경제적 손실이 일반적인 것인지 개별적인 것인지를 기준으로 특

정인 또는 한정된 범위의 인에 대한 침해인 경우만을 특별희생으로 보는 설이다. 즉, 재산권제한의 효과가 일반적인 성질을 가져서 k회 전체에 미치는 경우에는 재산권의 단순한 사회적 제약으로 되지만, 그것이 개별적인 성질을 가져서 특별한 희생을 뜻하는 경우에는 보상이 따르는 재산권의 제한이 해당한다는 것이다.[30]

2) 실질적 기준설

침해의 정도가 재산권에 내제하는 사회적 제약을 넘어 권리의 본질적 내용을 제한하는 경우를 특별한 희생으로 보는 입장으로서 또다시 수인한도설·보호가치설·목적배반설·사적효용설·상황구속설로 갈라진다.

① 수인한도설 : 재산권의 주체에게 그 제한의 수인을 기대할 수 있는 정도면 사회적 제약이라고 보아야 하지만, 그렇지 않은 경우에는 보상을 요한다는 견해이다.

② 보호가치설 : 보호가치가 있는 권리에 대한 공용침해는 특별한 희생의 요건을 충족하는 반면, 보호가치가 인정되지 않는 재산권침해는 단순한 재산권의 내용과 한계를 정하는 국가행위로 보는 견해이다.[31]

③ 목적배반설 : 공용침해행위로 인하여 당해 재산권이 본래 갖고 있던 목적과 기능으로부터 유리되어 새롭고 상이한 과제가 주어지는 경우에는 특별한 희생이 발생한 것으로 보는 반면, 재산권에 대한 침해가 있었다고 하더라도 본래의 목적과 기능이 유지된 채 재산권행사 권능이 제한 당하는 경우에는 재산권의 사회적 제약으로 된다고 하는 견해이다.[32]

④ 사적효용설 : 재산권이 제한된 상태에서 아직도 사적인 유용성이 유지되고 있으면 이는 재산권의 사회적 제약에 불과하고, 재산권이 완전히 다른 목적을 위해 제공되고 있을 경우에는 보상을 요하는 재산권의 제한으로 보는 입장이다.[33]

⑤ 상황구속설 : 이 견해는 주로 토지에 대하여 많이 논의되는 이론이다. 즉, 토지

---

30) 정희근, “토지소유권의 제한과 손실보상”, 한국공법학회, 공법연구 제20집, 2003, 284면.

31) 전준경, “손실보상론”, 리북스, 월간감정평가사 1월호, 2001, 44면.

32) 정희근, 위의 논문, 285면.

33) 헌재 1990. 10. 21. 97헌마25 : 도시계획시설의 지정으로 인하여 당해 토지의 이용가능성이 배제되거나 또는 토지소유자가 토지를 종래 허용된 용도대로 사용할 수 없기 때문에 이로 인한 현저한 재산적 손실이 발생하는 경우에는 원칙적으로 사회적 제약의 범위를 넘는 수용적 효과를 인정하여 국가나 지방자치단체는 이에 대한 보상을 해야 한다.

는 당해 토지가 위치한 상황에 따라 거기에 상응한 사회적 의무를 지게 되며, 그 의무성을 구체화하는 조치에 의하여 어떤 손해가 실제적으로 발생하더라도 그에 대하여는 아무런 보상도 주어지지 않는다는 것이 바로 상황구속설의 내용이다.[34]

3) 절충설(통설)

형식적 기준설과 실질적 기준설을 종합적으로 고찰하여 재산권의 본래적 효용을 저해함으로서 그것을 개인에게 수인시키는 것이 사회정의와 공평의 원칙에 어긋난다고 인정되는 때를 특별한 희생으로 보는 설이다.[35]

(3) 손실보상과 손해배상과 구별

우리나라의 행정상 손해전보제도의 전형적인 것으로는 행정상의 손해배상과 행정상의 손실보상의 이원적 체계로 운영되고 있다. 행정상 손해배상은 '위법·과실'의 침해에 대한 국가배상에 의한 손해의 전보제도이고, 행정상 손실보상은 '적법·무과실'의 공용침해로 인한 손실의 전보제도로서의 성격을 지니고 있다.[36] 즉, 공공필요를 위한 재산권에 대한 적법한 침해(공용침해)로 인하여 받은 손실에 대하여 공평부담의 견지에서 그 손실을 조정하기 위한 재산적 보상을 말한다. 이에 관하여 헌법 29조와 제23조 제3항에 근거가 있으며, 그 헌법조항을 구체화하는 법률로서 국가배상법과 토지수용법 등이 어느 정도 정비되어 있다.

1) 손실보상의 본질

공공사업의 이용 등에 제공하기 위해서 개인의 재산을 공용침해 한다는 것은 그 개인의 특별한 희생을 통하여 사회전체가 이익을 얻게 된다는 것을 의미하며, 부담의 공평이라는 견지에서 이러한 이익은 특별한 희생을 입은 개인에게 환원시켜

---

34) 정준현, 앞의 논문, 25면.

35) 윤성의, "행정상 손실보상에 있어서 정당보상의 연구", 호남대석사학위논문, 2001, 25면, 재인용.

36) 박평준, "수용유사적 침해법리의 수용문제", 고시연구사, 고시연구 제27집 제4호, 2000, 25면.

야 한다는 것이 손실보상제도의 본질이다.[37]

2) 손실보상의 법적근거

행정상 손실보상의 이론적 근거에 관하여는 기득권설·은혜설·공용징수설·특별한 희생설 등이 대립하고 있으나 현재의 통설인 특별한 희생설이며 법적근거는 공용침해로 인한 손실의 보상에 대한 일반법은 없고 개별법에 의한 손실보상이 이루어지고 있다. 즉, 우리나라의 현행법의 경우 재산권의 수용이나 사용에 관하여는 거의 빠짐없이 보상규정을 두고 있다. 하지만 타인의 재산권에 대한 제한에 대하여는 현행법이 보상규정을 거의 두고 있지 않다. 이와 같이 침해보상규정을 결여한 경우는 공용침해의 근거법규가 당연히 보상규정을 두어야 함에도 불구하고 그에 관한 규정을 두지 아니한 경우로서, 헌법상 명문의 규정을 두고 있기 때문에 당연히 보상규정을 두어야 한다.[38] 이와 관련하여 독일의 자갈채취사건과 관련하여 발전된 사용유사침해의 법리가 문제되는데 이에 대하여는 후술하도록 하겠다. 여기에서 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한을 규정한 개별 법률에 특별한 희생에 대한 손실보상 규정이 없는 경우에 특별한 희생을 당한 개인이 헌법 제23조 제3항의 규정을 근거로 손실보상을 청구할 수 있는지에 대해서 견해가 나뉜다.

① 방침규정설 : 손실보상에 관한 제23조 제3항의 규정은 규범적 효력이 없는 것으로 재산권보장의 원칙을 선언한 입법지침에 불과하다는 것이라고 한다. 관계법에 재산권의 내재적 제약을 넘는 제한을 정하면서도 그에 따른 보상규정을 두지 아니한 경우에는 당해 토지소유자 등은 그로인한 손실을 수인할 수밖에 없다고 보는 견해이다.

② 직접효력설 : 손실보상에 관한 헌법규정은 국민에 대한 직접적 효력을 갖는 규범으로 보아 관계 법률에 보상규정이 없는 경우에는 직접 헌법 제23조 제3항에 기하여 보상을 청구할 수 있다고 보는 견해이다.[39]

---

37) 정준현, 앞의 논문, 21면.

38) 한견우, 『행정법(Ⅰ)』,홍문사, 1997, 698면.

39) 이재화, 『개정증보판 행정법의 쟁점』, 문영사, 2000, 398면.

③ 유추적용설 : 법률에서 공용침해 등의 재산권침해를 규정하면서 보상에 관한 규정을 두지 않은 경우에라도 국민은 직접 헌법 제23조 제3항(재산권보장규정)과 제11조(평등원칙)를 근거로 하는 동시에 헌법 제23조 제3항(보상규정) 및 기타 관련 법규상의 보상규정을 유추 적용하여 보상청구권을 행사할 수 있는 것으로 보고 있다. 이 견해는 보상규정 없는 법률에 의한 재산권의 침해가 보상을 요하는 특별한 희생이 되는 때에 그것을 수용유사적 침해로 보는 입장에서 주장되고 있다.[40]
④위헌무효설 : 헌법 제23조 제3항의 손실보상에 관한 규정은 국민에 대하여 직접적 효력을 부여한 것은 아니나 국민의 재산권을 침해하는 입법을 하는 대에는 반드시 손실보상에 관한 규정도 두도록 구속하는 효력이 있다고 보는 견해이다. 따라서 법률이 재산권침해를 규정하면서 보상에 관한 규정을 두지 않으면 그 법률은 헌법규정에 위반한 것으로서 위헌무효가 되며, 위헌무효인 법률에 근거한 공용침해 행위는 위법한 행위가 되기 때문에 국가배상법에 의거한 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구만 가능하나, 헌법규정에 근거하여 직접 손실보상을 청구할 수는 없다고 한다.[41]
⑤ 판례의 입장 : 헌법재판소는 도시계획법 제21에 대한 위헌소원결정에서 사회적 제약을 넘는 재산권의 제한을 헌법 제23조 제3항의 의미에서의 공용제한으로 보지 않고 비례의 원칙에 위배되는 재산권이 내용 및 한계규정으로 이해하였다. 그러면서도 위 결정에서 특별한 희생을 입은 개인이라도 보상입법을 기다려 그에 따른 권리행사를 할 수 있을 뿐 보상입법에 근거하지 아니한 손실보상은 인정되지 않는다고 한다.

## 다. 수용적 침해와 손실보상

### (1) 수용유사적 침해의 개념

수용유사적 침해의 내용이나 효과 면에서 법률에 의하여 허용되었더라면 공용수용 등의 공용침해에 해당되었을 것이지만, 그 침해행위가 법률의 근거 없이 또는

40) 석종현, “도시계획결정과 손실보상”, 한국공법학회, 공법연구 제28집 제3호, 2000, 42면.
41) 박병재, “손실보상의 근거와 청구권의 성질”, 리북스, 월간감정평가사 부동산연구 11월호, 2000, 53~54면.

헌법에 합치되지 않는 법률의 근거에 의하거나 또는 그 법률적 근거에 어긋나게 이루어진 위법한 재산권 침해를 말한다. 즉, 위법하지만 가해공무원의 과실 없이 공권력에 의하여 국민의 권리가 침해된 '위법·무과실'의 경우와 행위 그 자체로서는 적법한 행정작용의 부수적 결과로서 의도되지 않은 비정형적인 재산권침해가 발생한 경우에는 국가배상책임이나 손실보상책임의 요건 중 어느 것에도 충족되지 않아 권리구제의 사각지대에 속하게 되며, 이는 현행 행정상 손해전보제도에 있어서 존재하는 흠결이라고 할 수 있다.[42] 이 경우 공공필요에 의하여 국민의 재산권을 침해하여 특별한 희생을 가한 이상 설령 그것이 위법한 것이라 하더라도 '수용동등침해', 즉 수용과 마찬가지의 침해이므로 이에 대하여 손실보상을 해주어야 하는 것은 당연하다는 것이다.[43]

(2) 수용유사적 침해법리의 적용요건

수용유사적 침해법리 또한 공공필요에 의한 재산권의 침해와 공권력의 행사를 통한 재산권의 침해·특별한 희생의 요건과 같다. 하지만 앞의 개념에서 살펴보았듯이 위법하지만 가해공무원의 과실 없이 공권력에 의하여 국민의 권리가 침해된 '위법·무과실'의 경우와 행위 그 자체로서는 적법한 행정작용의 부수적 결과로서 의도되지 않은 비정형적인 재산권침해가 발생한 경우에는 국가배상책임이나 손실보상책임의 요건 중 어느 것에도 충족되지 않는 법의 흠결이 남는다. 즉, 공용침해의 근거법규가 당연히 보상규정을 두어야 함에도 불구하고 그에 관한 규정을 두지 않음으로서 위헌이 되는 결과, 동 법률에 근거한 공용침해가 위법이 되는 위법성의 요건을 고려하는 것이다. 다시 말해 위법한 공용침해로 인하여 특별한 희생을 입은 자에게는 보상을 하여야 하는 것이 더욱 당연하다고 하는 것이 수용유사적 침해법리를 산출한 이론적 기초라 할 것이다.[44]

---

42) 박평준, 앞의 논문, 26면.
43) 박평준, 위의 논문, 27면.
44) 박평준, 위의 논문, 34면.

### 라. 손실보상과 손실보상청구권의 행사

(1) 손실보상

수용유사적 침해법리의 적용요건이 충족되면 취소소송 등을 통한 제1차적인 권리보호의 원칙이 적용될 여지가 없어지고, 피해자는 손실보상청구권을 갖게 된다. 이에 대한 손실보상의 종류와 범위는 수용보상의 일반원리에 따라 정해진다. 수용유사적 침해에 대한 손실보상은 형평보상이나 형평재량에 의한 보상이 아닌 법치국가원칙에 의하여 요구되는 보상으로서 원칙적으로 완전한 보상을 내용으로 한다. 하지만 여기에서 문제는 누가 보상의무를 부담하는가이다.

수용의 경우에 보상의무의 주체는 수용으로 이익을 얻은 행정주체가 되는 것과는 달리 수용유사적 침해의 경우 보상의무는 주체가 누구인가에 관하여 논란의 여지가 남아있기 때문이다. 이에 대한 독일의 통설과 판례에 따르면, 보상의무는 수용유사적 침해를 가져온 행위로부터 이익을 얻는 행정주체가 지는 것이 원칙이며, 수익자가 존재하지 아니하는 경우에는 수용유사적 침해와 관련한 당해 임무를 수행하는 행정주체가 보상의무를 지는 것으로 본다.

이러한 견해에 대해 수용유사적 침해로 인한 수익자가 누구인가를 한정하기가 곤란하다는 점을 들어 보다 분명하고 통일적인 기준에 따라 침해행위를 행한 기관이 소속한 행정주체에게 보상의무를 지우는 것이 타당하며, 만일 다른 행정주체가 그로부터 이익을 얻은 경우에는 이를 내부적 관계에서 구상할 수 있는 것으로 보아야 한다는 견해가 대립되고 있다.[45]

(2) 손실보상청구권의 행사

독일의 경우 사용유사적 침해로 인한 손실보상청구권은 공법적 성질을 띤 것으로 이해되고 있다. 다라서 수용유사적 침해로 인한 손실보상은 기본법 제14조 제3항의 규정에 의한 손실보상이 아니기 때문에 당해 조항에 근거한 민사법원의 관할

---

45) 홍준형, 『행정구제법』, 한올아카데미, 1996, 182~183면.

권은 성립하지 않지만, 수용유사적 침해의 근거를 일반적인 희생보상 청구권에서 찾는 연방법원의 견해에 따른다면 행정법원법 제40조 제2항에 의한 민사법원의 관할에 속하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

우리나라의 경우 실무상 헌법 제23조 제3항과 관련된 손실보상청구권의 행사는 법률에 특별한 규정이 있는 것 등 별다른 사정이 없는 한 민사소송에 의한다고 보는 것이 판례의 태도이다.[46] 이와 같은 태도는 수용유사적 침해보상의 이론을 원용했던 서울고등법원의 판결에서도 찾을 볼 수 있다.[47] 하지만 우리나라에서 수용유사적 침해에 대한 손실보상청구권은 이론상 공권으로 보아 행정소송법에 의한 당사자소송으로 청구할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다.

## 제3절 외국의 문화재보호법

### 1. 일본

#### 가. 문화재보호법제의 개관

일본의 문화재보호에 관한 법률제도는 1950년에 제정된 문화재보호법에 의하여 정하여졌다. 이 법률은 각종 문화재의 보호에 관한 여러 제도를 포함한 통일법으로 유럽의 주요한 국가에서는 그 예를 찾아볼 수 없다. 일본의 문화재보호법은 총 7개장(제1장 총칙, 제2장 국가지정문화재, 제3장 매장문화재, 제4장 국유문화재에 관한 특례, 제5장 시, 도지정문화재, 제6장 보칙, 제7장 벌칙)으로 구성되어 있다.

일본의 문화재보호법은 제1조에서 문화재를 보존하고 그 활용을 도모함으로써 국민의 문화적 향상에 이바지하는 것으로 세계문화의 진보에 공헌하는 것을 목적으로 한다고 밝히고 동 법률이 목적으로 하는 것은 국가의 법률제도에 기초한 문화재의 보존과 활용에 있으며, 그 목표는 국민의 문화적 향상과 세계문화의 추진

46) 홍준형, 앞의 책, 183면.

47) 서울고등법원판례, 1992. 12.24. 92나20073.

에 공헌하는 것에 두고 있다. 이 목적을 달성하기 위하여 제3조에서 정부 및 지방공공단체의 임무를 훈시적으로 규정하고, 제4조에서는 일반국민 및 문화재의 소유자의 각오를 훈시하는 것과 동시에 정부 및 지방공공단체에 대하여 관계자의 소유권 기타의 재산권의 존중을 의무로 하고 있다. 또한 이 법률은 문화재의 보존과 활용에 대한 궁극적 목표를 밝혀서 가능한 한 광범위하게 행하는 것을 바라고 있다.[48]

## 나. 문화재의 유형과 보호체계

### (1) 문화재의 유형

일본의 문화재보호법은 5개의 유형으로 분류하여 그 보호체계를 달리하고 있는데 크게 유형문화재, 무형문화재, 민속문화재, 기념물, 전통건조물로 나누며 유형문화재는 지정문화재와 등록문화재로 또다시 분류하여 지정문화재 중 특히 가치가 높은 것은 국보로 지정하여 관리한다. 무형문화재의 경우 중요무형문화재로 지정하는 것과 기록작성 등의 조치를 강구하는 무형문화재로 분류하고 민속문화재는 유형의 민속문화재와 무형의 민속문화재로 구분하여 유형의 민속문화재와 무형의 민속문화재 중 중요한 것은 중요유·무형민속문화재로 지정하며 기록작성 등의 조치를 강구하는 무형의 민속문화재로 구분한다. 기념물은 사적명승천연기념물로 지정하고 이중 특히 중요한 것은 특별사적명승천연기념물로 지정하여 관리한다. 전통건조물군보존지구는 전통적건조물군 및 이들과 일체를 이루는 그 가치를 형성하는 환경을 보존하기 위한 지역을 보호하는 제도로 시·읍·면이 지정하여 관리 한다.

### (2) 유형문화재의 보호체계

국보 및 중요문화재는 그 소유자가 자기의 소유권에 기초하여 관리를 행하는 것

48) 한국법제연구원, “문화재보호법제 개선방안”, 법제처, 2002, 165면 이하 참조.

이 원칙이다. 그런데 문화재가 국가의 지정을 받으면 그것에 의하여 그 가치가 공적인 성격을 지니게 된다. 국가는 국가지정문화재의 공공적·공익적 성질에서 그 적절한 관리를 행하기 위하여 법률에 의한 소유자의 관리권에 대하여 제약을 가하고 소유자의 권리를 제한하거나 또는 각종의 의무를 과하고 있다. 먼저, 문화재보호법 제30조는 문화청장관에 중요문화재의 소유자에 대하여 관리방법의 지시권한과 동법 제31조에서 중요문화재의 소유자에 대하여 일반적으로 문화재보호법 및 동법에 기초한 문화부령 및 문화청장관의 지시에 의하여 중요문화재를 관리할 의무를 과하는 것과 동시에 특별한 사정이 있는 때에는 대리의 관리책임자를 선임할 수 있도록 하고 있다. 동법 제32조에서는 소유자 또는 관리책임자의 변경 및 그 성명, 명칭, 주소의 변경에 대하여 20일이내의 신고의무를 과하고 있다. 또한 동법 제32조의 2에서 「소유자가 판명되지 아니하는 경우 및 소유자 또는 관리책임자에 의한 관리가 현저히 곤란 또는 부적당한 것으로 명확히 인정되는 경우에는 문화청장관은 적당한 지방자치단체 기타의 법인을 지정하여 당해 중요문화재의 보존을 위한 필요적인 관리를 행하게 할 수 있다」라고 정하고 있어 지정된 문화재가 무주의 사찰에 소재하는 경우 등 관리상으로 필요가 있는 경우에 대응하여 관리단체에 의한 관리제도를 두고 있다. 관리단체의 지정에는 소유자 등의 동의·관보에의 고시·소유자 등에의 통지가 요건이고, 효력발생시기에 대하여는 도달주의에 구속된다. 관리단체의 지정이 있는 때에는 보존을 위한 관리, 수리, 공개의 권한은 관리단체에 이전되고, 소유자에는 소유권에 기초한 처분권 및 공개의 경우 이외의 이용권이 유보되어 있다. 관리책임자가 소유자에 의하여 선임되고 관리에 대해서만 소유자의 권리의무를 대리행사하고 비용부담의 책임을 부담하지 아니하는 것에 대하여 관리단체는 관리·수리·공개에 대한 권한과 의무를 가지고 이들 비용부담의 책임을 진다.

동법 제33조에서는 중요문화재의 멸실·훼손·망실·도난이 있는 때의 신고의무가 정하여진다. 동법 제34조에서는 소재의 장소의 변경에 대하여 20일전의 신고의무가 정하여져 있다. 이 신고의무 기타 관리에 관한 각종의 신고의무 등의 위반에 대하여는 행정벌로서 과료가 과하여진다.[49]

---

49) 한국법제연구원, 앞의 논문, 175면 이하 참조.

(3) 무형문화재의 보호체계

일본의 무형문화재의 보호에 관하여는 1950년의 문화재보호법에 의하여 처음으로 보호제도가 창설되었다. 그러나 당초의 법제도는 가치가 높은 것으로 국가가 보호하지 아니하면 사라질 우려가 있는 것에 대하여 국가가 조성의 조치를 강구한다는 것에 있다. 1954년의 법개정에 의하여 무형문화재의 가치의 관점에서 중요한 것을 국가가 인정하는 제도의 채용을 포함하여 그 "기술"을 구현하는 보유자를 국가가 인정하는 제도를 도입하였다. 이것은 단순히 사라질 우려가 있는 전통적 "기술"에 한정하지 않고 가치가 높은 전통적인 "기술"을 광범위하게 보호할 제도가 마련된 것이지만, 중요무형문화재의 보유자가 자연인에 한정되어 있기 때문에 그 "기술"에 개인적 특색이 농후한 보유자가 될 자가 다수 존재하는 경우에는 그 대표자를 "보유자(대표자)"로써 인정하는 편의적 수법으로 운용되었다. 이 때문에 "보유자(대표자)"가 사망하면 그 지정도 해제되고 후계자 양성 등의 보호조치의 근거를 상실하는 등의 불합리한 점이 나타났다. 그래서 1975년 법개정에 있어서 새롭게 자연인이외에도 "기술"을 보유한 자를 주된 구성원으로 하는 단체를 보유단체로써 인정하는 제도가 마련되었다.[50]

(4) 민속문화재의 보호체계

1950년의 법제정시에는 민속자료가 유형문화재의 일종으로 하였고 1954년 개정에 의하여 민속자료를 유형문화재라고 열거한 문화재의 유형으로 독립시켜 제2조의 정의 중에서 그 내용에 예시를 포함시켜 명시했고 유형의 민속자료에 대하여 중요민속자료의 지정제도를 신설하여 중요문화재에 준하는 보호제도를 설계하였지만, 현상변경 및 수출 그리고 제3자에 의한 공개는 허가제로 하지 아니하고 사전신고제로 하였다. 그리고 이때에 무형의 민속자료의 보호제도가 신설되었다.

1975년 법개정에 의하여 민속자료의 명칭을 민속문화재에 대하여 중요유형민속문화재로써 지정제도를 두고 구법에 의한 중요민속자료는 신법에 의한 중요유형민속문화재로 보았다. 동시에 무형의 민속문화재에 대하여도 새롭게 중요무형민속문

50) 한국법제연구원, 앞의 논문, 177면 이하 참조.

화재의 지정제도가 마련되고 그 보호조치가 정해졌다.

중요유형민속문화재의 보호에 대하여는 제56조의 14에 의하여 중요문화재에 관한 소유자 또는 관리단체에 의한 수리의 원칙, 관리 또는 수리의 국고보조, 관리에 관한 명령이나 권고, 수리에 관한 권고로 이에 기초한 수리비의 국고부담, 보조 등에 관련 중요문화재양도의 경우 납부금, 국가에 대한 매도의 신청(국가의 선매권), 국가에 의한 관리 또는 수리의 수탁 및 기술적 지도의 제 규정이 준용되었다. 현상변경 및 수출 등에 대하여는 제56조의 13에서 "중요유형문화재에 관하여 그 현상을 변경 또는 보존에 영향을 미치는 행위나 수출하고자 하는 날의 20일전에까지 문부성령이 정하는 것에 의하여 문화청장관에 그 뜻을 신청하지 않으면 안 된다. 다만, 문부성령에서 정한 경우는 이에 한하지 아니한다"라고 정하고 있다. 신청의 절차, 신청을 요하지 아니하는 경우 등에 대하여는 "중요유형민속문화재의현상변경등,수출및공개의신청등에관한규칙"(1975년 문부성령 제30호)에서 정하고 있다.

중요유형민속문화재의 현상변경 등이 신청제로 된 것은 중요문화재란 가치의 관점을 달리하는 것에 더하여 다양하고 대량의 수집품 등에 대하여 획일 허가제를 하는 것을 규제로서 엄격함을 넘어 실정에서 적용할 수 없는 점도 있다. [51]

(5) 기념물과 매장문화재의 보호체계

1) 기념물

구"사적명승천연기념물보존법"의 기념물 보호제도는 문화재보호법의 제정에 의해 승계되었고 구법에 의한 사적, 명승 또는 천연기념물의 지정은 신법에 의한 지정으로 보고 새로운 유형문화재와 마찬가지로 중요보호를 위한 2단계 지정제도가 채택되었다. 또한 1954년의 개정에 의하여 동물, 식물의 생식지, 자생지 등 및 지질광물의 특이현상의 발생지역과 같이 토지를 포함하는 것 등의 정의를 명확히 하고 지정 등에 해당하는 통지할 상대방이 현저히 다수의 경우 공시에 의한 통지방법의 채용, 현상변경 등의 허가에 관하여 재산권과의 조정의 훈시규정, 가지정의 유효기간의 법정, 무허가현상변경 등에 대하여 원상회복명령의 규정, 벌칙의 강화

51) 한국법제연구원, 앞의 논문, 178면 이하 참조.

등의 제도의 정비가 행하여졌다.[52]

2) 매장문화재

1954년 개정에서 제4장으로 매장문화재라는 하나의 장을 신설하여 제57조부터 제65조까지의 조문중 제57조의 2(토지공사 등을 위한 발굴에 관한 신청 및 지시)는 1954년의 개정에 의하여 추가, 제57조의 3(국가의 기관 등이 행한 발굴에 관한 특례)부터 제57조의 6(국가의 기관 등의 유적발견에 관한 특례)까지는 1975년의 개정에 의하여 추가되었다. 개발의 진행과 매장문화재의 발굴에 관한 문제의 확대에 대응하기 위하여 순차 법제도가 정비되었다.

제2조의 문화재 정의에는 포함되지 아니하지만, 문화재보호법은 제4장에 매장문화재라는 별개의 장을 마련하고 있다. 토지에 매장된 문화재를 매장문화재로 하고(제57조제1항), 발굴에 관한 신고・지시・국가기관에 관한 특례 등을 정하고 있다.

매장문화재는 토지에 매장된 유적과 유물이고, 이들을 포함한 토지로서 주지된 토지는 매장문화재포함지이다(제57조의 2 제1항).[53]

(6) 전통적건조물군보존지구의 보호체계

전통적건조물군보존지구란 동법 제2조 제1항(문화재의 정의)은 제5호에서(주위의 환경과 일체를 이루는 역사적 풍치를 형성하는 전통적인 건조물군으로서 가치가 높은 것이라고 규정하고 있다.

1975년의 법개정에 의하여 새롭게 “전통적건조물군”이 문화재로 추가되었다. 이것에 대한 보호제도가 제5장의 2로서 하나의 장으로 추가되었고, 그 보호제도는 장의 명칭에도 나타나 있는 것처럼 “전통적건조물보존지구”의 보호제도로 하고 있다. 이 규정은 “지역”의 보호제도로서 구체적으로 제83조의 2에 규정하는 것처럼 “전통적건조물군 및 이들과 일체를 이루는 그 가치를 형성하는 환경을 보존하기 위해서” 다음 조항의 제1항 또는 제2항에 정하는 것에 의하여 시・읍・면이 정한

52) 한국법제연구원, 앞의 논문, 179면 이하 참조.
53) 한국법제연구원, 위의 논문, 180면 이하 참조.

지구이다. 지구의 결정은 시·읍·면의 도시계획 또는 조례에 의하여 행하여진다.[54]

## 2. 미국

미국은 연방국가로서 모든 법률은 연방헌법의 범위 안에서 그 법규의 효력을 발생하는데 우리의 헌법과 크게 다르지 않지만 그 이하의 법률에 대하여는 각 주의 특성에 따라 각각의 법률을 가지고 있다는데 우리와 차이가 있다. 즉, 연방법에서 다루어지는 분야와 주법에서 다루어지는 분야가 엄밀히 구별되고 있다.

미국의 문화재보호와 관련하여 연방법이 효력을 미치는 주된 분야로는 국가전체의 입장에서 중요한 역사상의 기념물, 건조물 및 물건의 보존, 연방소유지에 있는 기념물, 연방관계사업에 의하여 영향을 받는 매장문화재 등의 보호가 있다. 이와 같은 분야를 제외한 나머지의 상당히 넓은 분야가 주법에 맡겨져 있는 것이다.

문화재보호의 주된 요소는 선사유적, 독립기념건축이나 남북전쟁의 전적에 두고 연방의 소유, 연방이 관리하는 토지에 있는 것에 한정되어 있었으나, 점차로 그 보호대상을 넓혀 사유재산에도 규제를 가하게 되었다. 미국에서는 문서, 미술품 등을 문화재로 지정하는 제도는 없지만, 중요한 것은 스미소나안 기구, 국회도서관 등의 정부기관에서 보유하고 있다. 또한 '아메리카 민속생활 센터'에서는 스미소나안 기구와 공동으로 미국의 전통적 생활의 보존, 재생과 건축물 보존을 도모하고 있다.[55]

### 가. 문화재보호 입법의 연혁

미국의회는 20세기 초 문화유산의 보호의 중요성을 인식하기 시작하였고, 1906년에 미국 골동품법(Antiquities Act)을 시행시켰는데, 동법은 일정한 역사적 구조물들의 보호수단을 제공한다. 의회는 그 후에 1935년의 역사유적지·건물·목적물

---

54) 한국법제연구원, 앞의 논문, 180면 이하 참조.

55) 김수갑, "미국의 문화재보호법제에 관한 고찰", 충북대학교 법학연구소, 법학연구 제11권, 2000. ; 한국교육학술정보원, http://www.riss4u.net, 참조.

및 골동품법(Historic and Archeological Data Preservation Act), 1966년의 국립역사유적보존법(National Historic Preservation Act), 1979년의 유물자원보호법(Archeological Resource Protection Act), 1990년의 아메리카원주민분묘보호및복원법(Native American Graves Protection and Repatriation Act) 등을 통과시켰다. 이들 조항과 연방기관에 의하여 제정된 그에 수반된 규정들을 포함하여, 미국의 문화자원의 보존 및 보호에 관한 법들은 대체로 연방차원의 것이다. 그러나 주법도 문화자원의 유지관리 및 보호분야에서 중요한 법의 구성요소이다.[56]

## 나. 문화재보호에 관한 주요연방법

### (1) 국가기념물

1906년 이래로, 의회와 주입법기관은 국가의 문화자원의 보존 및 보호의 중요성을 인식하였고, 미국의 문화유산과 유물자원의 보호를 목적으로 한 법률들을 시행하여왔다. 그 가운데 문화자원의 보존을 직접 목적으로 하는 연방법 조항 중 최초의 일반적 법률이 1906년에 제정된 골동품법(American Antiquities Act of 1906)이다. 골동품법의 주요 골자는 모든 연방토지상의 선사적 및 역사적 유적을 보호하고 그 토지의 관할권을 가진 장관(secretary of the department)의 허가를 얻지 않고 하는, 그러한 골동품의 발굴이나 파괴를 금지하며 동시에 대통령에게 공유지역을 국립기념물(national monuments)을 선언하고 그러한 목적으로 사유지를 보호지역으로 유보하거나 획득할 권한을 부여하고 있다.[57]

### (2) 국가사적

1906년 골동품법에 따라 국가기념물로 된 것의 다수가 선사시대 유적이기 때문에 유럽계인의 정복 후의 역사적 사건의 기념비적인 사적의 보호를 구하는 목소리가 높아져 1935년에는 이를 위한 조치를 포함한 1935년의 역사유적지·건물·목적

56) 한국법제연구원, “문화재보호법제 정비방안 연구”, 2004년, 89면.
57) 한국법제연구원, 위의 논문, 89~90면.

물 및 골동품법(Historic and Archeological Data Preservation Act)[58]이 성립되게 되었다. 이것은 사적·역사적 건조물 및 고대유물을 보호하기 위한 법률이며 "미국 국민을 고무하는 동시에 그 이익에 이바지하기 위해 국가적으로 중요한 사적·역사적 건조물 및 역사상 중요한 물건을 보존하여 공공의 이용에 제공하는 것은 국가의 책무이다"[59]라고 규정하여 우선 입법의 이념을 선언하고 있다. 이러한 목적을 위하여 내무부장관은 국립공원국을 통하여 다음과 같은 권한과 임무를 가지고 있다.[60] 대체로 ⅰ) 역사 및 고고학적유적, 건조물 및 물건에 관한 도화, 계획, 사진 및 데이터를 확보·대조·보존하는 것, ⅱ) 미국의 역사를 기념하기 위해서 중요한가 여부를 결정하기 위한 역사 및 고고학적 유적, 건조물, 물건 등을 조사하는 것, ⅲ) 미국 내에서 진실하고 정확한 역사 및 고고학적 사실 및 그와 관련한 정보를 획득하기 위하여 특수한 사적, 건조물, 물건에 관련된 조사와 연구를 행하는 것, ⅳ) 미국을 대리하여 증여(gifts), 구입(purchase), 기타의 방법에 의하여 동산 및 부동산, 그 속의 어떤 이익 혹은 채산을 취득하는 것, ⅴ) 역사 및 고고학적 건조물, 유적, 물건 혹은 그와 관련되어 공중의 이용에 사용되는 재산을 보호·보존·유지·관리하기 위하여 주, 지방자치단체, 회사, 단체 또는 개인과 계약하고 협정을 체결하는 것, ⅵ) 역사 및 고고학적 유적, 건조물, 물건 그리고 국가적으로 역사적 및 고고학적으로 중요성을 가지며 그와 관련하여 박물관을 설립하고 유지하는 것이 바람직하다고 여겨지는 재산을 복구·채건·복원·보존 및 유지하는 것, ⅶ) 역사적 또는 고고학적 관점으로부터 국가적으로 중요한 역사상 또는 선사상의 장소 혹은 사건을 표시하고 이것을 기념하기 위하여 명판(tablets)을 세우고 유지하는 것, ⅷ) 법 제467조의 규정에 의하여 취득한 역사 및 고고학적 유적, 건조물, 재산을 토지와 부속건조물과 함께 공중의 이익을 위하여 운영하고 관리하는 것, ⅸ) 내무부장관이 국립공권국을 통하여 미국에 기증된 특수한 역사 및 고고학적 유적, 건조물 또는 재산을 복구·재건·운영·유지하는 것이 관리상으로 부담이 된다고 결정할 때에는 내무부장관은 컬럼비아 지구 및 기타 주의 법아래서 그러한 목적을 위하여 법인을 조직함으로서 같은 일을 행하는 것, ⅹ) 미국의 역사 및 고고학적

58) Pub. L. No. 74-292; Pub. L. No. 100-17; 49 Stat. 666; 16 U.S.C. §§461-67 (1994 & Supp. Ⅱ 1996).
59) 16 USC §461.
60) 16 USC §462.

유적, 건조물 및 국가적으로 중요한 재산에 관한 공적 사실 및 정보를 이용하게 할 목적으로 교육프로그램을 개발하고 서비스 하는 것, xi) 일체의 법령을 집행하고 규정을 수행하는데 필요하고 적합한 이 법전 제461조부터 467조에 모순되지 않는 법규와 규칙들을 제정하는 것 등이다.

이 법률의 취지에 기초하여 국가사적(National Historic Site)으로 정해져 있는 것으로는 제퍼슨 국가발전기념관국가유적(Jefferson National Expansion Memorial, National Historic Site) 등 40개소 정도가 있다. 이러한 국가사적 중에는 존슨과 케네디기념관 도 있어 새로운 시대의사적도 포함하고 있다. 지금은 각각에 대하여 특별입법의 형태로 지정되고 있는 것이 많다.[61]

## 다. 주요 연방규칙[62]

연방규칙(Federal Regulations)들은 미국의 문화자원의 보호와 보존에 중요한 역할을 담당한다. 전술한 법률들은 연방기관들에게 광범한 권한을 부여하는데, 연방규칙들은 그 법률조항들이 어떻게 실행되어야 하는지를 지시하는 규정과 준수를 위한 지침을 규정하기 때문이다. 다음은 문화자원의 보존과 보호를 규율하는 주요한 연방규칙들의 예이다.

### (1) 국립역사적장소등록부규칙[63]

국립역사유적보존법(National Historic Preservation Act)은 내무부장관에게 미국의 역사, 건축, 고고학, 공학 및 문화에 있어서 중요성을 갖는 지역, 유적지, 건물, 구조물 및 목적물을 포함하는 역사적장소의 국립등록부(National Register of Historic Places)의 확대와 관리권한을 부여한다. 국립역사적장소등록부규칙은 국립등록부상의 문화자원 목록편성을 위한 절차를 수립한다.

---

61) 김수갑, 미국의 문화재보호법제에 관한 고찰. ; 한국교육학술정보원, http://www.riss4u.net, 참조.

62) 미국의 주요 연방규칙에 관하여는 한국법제연구원, 문화재보호법제 정비방안 연구, 94면 이하 참조.

63) National Register of Historic Places, 36 C.F.R. §60 (1999).

(2) 주와 지방정부의 공인된 역사유적보존프로그램을 위한 절차규칙[64]

국립역사유적보존법(National Historic Preservation Act: NHPA)은 내무부장관에게 주정부의 역사유적보존프로그램의 공인과 지방정부의 NHPA의 목적을 수행하기 위한 인증에 관한 규칙을 제정하도록 요구한다. 이 규칙은 그러한 공인프로그램에 대한 허가의 부여와 주와 지방정부의 역사유적보존프로그램의 공인과 심사를 위한 절차를 수립한다.

(3) 국립역사적장소등록부에의 등재적격성 판정규칙[65]

연방기관들은 여러 가지 법률과 규칙들에 의해서 자신들의 관할하의 토지내의 또는 제안된 행위에 의하여 영향이 미치는 토지내의 문화자원의 중요성을 평가할 것을 요구받는다. 이 규칙은 문화자원의 국립역사적장소등록부에의 등재적격성을 파악하고 평가하는 데 도움이 되도록 하기 위하여 제정되었다.

(4) 국립역사적기념물프로그램규칙[66]

역사유적지 건물 목적물 및 골동품법(Historic Sites, Buildings, Objects, and Antiquities Act)은 내무부장관에게 국가 역사적 또는 고고학적 중요성을 갖는 역사시대 및 선사시대의 장소와 사건을 표시하거나 기념하기 위하여 비석을 건립하고 관리할 권한을 부여하였다. 이 규칙은 국립역사적기념물프로그램(National Historic Landmarks Program)을 수립하는데, 그 목적은 국립 역사적 기념물의 판별과 지정 및 미국의 역사시대와 선사시대를 설명하고 기념하는 국가적 중요성을 갖는 재화의 장기간 보존을 촉진하는 것이다. 동 규칙은 국가적 중요성을 증명하는 기준과 국립역사적기념물프로그램의 실행절차를 설정한다.

---

64) Procedures for Approved State and Local Government Historic Preservation Programs, 36 C.F.R. §61 (1999).

65) Determinations of Eligibility for Inclusion in the National Register of Historic Places, 36 C.F.R. §63 (1999).

66) National Historic Landmarks Program, 36 C.F.R. §65 (1999).

(5) 연방소유관리하의 유물컬렉션 큐레이션규칙[67]

연방기관들은 자신들이 복원한 선사시대와 역사적 유물자원들의 컬렉션을 여러 가지 문화자원법을 준수하면서 보존할 의무가 있다. 이들 규칙은 (ⅰ)컬렉션의 유지관리와 보존의 절차와 지침, (ⅱ)연방기관이 큐레이션서비스를 위하여 보관시설(repositories)과 맺는 계약, 비망록작성, 협정 또는 기타의 문서에 포함시키는 조건, (ⅲ)한 보관시설이 장기간의 큐레이션 서비스를 제공할 능력을 보유하고 있는지를 판정하는 기준 및 (ⅳ)컬렉션의 접근, 임대 기타 사용에 제공하는 지침 등을 수립한다.

(6) 역사재 및 문화재의 보호규칙[68]

동 규칙은 국립역사유적보존법(National Historic Preservation Act)제106조의 실행을 위한 것이다. 동 규칙은 연방기관, 주정부의 주립역사보존사무소(SHPO)와 역사보존에 관한 대통령자문위원회 등에 제106조 절차(the section 106 process)의 집행상의 지침을 제공한다. 동 규칙은 연방의 또는 연방의 지원을 받거나 연방의 승인을 받은 사업에 대하여 주관하는 연방기관들에게 동 기관의 사업이 국립역사적장소등록부(National Register of Historic Places)에 등재되거나 등재적격을 갖는 문화적 자원에 미칠 영향을 고려하고, 사업의 승인에 앞서서 대통령자문위원회에 동 사업에 대하여 의견을 진술할 합리적인 기회를 부여하도록 요구한다. 동 규칙의 목적은 연방기관들이 연방사업의 필요성과 함께 문화자원에 대한 우려를 형량 하도록 담보하려는 것이다.

(7) 미국 골동품 보존규칙[69]

동 규칙은 1906년 미국골동품법(American Antiquities Act)의 실행을 위한 특별한

---

67) Cuation of Federally Owned and Administered Archaeological Collections, 36 C.F.R. §79 (1999).

68) Protection of Historic and Cultural Properties, 36 C.F.R. §800 (1999).

69) Preservation of American Antiquities, 43 C.F.R. §3 (1998).

지침을 제공한다. 이는 유적의 조사, 고고학적 유적지의 발굴 및 골동품의 목적물(objects of antiquity)의 수집 등에 대한 허가부여 절차를 설명한다. 동 규칙은 피허가자(permittees)에게 매기마다 현장작업동안에 얻은 컬렉션과 사진들의 카탈로그를 복사하여 보고할 의무를 부과한다. 동 규칙은 또한 역사나 선사유적 또는 기념물의 파손이나 파괴 혐의로 체포 구금된 자에 대한 처벌규정을 두고 있다.

(8) 유물자원 보호규칙

이 규칙은 유물자원보호법(Archeological Resources Protection Act)규정의 실행을 위한 것이고 공유지나 인디언의 토지상에 위치한 유물자원의 보호업무에 종사하는 모든 연방 토지관리인에게 적용된다. 이는 연방토지관리인에게 유물자원 컬렉션과 데이터의 발굴 및 분리에 대한 허가의 부여, 허가받지 않은 발굴 및 이동에 대한 민사 제재금(civil penalties)의 부과, 공개를 하면 유물자원에 위협이 될 유물자원에 대한 정보의 비밀성의 담보를 위한 규정 등을 통하여 유물자원의 보호를 할 수 있도록 한다.

(9) 아메리카원주민 분묘보호 및 복원법 규칙[70]

동 규칙은 아메리카원주민 분묘보호 및 복원법(Native American Graves Protection and Repatriation Act)의 시행을 위한 지침을 제공한다. 동 규칙은 직계후손, 인디언 부족 및 하와이원주민협회(Native Hawaiian organization)등이 자신들과 관계있는 일정한 아메리카원주민의 인류유적, 祭儀 목적물, 聖物 기타 문화적 재산 등에 대하여 권리가 있는지 판정하는 체계적 절차를 개발한다.

(10) 도시개발행위 허가프로그램의 역사보존요건규칙[71]

---

70) Native American Graves Protection and Repatriation Act Regulations, 43 C.F.R. §10 (1998).

71) Historic Preservation Requirements of the Urban Development Action Grant Program, 36 C.F.R. §801.1(1999).

동 규칙은 1980년의 주택 및 지역개발법(the Housing and Community Development Act of 1980: HCDA)[72]에 의하여 요구되며, 도시개발행위보조금(Urban Development Action Grant: UDAG)프로그램 하에서의 주택 및 도시개발부(Department of Housing and Urban Development: HUD)가 재원을 마련한 프로젝트에만 적용된다. 원래 역사보존자문위원회가 제정한 국립역사유적보존법(NHPA)제106조의 검토절차를 규율하는 규칙은 전술한 36 C.F.R. Part 800 (1997)으로 제정되어있지만, 도시개발행위허가프로그램의 역사보존요건규칙은 UDAG프로그램을 위한 역사보존자문위원회의 평가를 획득하기 위한 신속절차와 함께 동위원회의 전술한 "역사재 및 문화재의 보호규칙(Protection of Historic and Cultural Properties)"[73]에 대한 특별예외규정으로서의 대체규칙을 정한다.

## *3.* 독일

### 가. 문화재보호법제 개관

독일의 경우 문화재의 보호의 문제는 크게 독일 문화재가 외국으로 유출되는 것을 방지함으로써 문화재를 보호하는 경우와 자국의 문화재를 보호·관리하는 경우로 나누어서 다루어지고 있다. 이에 따라 문화재와 직접적으로 관련된 독일의 법제는 크게 두 가지의 범주로 나누어 볼 수 있다. 첫째는 독일 문화재가 외국으로 유출되는 것을 방지함으로써 자국의 문화재를 보호하는 경우와 이와 관련하여 불법적으로 반출되거나 유입된 문화재에 대한 반환을 청구하거나 반환의무를 부담하는 경우이다. 후자의 경우는 비교적 최근에 입법화되었다. 그리고 둘째는 자국 내에서 자국의 문화재를 보호·관리하는 경우이다.

한편 독일은, 연방국가이므로, 독일 헌법인 기본법에 의하여 입법권한이 연방과 주로 나뉘어져 있다. 이에 따라 국외유출로부터의 독일문화재보호에 관한 법률은 연방법률로 제정되어 있고, 기념물보호에 관한 법률은 각 주의 법률의 형태로 존재하고 있다.

---

72) 42 U.S.C. 5320.

73) 36 CFR part 800.

독일의 문화재 관련법제는 일반법으로 총 4장 24개 조문으로 된 문화재보호법, 문화재보장법(1998), 문화재반환법, 문화재보호법개정법률 및 각 州法으로 제정되어 있는 기념물보호법 등이 있다.[74]

## 나. 문화재보호법

독일의 경우 문화재의 국외유출을 방지하기 위한 연방법률로서 "국외유출로부터의 독일문화재보호법이"이 있다. 동법 이전에는 1919년의 예술품유출에 관한 제국규정이 있었고, 이 규정은 기본법 하에서도 여전히 효력을 유지하고 있었다. 하지만 1983년의 상태를 기초로 하는 보호예술품의 목록을 재정비하여야 할 필요성이 대두되면서 문화재보호법이 제정되기에 이른 것이다. 독일 문화재보호법의 제정목적은 독일의 문화재산(Kulturbesitz)에 대하여 본질적인 의미를 가지는 문화재 및 문서의 존재를 유지하고 이러한 문화재의 국외유출로부터 이를 보호하는 것이다. 문화재보호법은 전국적으로 가치 있는 문화재 및 전국적으로 가치 있는 문서와 같은 중요 문화재를 일정한 목록표에 등재하게 하고 이러한 등재된 문화재의 국외유출에 대하여는 승인을 받도록 규정함으로써 이러한 제정목적을 달성하고자 한다.

이 법에서는 그 보호대상으로서 도서재산을 포함한 예술품 및 그 밖의 문화재, 문서재산 등을 규정하고 있고, 이들에 대한 목록에의 등재, 보고와 공고의무, 등재된 문화재에 대한 국외유출승인, 잠정적인 유출금지, 등재나 유출승인거부로 인한 경제적 불이익의 조정, 벌칙 등의 규정을 두고 있다.[75]

## 다. 문화재반환법

불법적으로 반출되거나 국내에 유입된 문화재에 대하여 반환청구 및 반환의무와 관련된 법률로서는 문화재반환법이 있다. 이 법률은 불법적으로 반출된 문화재의 반환에 대한 유럽공동체의 지침을 이행하기 위하여 1998년 제정된 문화재보장법의 제1조에 해당하는 법률로써 크게 유럽연합회원국으로 불법적으로 반출된 독일 문

74) 한국법제연구원, 문화재보호법제 정비방안 연구, 98면.

75) 한국법제연구원, 문화재보호법제 개선방안, 83면.

화재의 반환청구권에 관한 부분과 독일로 유입된 문화재에 대한 다른 유럽연합회원국의 반환청구권에 관한 반환의무부분으로 나누어 규정하고 있다. 전자와 관련하여서 문화재반환법은 독일 문화재에 대한 반환청구의 주장에 관하여 규정하고 있고, 다른 회원국의 반환요구에 관하여는 제2장에서 제5조에서 제13조에 걸쳐 반환의무의 요건, 반환청구권자와 의무자, 반환의 시행, 보상, 청구권의 소멸시효와 소멸, 각 주의 중앙행정기관의 사무, 반환소송, 벌칙 등을 규정하고 있다. 후자의 반환의무의 요건과 관련하여서는 1992년 이후에 불법적으로 유럽연합회원국의 주권영역으로부터 독일 내로 유입된 물건에 대하여 일정한 요건 하에서 그 회원국의 요청에 따라 회원국에게 반환하여야 할 의무를 진다고 규정하고 있다.[76]

### 라. 각 주의 기념물보호법[77]

독일의 자국 문화재에 대한 자국 내에서의 보호와 관련하여서는 이는 각 주의 문화고권(Kulturhoheit)에 속하는 것으로서 독일의 각 주들은 각 주의 헌법규정에 의거하여 각각 기념물보호법을 제정하여 시행하고 있다. 이들 법률은 대체로 그 법률의 제정목적이나 절차와 관련된 원칙규정에 있어 상당한 유사성을 보이고 있으나, 그 구체적인 내용에 있어서는 서로 상이하게 규율하고 있는 경우도 있다.

독일 각 주의 기념물보호법은 문화재의 개념과 관련하여 '문화기념물(Kulturdenkmäler)' 또는 '기념물(Denkmäler oder Dekmale)'이라는 용어를 사용하고 있는데, 이는 우리나라의 문화재의 개념과 거의 같은 뜻으로 사용되고 있는 것으로 보인다.[78] 다만 독일의 기념물보호법은 기념물과 관련하여, 형체 있는 물체, 즉 유체물만을 그 대상으로 하고 있어, 우리나라의 무형문화재와 같은 비형태적인 문화재는 기념물의 개념에 포함되지 않는다는 특색이 있다. 기념물보호법은 이러한 유체의 물건을 중심으로 기념물의 개념을 정립하면서도, 대체로 이에 대한 종물이나

---

76) 한국법제연구원, 문화재보호법제 개선방안, 100면.

77) 독일 각 주의 기념물보호법에 관하여는 한국법제연구원, 문화재보호법제 정비방안 연구, 99면 이하 참조.

78) 우리나라에서는 이들 용어를 "문화유산"(김수갑, "우리나라에서의 문화재보호정책의 현황 및 개선방안", 법학연구 제7권제1호, 167쪽 이하 (1995)), "기념물"(김수갑, "문화재보호법의 체계", 법과 사회 제19호, 51쪽 이하 (2000.11); 길준규, "문화재의 개념과 그 구성요건", 공법연구 제30집제1호, 287쪽 이하 (2001.12)), "문화재"(이상영, "독일의 문화유산에 대한 법적 보호", (대전대) 새울법학 창간호, 163쪽 (1997)) 등으로 번역하고 있다. ; 재인용

이들을 포함하고 있는 주위환경(Umgebung), 더 나아가서는 전체시설(Gesamtanlage) 또는 앙상블(Ensemble), 기념물영역(Denkmalbereich) 등을 기념물의 개념에 포함시키고 있다. 이러한 유체의 물건이 법이 정하는 기념물의 개념에 해당되더라도, 법에 의한 보호를 받기 위해서는 대체로 역사성, 예술성, 학문성 등의 근거가 있어야 하고, 이를 기념물로서 보존해야할 공익이 존재하여야 한다. 이상의 요건을 갖춘 기념물은 그 자체로서 또는 직접적인 보호조치, 기념물대장에의 등재 등을 통하여 일차적인 보호를 받는다.

기념물보호법상의 기념물보호의 목적은 기념물을 보호, 관리, 유지하는 것이다. 이러한 목적을 달성하기 위하여 기념물보호법은 기념물의 유지, 수리, 보존, 복원, 개선, 재건, 이전 등의 행위, 그밖에도 기념물의 파괴, 제거, 변경 등의 행위에 대하여 승인을 받도록 함으로써 기념물을 보호하고 있다. 그 외에도 잠정적인 보호조치, 재난시의 특별보호와 같은 문화재에 대한 추가적인 보호제도 등이 규정되어 있다. 한편 입법례에 따라서는 지방자치단체도 직접 기념물보호 및 관리사무를 수행하기도 하고 또는 이에 협력할 수도 있다. 그 외에도 직접 기념물관리계획을 수립하거나, 또는 지방자치단체의 건설기본계획을 수립하면서 기념물보호 및 관리를 고려하는 방식으로 기념물보호에 일정한 역할을 담당하기도 한다. 그리고 주로부터 기념물 보호사무를 위임받아 처리하기도 한다. 경우에 따라서는 지방자치단체가 조례의 제정을 통하여 일정 시설 또는 일정 지역을 기념물보호 하에 둘 수 있도록 규정하고 있는 입법례도 있다.

주민의 경우에는 직접적으로 주민의 참여를 인정하고 있는 입법례는 없지만, 선언적 의미에서 주민도 기념물 보호사무에 협력할 수 있다는 규정은 있다. 나아가 기념물보호와 관련된 일반 사설단체의 경우에 기념물보호사무가 위임되어 처리될 수 있다는 규정을 두고 있는 입법례도 있다.

기념물보호를 위한 행위규제와 관련하여서 기념물보호법은 기념물에 대한 일정한 행위에 대하여 승인을 요구하는 것 이외에도, 기념물소유자의 유지의무, 정보제공 및 수인의무, 보고의무 등을 규정하고 있고, 그밖에도 승인 없이 또는 위법하게 기념물에 대하여 행하여진 행위에 대한 복원명령과 이에 대한 강제집행, 침해의 배제, 일정한 기념물 또는 일정 지역에서의 건축시설이나 광고시설의 설치나 변경의 금지, 발굴물과 관련된 일정한 행위, 채굴, 조사행위, 지표에 대한 침해나 용도

변경, 채굴보호지역, 고고학적 보호지역에서의 일정한 행위 등에 대한 승인의 요구, 기념물이 발견된 토지 또는 그 일부에 대한 경제적 사용의 제한 등의 규제조항을 두고 있다. 독일 모든 주의 기념물보호법은 기념물보호를 위한 수용과 보상에 관하여 규정을 두고 있고, 기념물의 보호 및 관리와 관련된 재정적인 지원에 관하여 별도의 명문의 규정을 두고 있는 경우도 있다.

독일 각 주의 기념물보호법은 기념물에 대한 일정한 행위에 대한 제재규정을 두고 있는데, 이 가운데에는 자유형, 벌금형 등의 형벌을 규정하고 있는 입법례도 있으나, 대체로는 기념물보호법상의 규정위반에 대한 범칙금만을 규정하고 있다. 다만 범칙금의 상한은 10만 마르크에서 300만 마르크까지 각 주마다 매우 상이하게 규정되어 있다.

# 제3장 우리나라의 문화재보호법

## 제1절 문화재보호체계

### 1. 문화재보호체계의 변천

현행 문화재보호법은 1962년 1월 10일 법률 제961호로 제정된 후 20년만인 1982년 12월 31일에 비현실적이고 불합리한 규정을 정비하고, 보다 효율적인 관리체제를 확립하기 위하여 전면 개정되었으며, 1999년 1월 29일에는 각종 개발사업으로 인한 문화재 훼손을 사전에 예방할 수 있는 체제를 마련하고 운영상 나타난 일부 미비점을 개선 보완하기 위해 법률 제5719호로 많은 부분이 개정되었으며 그 이후 2007년 4월 11일 법률 제8346호의 전문개정 전까지 무려 21차례의 일부개정이 이루어졌다. 이는 문화재보호의 중요성과 훼손우려의 심각성을 자각하여 문화재보호에 대한 관심이 증가하고 있다는 단편적인 예라고 할 것이며 "국경 없는 무한경쟁시대에 국민에게 희망을 주는 일류 정부를 건설하기 위하여, 우리의 미래에 관한 전략기획기능을 강화하고, 정부의 간섭과 개입을 최소화하는 작은 정부 구축을 통하여 민간과 지방의 창의와 활력을 북돋우는 한편, 국민부담을 줄이며 유연하고 창의적으로 일하는 정부를 구축하기 위한 정부부처 간의 통합과 재배치"를 골자로 하여 2008년 2월 29일 법률 제8852호로 일부개정 되어 오늘에 이르고 있다.

문화재보호법 이외의 문화재보호에 관련된 법령으로는 민족문화의 유산으로서 역사적 의의를 가지는 전통사찰을 보존함으로써 민족문화의 향상에 이바지함을 목적으로 제정된 '전통사찰보존법'(1987.11.28. 제정, 법률 제3974호), 외침을 극복하고 민족의 자주와 독립을 지켜온 우리민족의 국난 극복사와 국가발전사에 관한 자료를 수집·전시하게 함으로써 국민의 투철한 민족정신과 국가관을 정립함을 목적으로 제정된 '독입기념관법'(1986.5.9. 제정, 법률 제3820호), 전통향교의 보존과 재산관리 등을 목적으로 제정된 '향교재산관리법'(1962.1.10. 제정, 법률 제958호), 그 밖에 '박물관 및 미술관진흥법'(1991.11.30. 제정, 법률 제4410호), 그 외 개별법에 문화재보호에 관련된 규정이 있지만,[79] 가장 핵심적인 법은 '문화재보호법'이다.

문화재보호법의 보호대상으로서의 문화재는 그 동안 수차례의 개정을 거치면서 그 범위가 확대되어 왔다. 문화재보호법 제정전 문화재보호법제는 일제시대의 1910년 제정된 '고적급유물보존규칙'(학부령 제23호), 동년의 '사찰령', 1916년의 '고적급유물보존규칙'(조선총독부령 제52호), 1933년 '조선고물고적명승천연기념물보존령'(조선총독부령 제6호)을 대표적으로 들 수 있다.[80]

1933년의 보존령은 해방 후에도 제헌헌법 제100조에 의해 효력을 지속해오다가 1962년 문화재보호법의 제정으로 폐지되었다. 일제시대, 특히 3·1운동 이후 문화정책의 일환으로 보호법제를 두어 표면상으로는 문화재보호정책을 펴는 듯 했으나, 많은 문화재가 일본으로 수탈되어 가거나 파괴된 바 있다.[81] 더욱이 이 기간 동안 잘못된 교육과 우민문화정책에 의하여 민족의 역사와 사상을 바라보는 정신적 기반이 흐트러졌고 그로 인하여 문화재애호사상이나 문화재를 국민적 공유재산으로 향유해야 한다는 주인의식 내지는 권리의식을 싹트지 못하게 하였다.[82] 따라서 우리나라에서 근대적 의미의 문화재보호행정이 주체적이고 본격적으로 전개된 시기는 해방 이후, 특히 문화재관리국이 설치되고 문화재보호법이 제정되면서부터라고 보아야 할 것이다.

1962년 제정된 '문화재보호법'은 문화재의 보존관리 및 활용에 관한 문교부장관의 자문기관으로서 문화재위원회를 두도록 하고, 문화재를 유형문화재, 무형문화재, 기념물, 민속자료의 4종으로 분류하여 이 중에서 특히 중요하다고 인정되는 것은 문교부장관이 문화재위원회에 자문하여 지정문화재로 각각 지정하도록 하였으며, 매장문화재도 보호대상으로 정하여 그것의 발견 시에는 문교부장관에게 신고하게 하는 동시에 누구든지 매장문화재를 발굴하고자 하는 때에는 문교부장관의 허가를 받도록 하였다. 그밖에 문화재의 가지정제도를 두었고, 지정 또는 가지정문화재에 관한 일정한 행위에 대하여는 문교부장관의 허가사항으로 하고 지정문화재의 소유자 또는 관리자에게 문화재공개의무를 부과하고 지정 또는 비지정문화재의

---

79) 전통적인 건조물의 멸실과 훼손을 방지함으로써 그 원형을 유지하여 전승 · 보존할 것을 목적으로 하는 '전통건조물보존법'(1984. 12. 31 제정, 법률 제3777호)은 1999년 1월20일 법률 제 5656호 폐지되었다.

80) 오세탁, "한국문화재보호법제 연구(Ⅱ)", 충북대학교 사회과학연구소, 사회과학연구 제4권 제1호, 1987, 85면 이하 참조.

81) 이구열, 『한국문화재 비화』, 한국미술출판사, 1973, 115면.

82) 오세탁, 위의 논문, 28면.

관리보존에 필요한 비용의 일부와 지정문화재의 공개에 필요한 비용의 일부를 국고에서 부담하게 하는 등 관리체계를 정비하였다. 그 후 문화재보호법은 여러 차례의 개정이 이루어 졌는데, 대표적인 개정과정을 살펴보면, 우선 1970년 8월 10일의 제5차 개정(법률 제2233호)을 들 수 있다. 이 개정의 골자를 살펴보면 다음과 같다.

현행법의 미비한 점을 보완하고 벌칙 등을 강화하여 문화재관리의 합리적인 운영을 기하려는 것으로

①화재, 도난 및 훼손 등의 피해예방상 필요할 때 국보·보물로 지정 또는 가지정된 문화재를 국가에서 직접 관리할 수 있도록 함.

②해외전시등 문화재의 국제적 교류를 목적으로 하는 외에는 문화재의 국외 수출이나 반출을 하지 못하도록 함.

③지정문화재 이외의 문화재중 향토문화 보존상 필요한 것은 지방문화재로 지정할 수 있도록 하고 소요경비는 국가 또는 당해 지방자치단체에서 부담하거나 보조하도록 함.

④문화재의 해외유출, 절취, 은닉, 훼손 기타 범법자에 대한 벌칙을 강화함.

⑤전시, 사변 또는 이에 준하는 국가비상시 문화재보호에 대한 특별 규정을 신설함.

다음으로 1982년 제7차 문화재보호법의 전문개정이 있었는데, 그 주요 골자는 다음과 같다.

문화재에 관한 효율적인 관리체제를 확립하고, 동산문화재의 등록제도를 폐지하는 등 비현실적인 규정을 현실에 맞게 정비·보완하려는 것임.

①문화재를 국가지정문화재, 시·도지정문화재 및 문화재자료로 구분함.

②천연기념물에 관한 보호를 철저히 하기 위하여 동물의 서식지·번식지·도래지와 식물의 자생지자체도 천연기념물로 지정할 수 있도록 함.

③사적·중요민속자료등 기타 국가지정민속문화재에 대하여도 문화공보부장관이 멸실 등의 예방조치를 할 수 있도록 함.

④국보·보물의 모사·모조 및 중요무형문화재의 악보·대본제작행위 등을 허가사항에서 삭제하여 자유롭게 할 수 있도록 함.

⑤중요무형문화재의 보호·육성을 위하여 중요무형문화재의 보유자로 하여금 전수교육을 실시할 수 있도록 하고 전수교육을 받는 자에 대하여는 장학금을 지급할 수 있도록 함.

⑥문화재매매업자의 자격·결격사유·준수사항 및 허가취소에 관한 사항을 규정함.

그 후 1995년 1월 5일 개정법률(법률 제4884호)에서는 매장물 발견시 발굴비용을 공사의 시행자가 부담한다는 동법 제44조 4항을 대통령령이 정하는 경우는 국가가 부담한다는 취지의 일부개정이 있었고,[83] 1995년 12월 29일 개정법률(법률 제5073호)에서는 문화재수리기술자와 문화재수리기능자에 대한 상세한 자격규정과 청문[84]에 관한 규정이 신설되고 관람료에 관한 규정이 개정되었다.

최근에 이루어진 개정을 살펴보면 1999년 1월 29일(법률 제5719호)에는 민족의 문화유산인 문화재의 실효성 있는 보존·관리를 위하여 각종 개발사업의 인한 문화재의 훼손을 사전에 예방할 수 있는 체제를 마련하고, 문화재사범의 단속을 강화하기 위하여 위법행위에 대한 벌금액을 상향조정하는 한편, 국민에게 불편을 주는 행정규제완화를 위하여 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 이유에서 개정이 있었다.[85]

2000년 1월 12일(법률 제6133호)에는 문화재보호구역의 지정에 따른 재산권행사의 제한을 줄이기 위하여 문화재보호구역 관련제도를 개선하고, 문화재수리기술자

---

83) 건설공사시 매방물이 발견되면 국가의 허가를 받아 발굴을 하게 하는데, 이 경우 공사시행자가 발굴비용을 부담하게 되므로, 매장문화재발견 등의 신고기피우려가 있고 민원도 제기되는 등 문제점으로 인하여 개정하였는데, 대통령령은 대지면적 100평 이하 주거용 주거신축시 발굴비용은 국가가 부담한다고 규정하고 있다.

84) 문화재청장, 시 · 도지사, 시장 · 군수 또는 구청장은 수리기술자의 등록취소, 수리기능자의 등록취소, 문화재수리업자의 등록취소, 허가를 받은 자가 그 허가사항 또는 허가조건을 위반할 때의 허가취소ㅡ 문화재매매업자의 영업정지 등의 처분을 하고자 하는 경우에는 청문을 실시하여야 할 의무를 지우고 있다.(제 79조의 2). 이러한 청문규정은 한정된 경우에만 허용되고 있으나, 불리한 처분을 받는 모든 경우에 확장할 필요가 있다고 본다.

85) 개정의 주요 골자는 다음과 같다.

① 문화재보호법의 목적에 대한 전문개정과 문화재의 일반적 정의규정 및 문화재보호의 기본원칙규정 신설

② 국가 또는 지방자치단체 등은 문화재가 매장된 것으로 판정된 지역에서 개발사업을 하고자 하는 경우 문화관광부장관과의 사전에 협의제도 신설(제48조의 2 제1항)

③ 일정규모 이상의 건설공사 시행자는 건설공사의 사업계획 수립시 당해 지역에 대한 문화재지표조사의무 및 결과제출의무 신설(제74조의 2)

④ 천연기념물의 보호 · 관리 강화(제81조 제3항)

⑤ 문화재매매업의 허가제를 신고제로 전환하는 등 각종 행정규제를 폐지 또는 정비(제40조) 등이다.

의 자격취득 및 등록에 있어서의 행정규제를 완화하며, 문화재보호를 위하여 문화재의 공개를 제한할 수 있도록 하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 개정이었다. 이후 10번의 일부개정을 통하여 제도 운영상 나타난 미비점의 개선·보완 및 이원화된 법률의 통합 등이 이루어졌다.

그동안 1982년 전문개정이후 빈번한 개정으로 인하여 많은 조항이 삭제되고 또는 삽입되어 법률의 체계화와 관련된 법제정비의 필요성 등을 이유로 2007년 4월 11일(법률 제8346호)에 1982년의 전문개정이후 16년 만에 전부개정이 이루어졌다.

현행 문화재보호법은 8개장 117조 및 부칙으로 제1장 총칙, 제2장 국가지정문화재, 제3장 등록문화재, 제4장 매장문화재, 제5장 국유문화재에 관한 특례, 제6장 시·도지정문화재, 제7장 보칙, 제8장 벌칙으로 구성되어 있다.

## 2. 현행 문화재보호법의 보호체계

### 가. 국가지정문화재의 보호체계

(1) 지정

중점보호주의에 입각하여 지정제도와 등록제도를 병행하여[86] 취하고 있는 우리의 법제에서 문화재지정은 문화재보호 및 관리업무에 있어서 가장 중요하고 기본적인 업무의 하나이다. 문화재는 지정문화재로 지정됨으로써 정부의 적극적인 보호 및 관리대상이 되므로 일정한 관리번호를 부여하여 관보에 고시하게 된다.

문화재는 지정된 것이나 지정되지 않은 것이나 보호를 받아야 하지만, 사실 문화재는 지정하기 전에는 문화재로서의 가치를 인정받지 못하고 있는 것이 사실이다. 이런 의미에서 문화재지정은 사라져 가는 문화유산의 특별보호를 위한 조치라는 측면 외에 '문화재가치의 공식화'라는 또 하나의 측면을 가지고 있으며, 문화재의 지정은 문화재의 소유자 또는 관리자의 권리·의무에 관한 사항이므로 신중을 지하여야 한다.[87]

---

86) 김창규, 『문화재보호법개론』, 동방문화사, 2005, 67면.

87) 김수갑, "문화재보호법의 현재와 미래 : 문화재보호법의 체계", 동성출판사, 법과사회 19, 2000, 68면.

문화재청장은 문화재위원회의 심의를 거쳐 유형문화재 중에서 중요한 것을 보물로 지정할 수 있고(제5조 제1항), 보물에 해당하는 문화재중 인류문화의 관점에서 볼 때 그 가치가 크고 유례가 드문 것을 문화재위원회의 심의를 거쳐 국보로 지정할 수 있다(동조 제2항). 문화재청장은 문화재심의위원회의 심의를 거쳐 무형문화재중 중요한 것을 중요무형문화재로 지정할 수 있고(제6조 제1항), 기념물중 중요한 것을 사적·명승 또는 천연기념물로 지정할 수 있으며(제7조), 민속자료 중에서 중요한 것을 중요민속자료로 지정할 수 있다(제8조). 문화재청장은 제5조·제7조 또는 제8조의 규정에 의한 보물·국보·중요무형문화재·사적·명승·천연기념물 또는 중요민속자료 등의 지정에 있어서 문화재의 보호를 위하여 특히 필요한 경우에 이를 위한 보호물 또는 보호구역을 지정할 수 있으며(제9조 제1항), 문화재청장은 보호물 또는 보호구역을 지정한 경우에는 일정한 기간을 두고 그 지정의 적정성 여부를 검토하여야 한다(동조 제2항). 문화재청장이 제5조부터 제9조의 규정에 의하여 국가지정문화재·보호물과 보호구역 등을 지정하는 경우에는 그 취지를 관보에 고시하고(제10조 제1항), 국보·보물 또는 중요민속자료를 지정한 때에는 그 소유자에게 당해문화재의 지정서를 교부하여야 한다(제11조 제1항).

문화재청장은 제5조·제7조 또는 제8조의 규정에 의하여 지정한 문화재가 국가지정문화재로서의 가치를 상실하거나 기타 특별한 사유가 있는 때에는 문화재위원회의 심의를 거쳐 그 지정을 해제할 수 있다(제13조 제1항). 문화재청장은 제9조 제2항에 따른 검토결과 보호물 또는 보호구역의 지정이 적정하지 아니하거나 기타 특별한 사유가 있는 때에는 보호물 또는 보호구역의 지정을 해제하거나 그 범위를 조정하여야 하며, 국가지정문화재의 지정이 해제된 경우에는 지체 없이 당해 문화재의 보호물 또는 보호구역의 지정을 해제하여야 한다(동조 제2항).

(2) 관리 및 보호

문화재청장은 시·도지사와의 협의를 거쳐 국가지정문화재의 보존·관리 및 활용에 관한 기본계획을 수립할 수 있으며(제15조 제1항), 문화재청장은 그 기본계획을 시·도지사에게 통보하여야 하며, 시·도지사는 그 기본계획에 따른 세부시행계획을 수립·시행하여야 한다(동조 제2항). 문화재청장은 국가지정문화재의 소유

자가 불명하거나 그 소유자 또는 관리자에 의한 관리가 곤란 또는 부적당하다고 인정될 때에는 지방자치단체나 그 문화재를 관리함에 적당한 법인 또는 단체(이하 이 조에서 “지방자치단체등”이라 한다)를 지정하여 당해국가지정문화재를 관리하게 할 수 있으며(제16조 제1항), 문화재청장은 지방자치단체등을 지정할 경우에 그 문화재의 소유자가 있으면 그 의견을 들어 이를 참작하여야 하며, 지정하려는 지방자치단체등의 의견을 들어야 한다(동조 제2항). 문화재청장이 제1항에 따라 지방자치단체등을 지정하면 지체 없이 그 취지를 관보에 고시하고, 국가지정문화재의 소유자 또는 관리자와 해당 지방자치단체등에게 이를 알려야 한다(동조 제3항).

국가지정문화재의 소유자(관리단체가 지정되어 있을 때에는 그 관리단체를 말한다)가 해당 문화재를 수리하려면 제22조·제26조 또는 제27조에 따라 시·도지사에게 등록한 문화재수리기술자·문화재수리기능자 또는 문화재수리업자(이하 “문화재수리기술자등”이라 한다)에게 수리하도록 하여야 한다(제17조). 다만, 해당 문화재의 보존에 영향을 미치지 아니하는 경미한 수리를 하는 경우에는 그러하지 아니하다(동항 단서).

문화재청장과 해당 시장·군수 또는 구청장 및 관리단체의 장은 국가지정문화재의 보존·관리 및 변경 사항 등에 관한 기록을 작성·보존하여야 하며(제33조 제1항), 문화재청장은 국가지정문화재의 보존·관리를 위하여 필요하다고 인정하면 전문지식이 있는 자나 연구기관에 국가지정문화재의 기록을 작성하게 할 수 있다(동조 제2항).

국가지정문화재를 탁본 또는 영인하거나 그 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 촬영을 하는 행위, 국가지정문화재(보호물·보호구역과 천연기념물중 죽은 것을 포함한다)의 현상을 변경(천연기념물을 표본·박제하는 행위를 포함한다)하거나 그 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위로서 문화관광부령이 정하는 행위를 하는 경우 등 일정한 행위를 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화재청장의 허가를 받아야 한다(제34조).

국보·보물·천연기념물 또는 중요민속자료는 국외로 수출하거나 반출할 수 없다(제35조 제1항). 다만, 문화재의 국외전시 등 국제적 문화교류를 목적으로 반출하되, 그 반출한 날로부터 2년 이내에 다시 반입할 것을 조건으로 국무회의의 심의를 거쳐 문화재청장의 허가를 받으면 그러하지 아니하다(동항 단서, 제3항).

문화재청장이나 지방자치단체의 장은 국가지정문화재(보호물과 보호구역을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 관리·보호를 위하여 필요하다고 인정하면 일정한 사항을 명할 수 있다(제37조 제1항). 또한 국가지정문화재(보호물과 보호구역을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 소유자·보유자·관리자 또는 관리단체는 해당 문화재에 관하여 관리자의 임면, 소유자의 변경 등의 일정한 사유가 발생한 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 사실 및 경위를 문화재청장에게 신고하여야 한다(제38조 제1항). 국가는 국가지정문화재의 관리·보호·수리 또는 기록의 작성을 위하여 필요한 경비 등의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다(제39조).

(3) 공 개

국가지정문화재는 제2항에 따라 문화재의 공개를 제한하는 경우 외에는 특별한 사유가 없는 한 이를 공개하여야 한다(제43조 제1항). 문화재청장은 국가지정문화재의 보존과 훼손 방지를 위하여 필요하면 해당 문화재의 전부나 일부에 대하여 공개를 제한할 수 있다(동조 제2항). 국가지정문화재의 소유자·보유자 또는 관리단체는 그 문화재를 공개하는 경우 관람자로부터 관람료를 징수할 수 있다(제44조 제1항).

(4) 조 사

문화재청장은 필요하다고 인정할 때에는 그 소속공무원으로 하여금 국가지정문화재의 현장·관리·수리 기타 환경보전상황 등에 관하여 조사하게 할 수 있으며(제45조 제1항), 그 경우에는 미리 그 문화재의 소유자·보유자·관리자 또는 관리단체(이하 “소유자등”이라 한다)에 대하여 그 뜻을 알려야 한다. 다만, 긴급한 경우에는 사후에 그 취지를 알릴 수 있다(동조 제3항).

## 나. 시·도지정문화재의 보호체계

(1) 지 정

시·도지사는 그 관할 구역에 있는 문화재로서 국가지정문화재로 지정되지 아니한 문화재 중 보존가치가 있다고 인정되는 것을 시·도지정문화재로 지정할 수 있다(제71조 제1항). 다만, 무형문화재의 경우에는 문화재청장과의 사전 협의를 거쳐 중요무형문화재를 시·도지정문화재로 지정할 수 있으며, 그 보유자 인정은 중요무형문화재의 보유자가 아닌 자 중에서 하여야 한다(동조 단서). 향토문화보존상 필요하다고 인정되는 것을 문화재자료로 지정할 수 있다(동조 제2항). 문화재청장은 문화재위원회의 심의를 거쳐 필요하다고 인정되는 문화재에 대하여 시·도지사에게 시·도지정문화재나 문화재자료(보호물이나 보호구역을 포함한다. 이하 같다)로 지정·보존할 것을 권고할 수 있다(동조 제3항). 시·도지정문화재 및 문화재자료의 지정 및 해제절차, 관리, 보호·육성, 공개 등에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다(동조 제5항).

(2) 보존관리 및 보호

시·도지사는 시·도지정문화재나 문화재자료를 지정하거나 그 지정을 해제하였을 경우와 해당 지정문화재나 문화재자료의 소재지나 보관 장소의 변경·멸실·훼손·도난·수리 등의 사유가 발생한 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 문화재청장에게 보고하여야 한다(제74조제1항). 문화재청장은 위의 행위가 적합하지 아니하다고 인정되면 시정이나 필요한 조치를 명할 수 있다(동조 제2항).

국가지정문화재의 소유자(관리단체가 지정되어 있을 때에는 그 관리단체를 말한다)가 해당 문화재를 수리하려면 제22조·제26조 또는 제27조에 따라 시·도지사에게 등록한 문화재수리기술자·문화재수리기능자 또는 문화재수리업자(이하 "문화재수리기술자등"이라 한다)에게 수리하도록 하여야 한다(제17조 제1항, 제75조 제1항). 다만, 해당 문화재의 보존에 영향을 미치지 아니하는 경미한 수리를 하는 경우에는 그러하지 아니하다(동항 단서).

국보·보물·천연기념물 또는 중요민속자료는 국외로 수출하거나 반출할 수 없다(제35조 제1항, 제75조 제1항). 다만, 문화재의 국외전시 등 국제적 문화교류를 목적으로 반출하되, 그 반출한 날로부터 2년 이내에 다시 반입할 것을 조건으로 국무회의의 심의를 거쳐 문화재청장의 허가를 받으면 그러하지 아니하다(동항 단

서, 제3항). 시·도지사는 제71조에 의한 시·도지정문화재 및 문화재자료 등의 지정에 있어서 문화재의 보호를 위하여 특히 필요하면 이를 위한 보호물 또는 보호구역을 지정할 수 있으며(제9조 제1항, 제75조), 시·도지사는 보호물 또는 보호구역을 지정한 경우에는 일정한 기간을 두고 그 지정의 적정성 여부를 검토하여야 한다(제9조 제2항, 제75조).

시·도지사는 제71조의 규정에 의하여 지정한 문화재가 시·도지정문화재 및 문화재자료로서의 가치를 상실하거나 기타 특별한 사유가 있으면 그 지정을 해제할 수 있다(제13조 제1항, 제75조).

시·도지사는 시·도지정문화재 및 문화재자료의 소유자가 분명하지 아니하거나 그 소유자 또는 관리자에 의한 관리가 곤란 또는 적당하지 아니하다고 인정되면 지방자치단체나 그 문화재를 관리하기에 적당한 법인 또는 단체(이하 이 조에서 "지방자치단체등"이라 한다)를 지정하여 해당 시·도지정문화재를 관리하게 할 수 있으며(제16조 제1항, 제75조), 시·도지사는 지방자치단체등을 지정할 경우에 그 문화재의 소유자가 있으면 그 의견을 들어 이를 참작하여야 하며, 지정하려는 지방자치단체등의 의견을 들어야 한다(제16조 제2항, 제75조). 시·도지사가 제1항의 규정에 의하여 지방자치단체등을 지정하면 지체 없이 그 취지를 관보에 고시하고, 시·도지정문화재 및 문화재자료의 소유자 또는 관리자와 해당 지방자치단체등에게 이를 알려야 한다(제16조 제3항, 제75조).

시·도지정문화재나 문화재자료를 탁본 또는 영인하거나 그 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 촬영을 하는 행위, 시·도지정문화재 및 문화재자료(보호물·보호구역과 천연기념물중 죽은 것을 포함한다)의 현상을 변경(천연기념물을 표본·박제하는 행위를 포함한다)하거나 그 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위, 명승이나 천연기념물로 지정되거나 가지정된 구역 또는 그 보호구역 안에서 동물, 식물, 광물을 포획·채취하거나 이를 그 구역 밖으로 반출하는 행위로서 시·도 조례가 정하는 행위를 하는 경우 등 일정한 행위를 하고자 하는 자는 시·도 조례가 정하는 바에 따라 시·도지사의 허가를 받아야 한다(제34조, 제75조).

시·도지사는 시·도지정문화재 및 문화재자료(보호물과 보호구역을 포함한다)의 관리·보호를 위하여 필요하다고 인정하면 일정한 사항을 명할 수 있다(제37조 제1항, 제75조 제2항). 또한 시·도지정문화재 및 문화재자료(보호물과 보호구역을

포함한다)의 소유자·보유자·관리자 또는 관리단체는 해당 문화재에 관하여 관리자의 임면, 소유자의 변경 등의 일정한 사유가 발생한 때에는 시·도 조례가 정하는 바에 따라 그 사실과 경위를 시·도지사에게 신고하여야 한다(제38조, 제75조 제2항). 제71조 제1항과 제2항에 따라 지정된 시·도지정문화재나 문화재자료가 국유 또는 공유재산이면 그 보존상 필요한 경비는 국가나 해당 지방자치단체가 부담하는데(제73조 제1항), 국가나 지방자치단체는 국유 또는 공유재산이 아닌 시·도지정문화재 나 문화재자료의 보존과 무형문화재의 보호·육성에 필요한 경비의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다(동조 제2항).

## 다. 매장문화재의 보호체계

(1) 신 고

매장문화재란 문화재보호법상 토지·해저 또는 건조물 등에 포장된 문화재를 의미하는데, 이를 발견하면 그 발견자 또는 토지·해저나 건조물 등의 소유자·점유자·관리자는 그 현상을 변경하지 말고 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 발견된 사실을 문화재청장에게 신고하여야 한다(제54조).

(2) 처리방법

문화재청장은 제54조에 따른 매장문화재의 발견신고가 있으면 해당 문화재의 소유자가 판명된 경우에는 그 발견자가 소유자에게 반환하게 하고, 소유자가 판명되지 아니한 경우에는 유실물법 제13조에서 준용하는 같은 법 제1조 제1항에도 불구하고 관할경찰서장 또는 자치경찰단을 설치한 제주특별자치도지사에게 이를 알려야 한다(제59조 제1항). 경찰서장 또는 자치경찰단을 설치한 제주특별자치도지사는 제1항의 통지를 받으면 지체 없이 해당 문화재에 관하여 유실물법 제13조에서 준용하는 같은 법 제1조 제2항에 따라 공고를 하여야 한다(제59조 제2항). 유실물법에 따라 매장물이나 유실물로서 경찰서장 또는 자치경찰단을 설치한 제주특별자치도지사에게 제출된 물건이 문화재로 인정되는 경우에는 경찰서장 또는 자치경찰단을 설치한 제주특별자치도지사는 유실물법의 규정에 따라 공고함과 동시에 문화재

로 인정되는 매장물이나 유실물이 제출된 사실을 문화재청장에게 보고하고, 그 물건을 소유자에게 반환하는 경우 외에는 제출받은 날로부터 20일 이내에 문화재청장에게 제출하여야 한다(제60조 제1항). 제59조 제2항·제3항 또는 제60조 제1항에 따라 공고한 후 90일 이내에 해당 문화재의 소유자임을 주장하는 자가 있으면 문화재청장은 대통령령으로 정하는 소유권 찬정 절차를 거쳐 정당한 소유자에게 반환하고, 정당한 소유자가 없으면 국가에서 직접 보존할 필요가 있는 해당 문화재는 민법 제253조와 제254에도 불구하고 국가에 귀속하며, 국가 귀속 대상문화재의 범위, 보관 기관 및 보존할 필요가 없는 발굴 유물의 처리 방법 등에 필요한 사항은 문화관광부령으로 정한다(제61조 제1항). 제1항의 경우 문화재청장은 해당 문화재의 발견자·습득자 및 발견된 토지나 건조물 등의 소유자에게 유실물법 제13조에 따라 보상금을 지급한다. 이 경우에 발견자나 습득자가 토지나 건조물 등의 소유자와 동일인이 아니면 보상금을 균등하게 분할하여 지급한다. 다만, 발견 하거나 습득할 때 경비를 지출한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 지급액에 차등을 둘 수 있다(동조 제2항). 문화재청장은 제1항에 따라 국가에 귀속된 문화재로서 국가에서 직접 보존할 필요가 없다고 인정되면 해당 문화재의 발견자 나 습득자와 그 문화재가 발견된 토지나 건조물 등의 소유자에게 이를 양여할 수 있다. 이 경우에는 제2항에 따른 보상금을 지급하지 아니한다(동조 제3항).

(3) 보존과 보호

1) 발굴·현상변경의 제한

옛무덤·조개무덤·고생물자료·천연동굴 그 밖의 매장문화재가 포장되어 있는 것으로 인정되는 토지와 해저는 발굴할 수 없다(제55조 제1항). 다만, 다음 각각의 사유에 해당하는 경우로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 문화재청장의 허가를 받은 때에는 그러하지 아니하다(동조 제1항 단서).

ⅰ) 연구의 목적으로 발굴하는 경우

ⅱ) 건설공사(토목공사와 토지의 형질변경, 그 밖에 대통령령으로 정하는 공사[88])를

88) 현행 문화재보호법시행령은 법 제55조 제1항 제2호에서 "그 밖에 대통령령으로 정하는 건설공사"라

포함한다. 이하 같다)를 위하여 부득이 발굴할 필요가 있는 경우

ⅲ) 건설공사 시행중 그 토지 및 해저에 매장문화재가 포장된 것으로 인정된 경우로서 그 공사를 계속하기 위하여 부득이 발굴할 필요가 있는 경우.

문화재청장은 제55조 제1항의 단서에 따라 매장문화재 발굴의 허가를 함에 있어서 허가 내용을 정하거나 필요한 사항을 지시할 수 있으며, 허가를 한 경우 필요하다고 인정할 때에는 발굴의 정지 또는 중지를 명하거나 그 허가를 취소할 수 있다(동조 제5항). 허가를 받은 자가 그 발굴을 완료한 때에 문화재청장은 발굴된 문화재의 보존·관리 등에 필요한 사항을 지시할 수 있다(동조 제6항). 문화재청장은 제1항 제2호 또는 제3호에 해당하는 경우에 그 문화재의 보존상 필요하다고 인정할 때에는 이를 직접 발굴하거나 문화재청장이 지정하는 자에게 발굴하게 할 수 있다(동조 제7항 제1문). 이 경우 그 발굴에 소요되는 경비는 그 공사의 시행자가 부담한다(동조 제7항 제2문). 다만, 대통령령으로 정하는 건설공사[89]로 인한 발굴

---

함은 다음 각 호를 말하며 제2호부터 제4호까지는 지표의 원형을 변형하는 경우만 해당하는 건설공사를 말한다고 규정하고 있다(제33조).

1. “건설산업기본법” 제2조 제4호에 따른 건설공사
2. “전기공사업법” 에 따른 전기공사
3. “정보통신공사업법” 에 따른 정보통신공사
4. “소방시설공사업법” 에 따른 소방시설공사
5. 입목 · 죽을 심거나 벌채하는 공사
6. 그 밖에 토지 또는 해저(「내수면어업법」 제2조 제1호에 따른 내수면과, 「연안관리법」 제2조 제2호에 따른 연안해역을 말한다. 이하 같다)의 원형 변경(절토, 복토, 굴착, 골재 채취, 광물 채취, 준설, 수몰 및 매립 등을 말한다.)

89) 현행 문화재보호법시행령은 법 제55조 제7항 단서에서 “대통령령이 정하는 건설공사”라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 건설공사를 말한다고 규정하고 있다(제36조).

1. 「건축법 시행령」 별표 1 제1호에 따른 단독주택으로서 건축연면적이 264제곱미터 이하인 건축물의 건설공사(대지면적은 792제곱미터 이하에 대하여만 발굴경비를 지원한다). 다만, 국가·지방자치단체·대한주택공사·한국토지공사 또는 「지방공기업법」 제49조에 따라 주택건설사업을 목적으로 설립된 지방공사나 「주택법」 제9조제1항 본문에 따라 등록한 주택건설사업자가 시행하는 건설공사는 제외한다.
2. 「농어촌발전 특별조치법 시행령」 제3조에 따른 농업인 또는 어업인이 그 사업목적에 활용하기 위하여 설치하는 시설물 중 건축연면적이 1,322제곱미터 이하인 건설공사. 이 경우 대지면적은 2,644제곱미터 이하에 대하여만 발굴경비를 지원한다.
3. 개인사업자가 자기의 사업목적에 활용하기 위하여 건축하는 건축물 중 건축연면적(지하층의 면적은 제외한다)이 264제곱미터 이하인 건설공사. 이 경우 대지면적은 792제곱미터 이하에 대하여만 발굴경비를 지원한다.
4. 법 제55조제6항에 따라 문화재청장이 발굴된 문화재의 보존·관리 등에 필요한 사항을 지시함에 따라 사업시행을 할 수 없게 된 경우의 건설공사. 다만, 국가, 지방자치단체, 문화관광부령으로 정하는 공공법인 및 「중소기업기본법 시행령」 제3조에 따른 중소기업의 범위를 넘는 기업이 시행하는 건설공사는 제외한다.
5. 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 공장 중 건축연면적이 1,322제곱미터 이하인 건설공사. 이 경우 대지면적은 2,644제곱미터 이하인 경우만 해당한다.

에 소요되는 경비는 예산의 범위에서 국가나 지방자치단체가 부담할 수 있다(동조 제7항 단서). 제55조 제7항 단서는 매장문화재의 발견으로 인하여 공사가 중단되고 공사시행자가 발굴비용을 부담하게 되므로 매장문화재의 발견신고를 기피할 우려가 높다는 지적에 따라서 1994년 12월의 문화재보호법개정시에 추가된 것이다. 그러나 이처럼 일정한 제한된 범위의 공사에 대하여 그것도 "예산의 범위에서" 국가 또는 지방자치단체가 발굴비용을 부담하도록 한 데 대해서는 비판이 가해지고 있다.[90]

매장문화재 발굴비용의 부담원칙에 관한 논란은 문화재 보호의 원칙과 정책의 기본방향 및 국민의 부담 부분에 관한 것이다. 문화재의 보호는 원형보존이 기본원칙임을 고려할 때 매장문화재보호정책의 기본방향 또한 자유로운 발굴의 허용보다는 발굴제한을 통한 매장문화재의 보존·보호에 있다고 할 수 있다. 따라서 매장문화재 발굴비용의 부담원칙은 원인자부담의 기본원칙을 유지하되, 국가 또는 지방자치단체의 지원범위를 확대하는 것이 바람직한 방향이라고 본다.[91] 현행 문화재보호법의 규정도 이러한 방향에 있다고 해석되나, 지금의 규정이 궁극적인 해결방안이 될 수는 없다고 본다. 문화유산의 보호가 공익을 위하여 갖는 중요성과 함께 재원조달의 한계를 고려하면 결국 국가나 지방자치단체와 공사의 시행자 양자 간에 매장문화재의 발굴경비를 어느 범위에서 분담하는 것으로 정하는 것이 매장문화재의 신고기피로 인한 파괴를 방지할 수 있을 것인가 하는 정책적 효율의 문제로 귀결된다.

매장문화재는 국가에 의한 발굴이 허용되는데, 문화재청장은 필요하다고 인정할 때에는 그 토지의 소유자 또는 점유자에게 발굴의 목적·방법·착수시기 그 밖에 필요한 사항을 기재한 발굴통지서를 교부하고, 매장문화재가 포장되어 있는 것으로 인정되는 토지 및 해저를 발굴할 수 있다(제57조 제1항, 제2항).

2) 매장문화재의 보호를 위한 국가·지방자치단체 등의 개발사업의 제한

---

6. 발굴조사를 완료한 후 사업시행 중 새로운 문화재가 발견되어 다시 발굴조사를 시행한 건설공사. 다만, 국가, 지방자치단체 또는 문화관광부령으로 정하는 공공법인이 시행하는 건설공사는 제외한다.

90) 김수갑, 문화재법의 현재와 미래 : 문화재보호법의 체계, 76-77면.

91) 오세탁 외, "한국 문화재보호법의 발전과정과 정비방향", 충북대학교법학연구소, 법학연구, 2002, 176면.

국가·지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 법인은 제91조 제2항에 따른 문화재 관련 전문기관이 지표조사 결과 매장문화재가 포장된 것으로 판정된 지역에서 대통령령으로 정하는 개발 사업을 하려면 미리 문화재청장과 협의하여야 하며(제62조 제1항), 문화재청장은 매장문화재의 보호를 위하여 필요하다고 인정되면 제1항에 따라 개발 사업을 하려는 자에게 그 사업시행에 대하여 필요한 조치를 할 것을 명할 수 있다(동조 제2항).

3) 매장문화재의 보호를 위한 건설공사의 인·허가의 제한

지방자치단체의 장은 매장문화재가 포장된 것으로 인정되는 지역에서 제62조 제1항의 개발 사업에 해당되지 아니하는 건설공사의 인·허가 등을 할 경우에는 미리 매장문화재의 포장 여부와 그 보호 방안을 검토하여야 하며(동조 제3항 제1문) 매장문화재 및 주변의 경관 보호를 위하여 필요하다고 인정되면 해당 건설 공사에 대한 인·허가 등을 하지 아니할 수 있다(동항 제2문).

2000년 1월 12일에 개정된 문화재보호법은 문화재영향평가제도를 도입하였다. 행정기관은 문화재의 외곽경계(보호구역이 지정되어 있는 경우에는 보호구역의 경계를 말한다)의 외부지역에서 시행하려는 건설공사로서 시·도지사가 문화재청장과 협의하여 조례로 정하는 지역 안의 건설공사에 대하여는 그 공사에 대한 인·허가 등을 하기 전에 해당 건설공사의 시행이 문화재보존에 영향을 미치는지의 여부를 검토하여야 한다(제90조 제2항). 위에서 조례로 정하는 지역의 범위는 대통령령으로 정하도록 되어있다(제90조 제3항). 문화재보호법시행령은 “법 제90조 제2항에 따라 건설공사로부터 문화재를 보호하기 위하여 시·도지사가 문화재청장과 협의하여 조례로 정하는 지역”의 범위는, 그 문화재의 역사적·예술적·학문적·경관적 가치와 그 주변 환경 및 그 밖에 문화재보호에 필요한 사항 등을 고려하여 그 문화재의 외곽경계(보호구역이 지정되어 있는 경우에는 보호구역의 외곽경계를 말한다)로부터 500미터 안으로 한다. 다만, 문화재의 특성 및 입지여건 등으로 인하여 문화재의 외곽경계(보호구역이 지정되어 있는 경우에는 보호구역의 외곽경계를 말한다)로부터 500미터 밖에서 건설공사를 하게 되는 경우에 해당 공사가 문화재에 영향을 미칠 것이 확실하다고 인정되면 500미터를 초과하여 범위를 정할 수

있다고 규정하고 있다(제52조 제1항).

문화재영향평가제도가 실시되는 지역과 관련해서, 지방적 특성을 고려하여야 할 것임은 물론이지만 문화재보호보다도 지방적 이익을 우선하여 시·도지사가 문화재청장과 협의 시에 문화재로부터 500미터보다 너무 하회하여 정하려고 할 위험성도 예상된다.[92] 이와 관련하여 그 하한선을 문화재보호법시행령상 설정하고, 조례에서는 각 지방자치단체의 특성을 감안하여 문화재보호법시행령상의 상하한선의 범위 내에서 문화재의 중요성의 경중에 따라서 몇 단계의 규제를 두도록 하는 방안을 생각할 수 있으나, 지방자치제도가 정착이 되고 문화재보호의 의식수준이 지속적으로 높아지고 있으므로 문화재청과 지방자치단체 사이의 긴밀한 업무 협조나 조정을 통하여 운용상의 묘를 살리는 것이 오히려 획일적인 단계구분에 의한 적용보다 더 구체적 타당성을 가질 수 있는 것이 필요할 것으로 본다.[93]

4) 일정한 건설공사의 사업계획 수립 시 요구되는 문화재 지표조사

대통령령으로 정하는 건설공사의 시행자는 그 건설공사의 사업계획 수립 시 해당 공사 지역에 대한 유적의 매장과 분포여부를 확인하기 위하여 문화재 지표조사(이하 "지표조사"라 한다)를 실시하여야 한다(제91조 제1항). 지표조사는 해당 건설공사 시행자의 요청으로 문화관광부령으로 정하는 기준에 따라 문화재청장이 정하여 고시하는 문화재 관련 전문기관이 수행하며, 건설공사의 시행자는 지표조사를 끝내면 그 조사보고서를 해당 사업 지역을 관할하는 시장·군수 또는 구청장을 거쳐 시·도지사와 문화재청장에게 제출하여야 하고(동조 제2항), 지표조사보고서를 제출받은 문화재청장은 문화재위원회의 심의를 거쳐 적절한 문화재 보존대책을 수립하고, 문화재보존에 필요한 조치를 명할 수 있다(동조 제4항). 문화재청장은 제4항에 따른 문화재 보존 대책(문화재 보존에 필요한 조치 내용을 포함한다)을 시·도지사와 시장·군수 또는 구청장에게 동시에 알려야 하며, 시장·군수 또는 구청장은 해당 건설공사의 시행자에게 알려야 한다(동조 제5항). 제5항에 따른 통

92) 예컨대 서울특별시문화재보호조례는 국가지정문화재의 경계로부터 100미터 이내에 건축행위를 할 경우 영향평가의 대상이 되며(제14조의2제1항) 건축물의 높이가 문화재로부터 앙각 27°이내를 벗어나야 한다고 정하고 있다(별표1).

93) 한국법제연구원, 문화재보호법제 정비방안 연구, 54면.

보를 받은 건설공사 시행자는 문화재 보존에 필요한 조치를 하고, 그 결과를 시장·군수 또는 구청장을 거쳐 시·도지사와 문화재청장에게 보고하여야 하고(동조 제6항), 건설공사의 시행자는 제4항에 따른 문화재 보존 대책에 포함된 조치 내용을 성실하게 이행하여야 하며, 해당 시·도지사는 그 이행여부를 확인하여야 한다(동조 제7항). 제1항에 따른 문화재 지표조사에 필요한 경비는 해당 사업의 시행자가 부담한다(동조 제8항). 문화재 지표조사를 실시하여야 할 건설공사의 대상 및 범위 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다(동조 제9항). 문화재보호법시행령은 (문화재 지표조사의 대상사업 및 범위) 법 제91조 제1항의 규정에 따라 지표조사를 실시하여야 하는 건설공사는 제33조 각 호에서 정한 건설공사 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 건설공사로써 이 경우 동일한 목적으로 분할하여 연차적으로 개발하거나 연접하여 개발함으로써 사업의 전체 면적이 다음 각 호의 어느 하나에서 정하는 규모 이상으로 되는 사업을 포함한다.(제53조 제1항)

ⅰ) 토지 및 「내수면어업법」 제2조제1호에 따른 내수면에서 시행하는 건설공사로서 사업 면적이 3만 제곱미터 이상인 경우. 다만, 하천에서 이루어지는 골재 채취는 사업 면적이 15만 제곱미터 이상만 해당한다.

ⅱ) 「연안관리법」 제2조제1호에 따른 연안에서 시행하는 건설공사로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 공사

가. 해안선으로부터 10킬로미터 미만인 지역에서 시행하는 건설공사로서 사업면적이 3만 제곱미터 이상인 경우. 다만, 골재 채취의 경우에는 해안선으로부터 5킬로미터 미만인 지역에서 시행하고 사업 면적이 15만 제곱미터 이상인 경우만 해당한다.

나. 해안선으로부터 10킬로미터 이상의 지역에서 시행하는 건설공사로서 사업 면적이 25만 제곱미터 이상인 경우. 다만, 골재 채취의 경우에는 해안선으로부터 5킬로미터 이상의 지역에서 시행하고 사업 면적이 25만 제곱미터 이상인 경우만 해당한다.

ⅲ) 제1호와 제2호에서 정한 사업 면적 미만인 경우로서 문화관광부령[94]으로 정하

---

94) 현행 문화재보호법시행규칙은 위의 "문화관광부령이 정하는 지역"이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역으로서 개발사업의 인·허가를 담당하는 지방자치단체의 장이 매장문화재가 포장되어 있는 것으로 인정하여 지표조사를 명하는 지역을 말한다.

1. 문화유적이 분포되어 있거나 문화유적과 근접한 지역

는 지역에서 시행하는 건설공사 등을 말하며 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 건설공사에 대해서는 지표조사를 실시하지 아니할 수 있다. 다만, 제2호부터 제4호까지의 건설공사인 경우, 사업 시행자는 그 건설공사에 해당함을 객관적으로 입증하여야 한다.(동조 제2항)

ⅰ) 지표조사가 이미 실시된 지역에서 하는 건설공사

ⅱ) 절토(절토)나 굴착(굴착)으로 인하여 유물이나 유구(유구: 옛날 토목건축의 구조와 양식을 알 수 있는 실마리가 되는 자취) 등을 포함하고 있는 지층이 이미 훼손된 지역에서 하는 건설공사

ⅲ) 공유수면의 매립, 하천 또는 해저의 준설, 골재 및 광물의 채취가 이미 이루어진 지역에서 하는 건설공사

ⅳ) 복토된 지역으로서 복토 이전의 지형을 훼손하지 아니하는 범위 에서 하는 건설공사

ⅴ) 제55조에 따른 문화유적분포지도상 문화재 분포지역 또는 매장문화재 분포예상지역에서 하는 건설공사로서 총 사업 면적이 2천 제곱미터 이하인 건설공사

ⅵ) 지표의 원형변경을 수반하지 아니하는 입목(입목)·죽(죽)의 식재 또는 벌채

등을 지표조사 대상 사업과 범위를 규정하고 있다.

5) 기록 작성과 매장문화재조사전문기관의 육성・지원

국가와 지방자치단체는 확인된 매장문화재의 기록을 작성・유지하도록 노력하고, 그 포장된 지역에 대한 적절한 보호 방안을 강구하여야 한다(제63조). 국가와 지방자치단체는 매장문화재의 조사・발굴 및 보존을 위하여 매장문화재조사전문기관의 설립을 적극 육성・지원하여야 한다(제64조).

---

2. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 문헌에 근거하여 문화유적이 분포되어 있을 것으로 판단되는 지역
   가. 문화재지표조사보고서
   나. 문화유적분포지도
   다. 문화유적원부
   라. 그 밖의 관련 학술문헌
3. 과거 문화재가 출토된 바 있는 지역
4. 경주시, 공주시, 김해시, 부여군 및 그 밖에 문화재청장이 정하는 고도지역
5. 관계 전문가의 자문의견에 비추어 지형여건상 매장 문화재가 매장되어 있을 가능성이 큰 지역
6. 법 제54조에 따라 매장문화재가 발견된 곳으로 신고된 지역

### 라. 등록문화재의 보존과 보호체계

(1) 등 록

문화재청장은 문화재위원회의 심의를 거쳐 제2조 제2항에 따른 지정문화재가 아닌 건조물 또는 기념이 될 만한 시설물 형태의 문화재 중에서 보존과 활용을 위한 조치가 특별히 필요한 것을 등록할 수 있으며(제47조), 이렇게 등록한 문화재를 등록문화재라고 하고 등록기준·절차 및 등록 사항 등에 필요한 사항은 문화관광부령으로 정한다.[95] 문화재청장이 등록문화재를 등록하는 경우에는 그 취지를 관보에 고시하고(제9조제1항, 제42조의6제1항), 등록문화재를 등록한 때에는 그 소유자에게 등록증을 교부하여야 한다(제10조제1항, 제53조 제1항). 문화재청장은 등록문화재에 대하여 그 보존과 활용의 필요가 없거나 그 밖에 특별한 사유가 있으면 문화재위원회의 심의를 거쳐 그 등록을 말소할 수 있으며(제52조 제1항), 등록문화재가 지정문화재로 지정된 때에는 그 등록은 효력을 상실한다(동조 제2항).

(2) 보존과 보호

등록문화재의 소유자·관리자 등 등록문화재를 관리하는 자는 등록문화재의 원형보존에 노력하여야 한다(제48조 제1항). 문화재청장은 등록문화재의 소유자가 분명하지 아니하거나 그 소유자나 관리자가 등록문화재를 관리할 수 없으면 지방자치단체나 그 문화재를 관리하기에 적당한 법인·단체 중에서 해당 등록문화재를 관리할 자를 지정하여 이를 관리하게 할 수 있다(제48조 제2항). 문화재청장은 지방자치단체 등을 지정할 경우에 그 문화재의 소유자가 있을 때에는 그 의견을 들어 이를 참작하여야 하며, 지정하려는 지방자치단체 등의 의견을 들어야 한다(제16

---

95) 현행 문화재보호법 시행규칙에서 위의 "등록기준 · 절차 및 등록 사항 등에 관한 문화관광부령"이라 함은 지정문화재가 아닌 문화재 중 건설·제작·형성된 후 50년 이상이 지난 것으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것으로 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것으로서 건설 후 50년 이상이 지나지 아니한 것이라도 긴급한 보호조치가 필요한 것은 등록문화재로 등록할 수 있다.
1. 역사, 문화, 예술, 사회, 경제, 종교, 생활 등 각 분야에서 기념이 되거나 상징적 가치가 있는 것
2. 지역의 역사·문화적 배경이 되고 있으며, 그 가치가 일반에게 널리 알려진 것
3. 기술발전 또는 예술적 사조 등 그 시대를 반영하거나 이해하는 데에 중요한 가치를 지니고 있는 것

조 제2항, 제53조 제2항). 문화재청장이 지방자치단체 등을 지정하면은 지체 없이 그 취지를 관보에 고시하고, 등록문화재의 소유자 또는 관리자와 해당 지방자치단체 등에게 이를 알려야 한다(제16조제3항, 제53조 제2항). 등록문화재의 소유자·관리자 또는 제2항에 따라 지정을 받은 자(이하 "등록문화재 관리단체"라 한다)는 문화관광부령으로 정하는 바에 따라 문화재청장에게 등록문화재의 관리 및 수리와 관련된 기술 지도를 요청할 수 있다(제48조 제3항).

등록문화재의 소유자·관리자 또는 등록문화재 관리단체는 해당 문화재에 관하여 관리자의 임면·소유자의 변경·멸실되거나 훼손 등의 사유가 발생한 때에는 그 사유가 발생한 날부터 15일 이내에 문화관광부령이 정하는 바에 따라 그 사실과 경위를 관할 시장·군수 또는 구청장에게 신고하여야 한다(제49조 제1항). 신고를 받은 시장·군수 또는 구청장은 그 사실을 시·도지사를 거쳐 문화재청장에게 보고하여야 한다(동조 제2항).

등록문화재의 원형을 변경하는 등 등록문화재의 현상을 변경하는 행위로서 문화관광부령이 정하는 행위를 하려는 자는 변경하고자 하는 날의 30일전까지 관할 시장·군수 또는 구청장에게 신고하여야 한다(제50조 제1항). 다만, 제51조에 따른 건축물의 건폐율이나 용적률에 관한 특례 적용을 받은 문화재나 제53조 제2항에 따라 국가로부터 보조금을 지원받는 어느 하나에 해당하는 등록문화재에 대하여는 대통령령[96]으로 정하는 바에 따라 문화재청장의 허가를 받아야 한다(동항 단서). 신고를 받은 시장·군수 또는 구청장은 그 사실을 시·도지사를 거쳐 문화재청장에게 보고하여야 한다(동조 제2항). 문화재청장은 등록문화재의 보호를 위하여 필요하면 제1항에 따라 신고된 등록문화재의 현상변경에 대하여 지도·조언·권고 등을 할 수 있다(동조 제3항).

문화재청장과 해당 시장·군수 또는 구청장 및 등록문화재 관리단체의 장은 등록문화재의 보존·여는 그 기록을 작성·보존하여야 하며(제33조 제1항, 제53조 제2항), 등록문화재의 보존·관리를 위하여 필요하다고 인정하면 연구기관이나 문화재에 관한 전문적 지식이 있는 자로 하여금 등록문화재의 기록을 작성하게 할 수

96) 현행 문화재보호법시행령에서 "등록문화재의 현상변경 허가 기준 및 절차"에 관하여 현상변경의 허가를 받거나 허가 사항을 변경하려는 자는 해당 등록문화재의 등록 번호, 명칭, 수량 및 소재지를 적은 허가신청서를 관할 시장·군수·구청장 및 시·도지사를 거쳐 문화재청장에게 제출하여야 한다.

있다(동조 제2항, 제53조 제2항).

국가는 등록문화재 관리단체가 등록문화재를 관리함에 필요한 경비의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다(제39조, 제53조 제2항).

문화재청장은 필요하다고 인정하면 그 소속 공무원에게 등록문화재의 현상·관리·수리 그 밖의 환경보전상황에 관하여 조사하게 할 수 있으며(제46조 제1항, 제53조 제2항), 이 처럼 직권에 의한 조사를 하는 경우에는 미리 그 문화재의 소유자·보유자·관리자 또는 등록문화재 관리단체에 대하여 그 취지를 통지하여야 하나, 다만, 긴급을 요하는 경우에는 사후에 그 취지를 알릴 수 있다(제45조 제3항, 제53조 제2항).

현행 문화재의 등록제도는 그 보존과 보호 등의 방법과 절차 등은 특별한 문제가 없다고 하겠으나, 전체적인 방향성에서 여전히 중요문화재 보호중심체계라 할 수 있다.

## 제2절 문화재보호법의 내용

### 1. 문화재보호법의 기본원리

문화재의 관리 및 보호란 문화재의 원형을 유지하고 당해 문화재를 행정 목적에 계속하여 문화재 본래의 지정목적을 달성케 하는 모든 작용을 말한다. 문화재는 다른 사물의 관리와 달리 문화재의 단순한 재산적 가치의 대상으로만 보호 관리하는 것이 아니라 문화재 보호 목적을 달성할 수 있도록 하는 문화재의 공익적 가치와 효용적 측면에서 관리하는 데 특색이 있다. 즉 문화유적과 같은 역사적 환경은 자연재해든 인재 등의 여하를 불문하고 한번 훼손되면 그 의미는 복원할 수 있겠으나 당해 문화재가 품고 있는 가치는 영원히 사라지기 때문이다. 이러한 의미에서 문화재보호행정(보존관리)의 기본원리 내지 기본지침은 다음과 같은 방향에서 정립되어야 한다.

### 가. '원형유지(현상불변)'의 원칙

현행 문화재보호법은 제3조 "문화재의 보존 · 관리 및 활용은 원형유지를 기본원칙으로 한다"는 중요한 원칙을 선언하고 있다. 즉, 문화재는 그 원형 그대로 그 가치를 유지하면서 보존되어야 함을 문화재보호의 기본원칙으로 선언한 것이다. 여기서 원형유지에 관하여 현재상태그대로 보존할 것인가, 아니면 현재상태의 구조체에 외과수술을 단행할 것인가에 대한 견해가 있다.[97] 전자의 경우는 오래된 유적 현상유지를 위한 최소한 조치도 거부함으로써 문화재보존의 현실을 무시한 결코 실현될 수 없는 형이상학적 이상이 될 위험성이 존재한다. 반면 후자의 방식은 유적의 객관적이고 사실적인 역사적 고증을 경시한 채, 주관적 합리성에 지나치게 의존함으로써 사실과 다른 상상의 보수나 복원을 초래할 위험성이 내포되어 있다. 이러한 양자의 서로 다른 견해에 대하여 절충적 의미로 부동산문화재의 경우는 원위치에 원형대로 보존하고, 동산문화재의 경우는 완비된 시설에 보존하고, 기타의 문화재는 원형을 발굴·보존·계승시키는 것으로 '원형유지'는 '현상동결'로만 파악될 것이 아니라 보존방식의 다양성을 인정하는 방향으로 해석함이 바람직하다고 하겠다.[98] 따라서 문화재보존사업은 철저한 고증으로 원형을 좇아 그 본래의 모습으로 시행되어야 하며, 발굴조사 및 정비는 관계 전문가의 충분한 연구와 검토를 거쳐 고도의 기술과 치밀한 계획 하에 실시되어야 한다.

### 나. '보존하면서 개발한다'의 원칙

문화재보호를 이야기할 때 항상 딜레마에 빠지는 문제가 '보존'과 '개발'의 가치충돌의 문제이다. 개발이라는 것은 인류의 발전에 없어서는 안 될 중요한 과제이기도 하다. 하지만 개발이라는 것도 결국은 '우리'를 토대로 해서 우리의 삶을 보다 행복하고 편리하며 윤택하게 하기위한 것으로써 무엇보다도 먼저 있는 우리를 찾고, 있는 우리를 알고, 있는 우리를 보존하는 일이 선결되어야 한다는 것은 자명한 진리라고 하겠다.[99]

---

97) 김춘환, 앞의 논문, 478면.

98) 김창규, 앞의 책, 63~64면.

과거 우리나라에서는 문화재에 대한 인식의 부족과 개발시대의 경제개발의 논리에 밀려 문화재보존 및 환경보존은 등한시 되어온 것이 사실이다. 그 후 제5공화국 헌법에서 비로소 문화국가조항이 창설되고 문화에 대한 인식이 확산되면서 문화진흥 및 문화재보호에 진일보한 정책이 수립되었지만, 법규의 미비와 인식의 부족 등의 이유로 현재의 우리를 표상하는 중요한 문화재가 파괴·멸실되거나 또는 그 위기에 처한 사례가 많이 나타난 바 있다. 요즘 개발과 보존사이의 문제에서 이슈화 되었던 풍납토성과 경부고속철도의 경주통과문제 등은 '개발하면서 보존한다'의 딜레마를 그대로 반영하는 것이라 하겠다.

그 시대의 사상이나 역사에 의하여 형성된 과거의 문화이면서 현재의 우리의 삶과 밀접하게 연결되어 있는 실체로서의 문화재는 공공적 성격을 가지는 국민적 재산이고 역사의 징표이며 번영의 미래를 향하는 현재의 기반이다. 또한 문화재는 일단 파괴되거나 변형되면 다시는 회복할 수 없게 그 가치를 상실하게 된다. 이러한 점에서 문화유산의 전승, 문화재 보존의 당위성은 그 어떠한 이익보다도 강조되지 않으면 안 된다.[100] 물론 국가의 정책에는 정책의 가중치가 있을 수 있지만, 개발논리 때문에 문화재가 훼손된다는 것은 용납할 수 없다. 특히 현행 문화재보호법의 매장문화재의 발굴·보존과 관련하여 개발행정과의 문제점이 확대되고 있다. 즉 개발과 관련하여 매장문화재를 발견하고 당해 문화재를 신고하여 발굴을 함에 있어서 개발의 일시적 중지 내지는 전면적 취소가 불가피한 상황이 발생할 수 있고 또한 그 개발지역이 보호구역으로 지정이 되면 그 보호구역을 포함한 일대의 지역이 당해 문화재로 인하여 토지의 형질변경 및 건물의 신축, 증·개축에 있어서 제한이 가해지게 되고 이로 인하여 개발의 지연 및 제한에 대하여 개인의 재산권이 침해당할 수 있다는 것이다. 이에 대하여 현행 문화재보호법의 제40조에 손실보상 규정을 두어 '보존하면서 개발한다'의 원칙을 내세우고 있고 그 내용의 문제에 관하여서는 후술하도록 하겠다. 문화재에 대한 향유의 권리를 현 시대를 살아가는 국민들의 권리일 뿐 아니라 후세대인의 권리라는 점을 고려하면 더욱 그러하다. 1972년에 이미 UNESCO는 '문화유산 및 자연유산의 국내적 보호에 관한 권고'를 채택하면서 '보존함으로써 개발한다'는 원칙을 천명한 바 있다.[101] 즉 국토

99) 오세탁, 『문화재를 향유한다』, 책만드는 집, 1999년, 212면.

100) 김창규, 앞의 책, 66면.

개발과 관련하여 '개발하면서 보존한다'는 논리가 아닌 '보존하면서 개발한다'는 원칙을 실현시키기 위한 법제면의 개선도 중요하지만 무엇보다도 국민의 자발적인 문화재애호운동의 역할이 중요하다.

### 다. '문화환경(경관)보호'의 원칙

종래의 문화재의 보호는 주로 건조물 등을 중심으로 하는 문화재의 지정을 통하여 그 자체의 보수정비차원에 머물러 왔다. 하지만 21세기의 문화재보호방향에 관하여는 국토개발 및 건설공사의 확대와 더불어 문화재 자체의 보호뿐만 아니라 문화재 주변환경 및 문화환경의 동시 보호라는 역사문화환경권이 강조되고 있다. 이러한 역사문화환경의 보호는 1976년 UNESCO가 제안한 "역사적 지역의 보호와 현대적 역할에 관한 권고"에서 처음 명문화 되었는데, 이것은 역사적·건축적 지역과 그 환경의 지정·보호·보존·복원·보수·유지·활성화를 의미하고 있다. 현행 문화재보호법상 UNESCO가 정의하고 있는 역사적·건축적 지역으로는 유형문화재중 건조물, 기념물중 사적, 민속자료 중 민속마을 등이 해당한다고 할 수 있다.[102] 이들 문화재는 해당 문화재에 대한 점(點)단위로 당해의 목적물만을 그 대상으로 하는 것이다. 하지만 UNESCO가 천명한 "환경(경관)"에 관하여는 점(點)단위의 목적물을 포함하고 있는 주변 환경을 말하는 것으로 면(面)단위로의 확대를 말하는 것이라고 하겠다. 즉, 점(點)단위로서의 개개의 문화재보호도 중요하지만, 입지성이 있는 문화재의 효율적 보존을 위한 보존지구의 확대설정이 요구되며 문화재를 중심으로 한 일정한 반경 내의 현상변경 등을 제한하는 면(面)단위의 문화환경의 보호도 중시되어야 한다는 것이다.[103]

## 2. 문화재보호법의 특색

### 가. 포괄적 법제

---

101) 김창규, 앞의 책, 66면.

102) 문화관광부, 『2001 문화정책백서』, 339면.

103) 정재훈, "문화재보존의 기본방향", 문화재관리국, 문화재 17호, 1984, 6면. ; 김창규, 앞의 책, 66면.

우리나라의 문화재보호법은 문화재에 자연적으로 형성된 명승과 천연기념물 등을 포함시키고 있으며, 당해 문화재뿐만 아니라 그 주변지역에 있어서의 건축, 토지형질변경 등의 행위에 대해서도 건축법이나 도시계획법 또는 국토이용관리법이 아닌 문화재보호법으로 규율하고자하는 포괄적 법제인 점이 특징이다.[104] 외국의 예를 보면 유형문화재(건조물군을 포함하는 것도 있다)와 사적을 중심으로 보호가 행해지고 자연적 명승과 천연기념물, 전통건조물 등은 별개의 법률에서 보호하고 있는 경우가 있지만, 우리나라처럼 포괄적인 법제 하에서는 행정면의 소관이 문화재청에 일체화되고 있는 것과 상응하여 유기적 연관성을 가지고 내실 있는 정책을 수행하기 위해서는 문화재보호법뿐만 아니라 도시계획법, 국토이용관리법 등 관련 법령과의 유기적 역할분담과 연계체제 구축이 필요하다.[105]

## 나. 중점보호주의

우리나라의 문화재보호법은 중점보호주의에 입각하여 지정제도와 등록제도를 병행하고 있다는 특징을 가지고 있다. 문화재지정은 문화재관리의 효율성을 높이기 위해서 문화재의 중요성에 따라 차별화하여 집중적으로 보존함을 목적으로 하는 것이라 할 수 있다.[106] 우리나라에서 문화재의 지정은 국가지정문화재의 경우 문화재청장이 문화재위원회의 심의를 거쳐 지정하며, 유형문화재는 국보, 보물로, 기념물은 사적, 명승, 사적 및 명승, 천연기념물로 무형문화재는 중요무형문화재로 민속자료는 중요민속자료로 지정하고 있다.(동법 제5조~제8조) 시・도 지정문화재는 시・도지사가 지정하며, 유형문화재, 무형문화재, 기념물, 민속자료 등 4가지로 구분된다. 문화재자료는 시・도지사가 국가지정문화재와 시·도 지정문화재로 지정되지 아니한 문화재로서 향토문화보존상 필요하다고 인정되는 것을 지정할 수 있다.

지정에 의한 중점보호주의는 지정된 것에 대해서는 실태도 파악하기 쉽고 시책을 세우기도 쉬운 이점이 있지만, 다른 한편 문화재의 가치판단을 피할 수 없고, 어느 시점에서의 판단에 의하여 지정의 대상이 되지 않았던 것(비지정문화재)에

---

104) 박동석, 『문화재보호법』,민속원, 2005, 32면.

105) 문화재청, 앞의 논문, 18면.

106) 김창규, 앞의 책, 67면.

대해서는 보호가 거의 미치지 않고 있다는 단점이 있다.[107]

## 3. 문화재보호법의 구체적 내용

### 가. 현행문화재보호법의 유형별 분류

현행 문화재보호법을 유형별로 분류하면 크게 4개의 영역으로 나눌 수 있는데 국가지정문화재, 시·도지정문화재, 매장문화재, 등록문화재로 분류되며 국가지정문화재의 경우 다시 유형문화재와 무형문화재, 기념물, 민속자료로 나뉘며 또한 유형문화재는 보물로써 지정하고 "유형문화재 중 인류문화의 관점에서 볼 때 그 가치가 크고 유래가 드문 것을 문화재위원회의 심의를 거쳐…" 국보로 지정하고 있다. 그리고 무형문화재의 경우는 "무형문화재 중에서 중요한 것"을 중요무형문화재로 지정하고 있다. 그리고 기념물 또한 "문화재위원회의 심의를 거쳐 중요한 것"을 사적·명승·천연기념물[108]로 지정하고 있으며, 민속자료의 경우에도 "문화재위원회의 심의를 거쳐 중요한 것"을 중요민속자료로 지정하고 있다.

시·도지정문화재의 경우 국가지정문화재와 비슷한 분류를 하고 있지만 기념물에 관하여만 제외하고 있다. 여기에서 시·도지정문화재(유형문화재, 무형문화재 포함)의 경우 그 지정을 시·도지사가 지정을 하나 요건은 당해 문화재가 국가지정문화재로 지정되지 않은 것을 전재로 하고 있으며 문화재자료의 경우 "향토문화 보존상 필요하다고 인정되는 것"을 지정하고 있다.

매장문화재는 원칙적으로 매장문화재는 발굴을 제한하고 있는데 이는 발굴이 아무리 정밀하게 이루어진다 하더라도 수백 년, 수천 년, 수억 년을 유지해온 본래의 상태를 파괴하는 것이므로 원형재로의 복구가 불가능하기 때문이다. 하지만 발굴에 대하여 일부 허용하고 있는데 학술발굴과 구제발굴이 그것이라고 하겠다. 그렇다고 학술발굴과 구제발굴에 대하여 전면적으로 허용하는 것은 아니며 개발에 있어서 부득이한 경우이거나 학술연구에 큰 경우 등에 한정하고 있다.

등록문화재는 국가지정문화재와 시·도지정문화재에 지정되지 않은 문화재로써

---

107) 문화재청, 앞의 논문, 19면.

108) 이와 관련하여서는 문화재보호법 제2조 제1항의 3호의 기념물의 정의를 참조.

근대문화유산 즉, 19세기 말에서 20세기 초에 이르는 '개화기'를 기점으로 하여 '한국전쟁 전후'까지의 기간에 각 분야에서 건설·제작·형성된 문화재가 중심이 되며, 그 이후 형성된 문화적 소산일지라도 멸실·훼손의 위험이 크고 보존할 가치가 있는 것을 말한다.

## 나. 국가지정문화재의 지정 및 해제

### (1) 문화재의 법적 성격

문화재는 그 자체를 직접 공공용이나 공용에 제공하는 것이 아닌 그 소유자가 누구인가에 관계없이 특정한 물건 등이 간직하고 있는 역사적·학술적·예술적·경관적 가치를 보존함으로써 문화발전에 이바지하는 문화적 소산이다.

이러한 관점에서 문화재는 행정법상 "보존공물"[109]이다. 따라서 문화재는 공물[110]이기는 한지만 공공용물[111]이나 공용물[112]과 달리 일반 공중 또는 행정청의 현실적인 사용에 제공하는 것이 아니라, 공물인 당해 물건 자체의 보존에 그 목적이 있다는 사실에 문화재의 법적 특색이 존재한다. 이러한 보존공물은 국유·공유인 것도 있으나 사유인 것도 존재하며, 사유물일지라도 보존공물로서 지정됨으로써 그 목적달성에 필요한 한도 내에서 공용제한을 받게 된다.[113]

### (2) 문화재(보호구역) 지정행위의 법적 성격

---

109) 보존공물이라함은 공물의 한 분야로서 물건의 현상을 보존하는 것만으로도 공적보존에 기여하는 것을 말한다. 특히 문화재와 같은 공적 보존물(보존에 중점이 놓인 공물)은 공물로 볼 것이 아니며 보존이라는 공익목적을 위하여 재산권에 가해지는 제한 공용제한 일종으로 보는 것이 타당하다.

110) 공물이란 행정주체에 의하여 직접 공적목적에 제공되는 물건으로 실정법상의 개념이 아니라 학문상의 개념이다.

111) 공공용물은 직접적으로 일반 공중의 사용에 제공된 물건을 말한다. 도로·공원·광장·하천·그 부속물 등이 이에 해당한다. 국유재산법상의 공공재산은 여기에 해당한다.

112) 국가·지방자치단체 등의 행정주체가 직접자신의 사용에 제공하고 있는 물건을 말한다. 관공서의 건물·집기·비품 등이 이에 해당한다. 국유재산법상의 공용재산과 기업용 재산이 대부분이 여기에 해당한다.

113) 박동석, 앞의 책, 135~136면.

문화재보호법은 문화재보호를 위하여 문화재 자체에 대한 지정제도와 문화재의 보호구역 및 보호물에 대한 지정제도를 규정하고 있다. 이러한 지정은 문화재(보존공물)의 보호를 위하여 사인의 재산권에 공법적 제한이 가해지는 것으로서 행정법상“공용제한”에 해당한다. 공용제한과 관련하여 우리나라의 헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한(공용부담 또는 공용침해) 및 그에 대한 보상은 법률로 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 규정하고 있다. 따라서 문화재 및 보호구역의 지정을 통하여 사인의 재산권을 제한하고자 할 때에는 엄격한 법률의 근거가 존재하여야 한다.[114] 즉, 공용수용·공용사용·공용제한을 통하여 개인에게 특별한 희생 또는 사회적 제약을 넘어서는 손실을 가할 때에는 정당한 보상이 지급되어야 한다는 것이다. 하지만 공용사용·공용수용에 대하여는 “공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률”이 제정되어 있고 현행 문화재보호법 제92조의 규정에서처럼 법률로써 위임을 하고 있으나 공용제한에 있어서는 손실보상에 관한 규정을 발견할 수 없음이 보통이다. 그 이유는 제한은 대체로 재산권에 내제하는 사회적 제약에 해당하여 보상이 필요 없다고 보기 때문인 것으로 보인다.[115]

(3) 국가지정문화재의 지정절차

국가지정문화재에 관한 신청은 신청자에 대한 구체적인 규정은 없지만 행정상으로 보면 개인·단체·관계전문가 뿐만 아니라 지방자치단체장이나 국가도 문화재지정을 신청할 수 있다. 즉, 문화재지정 신청권은 제한이 있는 것이 아니라, 대한민국 국민이면 누구든지 가질 수 있는 것이다. 이러한 신청에 대하여 문화재청장은 국가지정문화재를 지정하고자 하는 경우에 문화재위원회의 해당분야 분과위원회 위원 또는 전문위원을 포함한 관계전문가 3인 이상에게, 중요무형문화재 보유자·보유단체·명예보유자를 지정하고자 하는 경우에는 2인 이상에게 당해 문화재에 대한 현지조사 및 검토를 요청하여야 하고 요청을 받은 조사위원은 현지조사 및 검토를 한 후 각각 조사보고서를 작성하여 문화재청장에게 제출하여야 한다.

114) 김창규, 앞의 책, 69면.
115) 박동석, 앞의 책, 136면.

조사위원이 조사할 사항이나 보고서에 수록될 내용에 대해서는 언급이 없지만 통상 지정 신청된 자료에 대한 문헌 및 현장 확인, 진위성, 문화재의 가치성, 문화재 지정기준에 적합 하는지 여부 등에 대하여 조사하여 서면으로 보고한다.

문화재청장은 조사보고서를 검토하여 당해 문화재가 국가지정문화재로 지정할 가치가 있다고 판단될 경우 문화재위원회의 심의 전에 그 심의할 내용을 관보에 예고하여야 한다.

문화재청장은 문화재위원회의 국가지정문화재의 지정예고 타당성 검토 결과 문화재 지정가치가 인정되면 관보에 30일 이상 지정예고를 공고하여야 한다. 지정예고의 내용에는 문화재의 종별, 명칭, 소재지, 소유자, 수량 또는 면적, 예고사유 등을 명시한. 지정예고 기간에는 문화재의 진위여부나 사유재산의 침해정도, 부처별 추진 정책 등에 대하여 의견을 수렴하거나 조율하여 문화재 지정에 민주성을 확보하고 이때 제시된 의견은 절대적인 것이 아니라 문화재위원에서 지정 심의 시 참고자료로 활용한다. 문화재청장은 지정 예고된 문화재 등에 대하여 조사보고서와 지정 예고 결과를 문화재위원회에 상정하여 문화재위원회에서는 상정된 안건과 관련 자료를 참고하여 지정여부를 심의한다. 심의 시 국가지정문화재 등으로 지정토록 가결하거나 부결 또는 시·도지정문화재나 문화재자료로 지정을 권고하고 때로는 특별한 보호조치를 취하도록 한다.

문화재위원회의 심의에서 지정 가결된 문화재에 대하여 지정 취지를 관보에 고시하고 당해 문화재의 소유자·보유자 또는 명예보유자에게 통지하여야 하고 문화재의 소유자가 없거나 불분명할 때에는 그 점유자 또는 관리자에게 통지를 한다. 그리고 국보·보물·중요민속자료로 지정된 때에는 문화재청장은 그 소유자에게 당해 문화재 지정서를 교부하여야 하고 중요무형문화재의 보유자 또는 명예보유자를 인정한 때에는 그 보유자 또는 명예보유자에게 당해 중요무형문화재의 보유인정서 또는 명예보유인정서를 교부하여야 한다.

(4) 국가지정문화재의 해제

문화재청장은 국가지정문화재의 해제사유가 발생하면 문호재위원회의 심의를 받아 해제할 수 있는데 주요한 사유로는 당해문화재의 가치의 상실이거나 중요무형

문화재의 개인이 사망한 때와 보유자가 금치산 또는 한정치산을 법원으로부터 선고 받은 경우, 보유자가 명예보유자로 인정되었거나, 본인이 인정해제 의사를 표시한 경우 등과 특별한 사유가 있는 때에 그 인정을 해제한다.

## 다. 국가지정문화재의 보존관리

### (1) 문화재관리·보호의 기본방침

문화재 관리란 문화재 관리 작용을 지속적으로 유지할 수 있는 문화재주체의 권한 즉 문화재 관리주체가 문화재를 보호·관리를 위하여 행사할 수 있는 지배권을 말한다. 여기에서 문화재 관리주체란 원칙적으로 당해 문화재의 소유자이다. 여기에는 국가나 지방자치단체, 법인, 사찰 등의 종교단체, 개인 등이 해당한다.

문화재의 소유자는 당해 문화재의 수리 및 유지관리에 선량한 관리자로서의 의무를 다하여야 한다. 이것은 문화재가 비록 사유재산이라고 할지라도 국가적·인류적 견지에서 볼 때에 국민공동, 더 나아가 인류공동의 자산으로서 공공적 성격을 갖고 있어서 공익목적에 따라 보존·활용되어야 하기 때문이다.

문화재의 관리·보호의 범위는 당해 문화재가 도난·훼손 또는 멸실되지 않도록 안전하게 보존·관리함과 아울러 더 이상 손상되지 않도록 사전·사후의 보존조치와 수리 등을 포함한다.[116] 또한 문화재의 관리주체는 앞에서 언급한데로 그 소유자가 원칙이지만 소유자가 스스로 보호·관리할 수 없을 때에는 소유자를 대리하여 관리할 관리자 및 관리단체를 선임할 수 있다. 그리고 국가지정문화재를 소유자나 관리자 및 관리단체가 가지고 있는 문화재관리권을 직권으로 지방자치단체 등에게 관리할 수 있도록 자격을 위임하여 해당 지방자치단체 등이 이를 관리할 수 있다.

### (2) 문화재 수리

116) 김창규, 앞의 책, 90면.

문화재의 수리는 문화재관리주체의 소극적인 관리행위로서 국가지정문화재의 보수·복원 및 이를 위한 실측·설계와 손상을 방지하기 위한 조치를 말하며 단순히 문화재를 보수하는 데에만 국한하지 않고 민족의 정통성 보존이라는 정신적 차원으로 승화하는 복합적인 의미이다. 문화재를 수리함에 있어 기본적으로 문화재보호법의 일반원칙인 '원형보존주의'에 입각하여 '있던 그대로', '있는 그대로', '본래의 모습그대로', 최대한 재현하는 것만이 그 문화재를 표현할 것이고 이를 행함에 있어 당해 문화재가 생겨난 그 시대의 정신과 사회상의 연구와 그 시대의 양식과 형태뿐만 아니라 재료 또한 변형·변경을 하지 않을 것을 원칙으로 하고 문화재의 수리·복원 사후에 이에 관하여 수리대상물의 복원 전의 상태와 복원에 사용된 재료 등을 상세히 기록·작성하여 자료를 남겨야 한다.[117]

## 라. 국토개발과 문화재보호

### (1) 개발사업의 범위

국가 및 지방자치단체가 문화재훼손방지 노력을 하여야 하는 개발 사업에 관하여 문화재보호법 시행령 제43조 제2항에서 알 수 있듯이 제33조[118] 각 호에서 정한 건설공사로서 사업 면적이 15만 제곱미터 이상인 사업을 말한다.

### (2) 문화재보호를 위한 개발의 제한

---

117) 박동석, 앞의 책, 204면 이하 참조.

118) 법 제55조제1항제2호에서 "그 밖에 대통령령으로 정하는 공사"란 다음 각 호의 공사를 말한다. 다만, 제2호부터 제4호까지는 지표의 원형을 변형하는 경우만 해당한다.

1. 「건설산업기본법」 제2조제4호에 따른 건설공사
2. 「전기공사업법」에 따른 전기공사
3. 「정보통신공사업법」에 따른 정보통신공사
4. 「소방시설공사업법」에 따른 소방시설공사
5. 입목(立木)·죽(竹)을 심거나 벌채하는 공사
6. 그 밖에 토지 또는 해저(「내수면어업법」 제2조제1호에 따른 내수면과 「연안관리법」 제2조제2호에 따른 연안해역을 말한다. 이하 같다)의 원형 변경(절토, 복토, 굴착, 골재 채취, 광물 채취, 준설, 수몰 및 매립 등을 말한다)

전술한 개발사업의 범위 내에서 건설공사를 시행할 경우 유적의 분포 및 매장문화재의 훼손 및 멸실을 사전에 방지하기 위하여 해당 건설공사지역을 대상으로 '지표조사'를 시행하여야 한다. 지표조사는 문화재청장이 정하여 고시하는 문화재 관련 전문기관이 수행하며, 건설공사의 시행자는 지표조사를 끝내면 그 조사보고서를 해당 사업 지역을 관할하는 시장·군수 또는 구청장을 거쳐 시·도지사와 문화재청장에게 제출하여야 한다. 이러한 지표조사의 결과를 근거로 유적의 분포 및 매장문화재의 분포지역이라는 결과가 있을 때 시행자는 발굴허가 신청을 할 수 있는데 이때에 시행자는 발굴할 발굴 기관과 그 대표자, 조사단장 및 책임조사원을 지정하여 시장・군수 또는 구청장을 거쳐 시·도지사와 문화재청장에게 제출하여야 한다. 또한 발굴과 관련하여 보존상 필요하다고 인정하면 이를 직접 발굴하거나 문화재청장이 지정하는 자에게 발굴하도록 할 수 있다.

이러한 발굴허가에 있어서 문화재청장은 발굴 허가 내용을 정하거나 필요한 사항을 지시할 수 있으며, 필요하다고 인정하면 발굴의 정지 또는 중지를 명하거나 그 허가를 취소할 수 있다.

## 마. 중요무형문화재의 보호육성

### (1) 중요무형문화재의 보호육성 체계

중요무형문화재 보호・육성을 위해서 제도적으로 일정한 전승체계를 갖추고 있는데 전수자, 이수자, 전수교육보조자, 중요무형문화재보유자(단체), 명예보유자로 전수체계를 이루고 있다.

전수자(전수장학생)이라함은 중요무형문화재의 보유자 또는 보유단체로부터 6개월 이상 전수교육을 받고 있는 자로서 당해 중요무형문화재의 기능 또는 예능에 소질이 있는 자, 중요무형문화재와 관련 있는 분야에서 1년 이상 활동한 자로서 당해 중요무형문화재의 기능 또는 예능을 전승하고자 하는 자를 말하며 통상 전수자의 전수교육 기간은 5년으로 한다. 다만, 전수자가 전수교육기간 내에 전수교육 이수증을 교부받으면 그렇지 않다. 그리고 이수자란 중요무형문화재 보유자로부터 전수교육을 받고 있거나 받았던 자 중에서 정해진 심사과정을 통하여 그 기・예능

이 상당 수준에 이르러 당해 무형문화재 이수증을 교부받은 자를 말하며 이중에서 당해 무형문화재보유자의 추천을 받아 문화재청장이 선정한 사람을 전수교육조교라고 한다. 전수교육조교는 당해 중요무형문화재 보유자 및 보유단체의 전수교육을 보조하기 위함이며 이에 대하여 예산의 범위 내에서 전수교육을 보조하는데 소요되는 경비를 문화재청장으로부터 지급받을 수 있다. 중요무형문화재 보유자 및 보유단체는 문화재청장이 당해 종목의 기·예능을 원형그대로 정확히 체득·보존하고 이를 그대로 실현할 수 있는 자를 문화재위원회의 심의를 받아 무형문화재중 중요한 것을 지정하는 것을 말하며 중요무형문화재 보유자가 고령이나 질환 등으로 지정종목의 기·예능을 실현하지 못하거나 전수교육을 정상적으로 실시하기 어려운 경우에 그 보유자를 문화재위원회의 심의를 거쳐 문화재청장이 명예보유자로 인정하는 것이다.[119]

## 바. 권한의 위임

### 1) 권한의 위임의 개념

행정권한의 위임이란 행정관청이 권한의 일부를 다른 행정기관에 이전하여 수임기관의 권한으로 행사하게 하는 일을 말한다. '위임기관'이라 함은 자기의 권한을 위임한 당해 행정기관의 장이며, '수임기관'이라 함은 행정기관의 장의 권한을 위임받은 하급행정기관의 장 및 지방자치단체의 장을 말한다.[120] 여기에서 권한위임과 관련하여 그 성격이 단체위임사무와 기관위임사무로 나뉘는데 단체위임사무의 경우에는 지방자치단체에 사무를 위임하는 것이고 기관위임사무는 지방자치단체의 장에게 위임하는 것으로 현 우리나라의 행정기관의 구성이 독임제행정관청[121]으로서 이는 기관위임사무에 해당한다 할 것이다.

---

119) 박동석, 앞의 책, 382면 이하 참조.

120) 박동석, 위의 책, 555면.

121) 행정청이 의사를 결정하여 이를 자기의 권한으로 외부에 표시함에 있어서 그 형태가 1인의 대표로 이루어진 행정기관.

2) 권한위임의 기능

행정권한의 위임은 중앙정부와 지방정부 간의 행정사무의 배분을 조정하는 기능을 수행한다. 문화재관련 모든 행정기능이 문화재청장에게 집중적으로 귀속되어 있으나 행정업무가 점차 확대·방대해지고 복잡·전문화됨에 따라 집행적 사무는 점점 지방으로 대폭 이관하지 않을 수 없게 되었다. 행정권한의 재분배는 원칙적으로 지방자치단체에 고유권한을 이관하는 방법이 있으나 현실적인 방법으로는 권한의 위임의 방법을 사용하고 있다.

3) 위임사무의 처리 효과

사무를 위임한 문화재청장은 위임한 권한을 스스로 행사할 수 없고 수임기관은 수임사무의 처리에 있어 법령을 준수하고, 수임사무를 명의·책임·권한으로 성실히 수행하여야 한다. 수임사무에 관한 권한을 행사함에 있어서는 사무관리규정 제13조의 규정에 의하여 수임기관의 명의로 시행하여야 한다.

위임사무의 처리에 관해 위임기관의 사전승인이나 협의를 요구하지 못하고 수임기관은 위임된 사무와 관련된 이의신청을 수리하고 결정할 권한도 포함되어 있으며 쟁송법상으로도 수임기관이 직접 쟁송당사자가 된다.[122]

4) 경비부담

행정기관의 장은 행정권한을 위임하고자 하는 때에는 위임하기 전에 수임기관의 수임능력 여부를 점검하고 필요한 인력 및 예산을 이관하도록 하여야 하며, 또한 단순한 사무인 경우를 제외하고는 수임기관 및 수탁기관에 대하여 수임 및 수탁사무 처리에 필요한 교육을 실시하고, 수임 및 수탁사무의 처리지침을 시달하여야 한다. 하지만 법인격을 달리하는 국가와 지방자이단체 또는 그 기관에 위임하는 경우는 소요경비를 국가가 교부하여야 하는데 현실적으로 위임에 따르는 경비의 교부를 적정하게 행하지 못하고 있는 실정이다.[123]

---

122) 한견우, 『현대행정법Ⅱ』, 연세대학교출판부, 2000년, 296면.

# 제4장 현행 문화재보호법의 문제점과 개선방안

## 제1절 문화재 보존관리

### 1. 문화재 보존관리

앞에서 살펴본 바와 같이 문화재보호법은 우리 헌법의 문화국가주의를 근거로 제정된 것으로 이러한 관점에서 문화재의 보호는 문화국가를 지향하는 헌법의 기본과제이며, 국가의 기본임무이다. 또한 문화재는 민족예지의 총합체이며, 민족문화를 상징하는 전통적 재산으로 근대적 국민국가의 형성에 있어서 각국의 자주성 확립과 단결의 상징으로써 큰 역할을 하였다는 사실은 부인할 수 없다.[124] 하지만 오늘날의 문화재는 역사성·예술성·학술성·경관성 등의 정신적 가치를 가진 민족단위의 공동체적 산물로서 한 민족의 정체성을 표출함과 아울러 인류의 가장 보편적인 성격을 가지고 있는 인류생활을 이해할 수 있는 문화적 자산으로 이해되고 있다. 즉, '문화재'는 인류생활을 이해할 수 있는 모든 것을 의미하기 때문에, 지하자원을 비롯한 자연자원과 경승지와 같은 자연적·지리적 조건, 국토의 지리적 환경 등도 그 대상이 된다.[125] 또한 문화재는 우리 선조의 얼과 삶의 집합적 창조물로서 우리 민족의 정체성을 나타내는 것이고 한번 훼손되면 영원히 그 본연의 가치를 회복할 수 없는 것이므로 이를 잘 보존하여 후손들에게 물려주는 것은 이 시대를 살아가는 우리의 책무이기도 하다. 하지만 이러한 국가적·국민적 의무에 대하여 문화재 보존관리의 중요성을 인식하면서도 지방의 지역개발 욕구, 문화재행정에 대한 낮은 국민 이해, 지방자치단체의 관심부족 및 열악한 행정력으로 인하여 21세기 선진문화국가로 발돋움하기 위한 문화재행정의 발전은 그다지 밝지 않은 실정이다.

---

123) 한견우, 앞의 책, 296면.

124) 김창규, "한국전통문화학교의 조직 및 기구의 발전방안", 한국전통문화학교, 한국전통문화학교발전방안세미나, 2001년, 67면.

125) 김창규, "문화재보호법 해설 - 지정문화재의 보호와 관리를 중심으로-", 문화재청, 문화재관리교육2002, 2002년, 14면.

### 가. 관리행정

문화재 보존을 위한 행정부문의 역량제고에 관한 필요성으로 ⅰ), 전통문화, 문화유산의 보존을 통한 민족의 정체성을 확보하기 위함과 ⅱ) 공공재로서 문화재의 관리와 활용을 통한 문화적 이익 및 가치를 증대할 수 있고 ⅲ) 문화재 향유 및 교육자원으로 문화욕구 충족 등 문화복지의 실현에 기여하며 ⅳ) 문화재는 국부 창출을 위한 창의성의 원천이라는 점이다. 최근 들어, 국가 간의 이동 및 교류를 촉진하는데 있어서 부존자원이나 금융 등과 같은 경제적 요소뿐만 아니라 각국이 보유하고 있는 무형적 자산, 즉 문화유산의 역할도 증대하고 있는 점을 감안하면 문화재 정책의 중요성은 날로 강조되고 있다고 본다.[126]

문화재와 관련한 국민적 수요가 급증하고 있는 요인을 살펴보면 ⅰ) 소득수준의 향상에 따른 문화재의 보존, 관리 및 활용에 대한 관심의 증대, ⅱ) 학력향상에 따른 문화재에 대한 지식과 인식증대, ⅲ) 각종 공사시 문화재 보호조치에 따른 재산권 제한에 대한 민원 증대, ⅳ) 지식정보화 사회 도래로 인한 문화재 관련 지식, 정보에 대한 수요 급증, ⅴ) 시민사회의 성장으로 문화재에 대한 감시 기능이 신장된 점 등을 들 수 있다. 이러한 정책 환경의 변화를 빨리 파악하고 그 변화에 신속하게 대응하여야 할 것이지만 문화재 총괄청과 관리청이 달라 권한의 위임에 있어서 수임기관이자 하급관청의 지위에 있는 지방자치단체에서는 국가지정문화재 및 시·도지정문화재 모두를 관리해야 하는데 현 광역자치단체의 문화재 관련기구는 서울과 경북이 1과, 경남이 2담당(계)으로 구성되어 있으며, 여타 시·도는 1담당으로 되어있다. 전반적으로 행정기구의 양적 증가에는 두드러진 변화가 없고 다만 개별문화재의 경상적 관리를 위한 사업소가 근래 일부 시·도에서 증설된 바 있을 뿐이다. 기초자치단체의 문화재 관련 담당기구는 부산시의 기초자치단체들이 평균 1담당으로 편성되어 5명의 전담인력을 확보하고 있고, 전북, 광주, 경북 등 기초자치단체도 5명 내외의 문화재담당인력으로 운용하고 있어[127] 담당인력이 턱없이 부족하여 문화재의 실태조사나 민원에 대한 적극적 관리보다는 행정적인 소극적 관리에 급급한 문제점을 안고 있다.

---

126) 이승규, “문화재보존관리 행정체계의 개선방안”, 동국대학교 대학원, 대학원연구논총 35집, 2005년, 725면.
127) 지자체 문화재 관리인력 현황에 대하여는 문화재청 홈페이지 참조.

조직은 목적달성을 위한 제 수단의 가장 기본적인 요소의 하나로서 의사결정과정의 구조화된 형태로 나타난다. 이와 같이 구조화된 조직체계를 가지는가 그렇지 않은가는 목적달성과정에서 큰 차이를 나타내게 되는 바, 종합행정이 이루어지는 지방자치단체에서 문화재행정을 수행하기 위한 조직이 존재하는가 그렇지 않은가 하는 문제는 주어진 범위 내에서 인력 및 예산을 배분하여야 하는 상황에서 매우 중요한 변수가 될 수 있다. 따라서 문화재행정이 업무수행목적이나 업무수요에 적정하게 조직기구를 설치하는 문제는 지방적 수준에서의 문화재행정의 실효성을 확보한다는 의미에서는 매우 중요하다.[128]

지방자치시대에 걸맞게 문화재 보존관리와 관련하여서는 지방정부가 지역의 문화적 특색과 경제적·사회적 여건에 맞추어 문화재 관리정책을 수립하고 시행할 수 있게 해줄 필요가 있다. 그러나 제도상으로 문화재청이 문화재의 보존 및 보호에 관한 전체영역에 걸쳐서 광범위한 결정권과 재정, 기획기능 및 인재양성 권한을 장악하고 있기 때문에 지방자치단체 차원에서 추진해야 할 대부분의 일들이 효율적으로 이루어지지 못하고 있다. 문화재청에 집중되어 있는 권한 및 기능 중 지방의 특성화를 유도하며, 경쟁력을 확보하고, 지역의 참여도를 높이는데 필요한 권한과 기능을 지방정부에 이양할 필요가 있다.[129]

한편, 문화재담당 공무원의 입장에서도 전담조직이 설치되어 있는 가, 그렇지 않은가의 여부에 따라 업무여건에 많은 영향을 받게 된다. 과 단위가 아닌 담당(계, team)수준에서도 소속과의 여타업무(문화체육과, 문화관광과 등에 속한 특성상 각종 축제, 체육행사 등에의 동원 등)를 등한시 할 수 없는 형편이며, 독자적인 계(team)가 설치되어 있지 않은 경우에는 이러한 문제가 더욱 심각할 수밖에 없다. 따라서 문화재담당 공무원이 본연의 업무에 충실함은 물론, 업무에 대한 자부심을 확보하기 위해서도 적정조직의 설치가 요구된다.

지방자치단체의 문화재 관련 적정 조직의 확보가 문화재행정 업무수행의 원활화는 물론 문화재담당 공무원의 업무여건 및 직무사기 제고를 위하여 필수적 요소임은 전술한 바와 같다. 또한 지방자치단체는 종합행정을 수행하는 장소이며, 그 수

---

128) 이승규, 앞의 논문, 727면.

129) 미국의 National Historic Preservation Act도 지방자치단체의 역할을 강조하고 있다. Mark D. Brookstein, "When history is history : Maxwell Street, "Integrity," and the failure of historic preservation law", 76 CHICAGO-KENT LAW REVIEW 1868(2001).

장이 되는 단체장은 주민선거에 의하여 선출되는 정치인의 성격이 있다. 이러한 점은 필연적으로 단체장이 지방행정을 수행하는데 있어 큰 영향을 미치게 하는 바, 규제적 성격의 업무보다는 복지 시혜적이며 주민행사지원적인 업무에 보다 관심을 가지게 하는 요인이 되고 있다. 문화재행정의 경우 대표적인 규제적 성격의 업무로 단체장의 이해와 관심이 바뀌지 않는 한, 기존조직 구성체제 내에서 제 역할을 수행하는 데는 태생적 한계를 내포하고 있다고 볼 수 있다. 때문에 변화된 지방자치단체의 조직환경 하에서 문화재행정의 특성을 살리고 전문성을 제고하기 위해서는 종래 문화재청에서 권고안으로 제시하고 있는 광역자치단체 1과, 기초자치단체 1담당(계, team)개설과 같은 양적기준만으로는 미흡하며 지방자치단체 문화재행정 독립기구의 설치와 같은 보다 전향적인 방안에 대한 검토도 뒤따라야 할 것으로 보여진다.[130]

## 나. 문화재 전담인력

문화재 관리청인 각 지방자치단체가 문화재 총괄청인 문화재청으로부터 관리 및 보수에 관하여 위임을 받아 관리를 하고 있다. 이로 인하여 각 지방자치단체는 국가지정문화재의 관리와 시・도지정문화재의 지정과 관리를 관장하고 있어 조직과 전문 인력이 매우 부족한 실정이다. 현재 서울특별시, 경상북도만 문화재 전담부서인 문화재과를 두고 있고, 그 외 대부분은 문화예술과 체육 등의 업무를 병행하고 있어 문화재에 대한 전문적이고 효율적인 업무수행이 어려운 실정이다.

지방자치단체의 문화재 관리 인력현황을 살펴보면 서울이 23명 경북이 13명 경남이 12명 등으로 16개 광역자치단체의 문화재 전담인력은 시・도당 평균 7명이지만 학예직이 없는 곳이 무려 50%나 되는 8개시·도에 이르며, 기술직이 없는 곳도 1개도가 있다. 한편 234개 기초지방자치단체의 문화재 전담인력은 시·군당 평균 1.7명에 불과하고 학예직은 총 35명으로 시·군당 평균 0.15명, 기술직은 146명으로 시·군당 평균 0.6명에 불과한 실정이다. 일선에서 문화재 지정과 관리, 현상변경 조사 및 문화재 보수, 정비를 지도하고 감독할 학예직과 기술직이 이러한 실정이니

130) 이승규, 앞의 논문, 728~729면.

지방자치단체의 문화재 보존, 관리 실태를 짐작할 만하다. 더구나 이러한 인력도 학예직을 제외하고는 순화보직으로 인해 전문성을 확보하기 어려운 실정이다. 2004년도에 문화재청이 한국지방행정연구원에 용역 의뢰한 "지방자치단체 문화재 보존역량 실태조사"결과에 의하면 광역자치단체는 총 80명(지자체당 5명), 기초자치단체는 총297명(지자체당 1.27명)의 추가 보완 인력이 필요한 것으로 분석하고 있다.[131)]

현재 지방자치단체의 경우 전문 인력의 확보는 뒤로하더라도 행정인력의 수마저 부족한 반면, 내부적으로 수행하는 행정기능은 그대로 존속하거나 증가하여 공무원 개인이 느끼는 업무과부하는 부서 여하를 불문하고 매우 높게 나타나고 있는 것이 현실이다. 때문에 문화재담당 공무원의 업무과부하를 문제로 적정인력확보를 요구하고, 그에 적합한 인력확보를 기한다는 것은 현실적으로 어려운 일이다. 그럼에도 불구하고 향후 지방자치단체의 기능이양, 자치단체장의 문화재행정에의 관심제고 및 인력·예산지원, 조직기구 설치 등의 문제와 관련하여 적정인력의 규모를 추정하여 제시하는 것은 필요하다. 문화재행정업무는 무엇보다 보존·관리가 우선되는 바, 이는 원형보존과 함께 사전관리가 중요하다는 것을 의미한다. 민간전문가의 도움을 받아 사후 관리를 실시하는 것도 쉽지 않지만 사전에 문제점을 찾아내고 이를 개선해 나가는 사전관리는 일반인이 접근하기 어려운 전문적인 영역에 속한다. 때문에 사전적 관리 차원에서 문화재보존·관리업무를 수행할 수 있는 전문인력의 확보가 매우 중요하다. 문화재관련 민원의 경우에도 각종 법률과 여러 가지 규제사항들로 인하여 다른 어떠한 행정분야 보다도 전문적인 지식이 요구되는 분야이다. 그러나 문화재행정을 담당하는 행정직 공무원의 경우 잦은 순환보직으로 인하여 지식이나 경험의 축적이 어려우며, 이러한 이유는 문화재행정이 예측가능하고 안정적으로 수행되기 어려운 요인이 되고 있다. 따라서 문화재관련 업무에서 행정업무처리능력이 요구되는 분야의 경우도 전문성을 통하여 안정적 업무수행이 가능하도록 조치할 필요가 있다.

지방자치단체의 문화재 보존관리의 전문인력을 충원하는 방안으로 개방형직위의 적용범위를 확대하고 제도적 지원마련을 통하여 운영의 실효성을 확보하는 방안이다. 또한 실제업무처리를 위한 전문가 충원의 경우 계약직 직원의 확대방안 모색

131) 송인범, "우리나라의 문화재 정책현황과 과제", 동국대학교 전자불전연구소, 전자불전7집, 2005년, 35면.

이 필요하다. 이는 신규인력증원이 어려울 경우 정원증원의 방법보다는 정원과 관련 없는 계약직 공무원의 확대가 오히려 현실적인 인력확충의 방안이 될 수 있다. 이때 문화재 행정분야에 관한 계약직 공무원의 확충은 계약직을 통한 전문성을 확보하고자 하는 자치단체장의 의지가 선행되어야 할 것이다.

그 외에도 현재 지방자치단체 공무원 임용제 방법으로 특별임용제도를 통하여 충원하는 방법도 검토할 수 있다. 문화재행정의 경우도 지방공무원법 제27조와 지방공무원임용령 제17조 특별임용 규정에 따라 특별임용이 가능한 만큼 관련 규정을 적극적으로 활용할 필요가 있다.

직위분류제를 도입하고 있지 않은 우리나라의 경우 잦은 순환보직은 어느 한 전문분야에 있어 개인의 업무처리능력을 신장시키는데 제한을 가지게 하며, 이러한 점은 문화재행정 내에서도 특히 일반직공무원에게서 뚜렷이 나타난다. 문화재행정은 대표적인 규제행정으로 이해관계자(주민 또는 개발사업자)와의 다양한 갈등의 소지를 안고 있기 때문에 분명하고도 객관적인 업무처리가 매우중요하다. 그럼에도 처리하는데 한계가 있으며 이는 사람이 바뀌어도 업무자체가 원활하게 수행되어 질 수 있도록 하는 업무처리매뉴얼을 마련함으로써 그 부작용을 최소화할 수 있다.[132] 또한 대학 등의 고등교육기관이나 공무원 연수원 등을 통한 재교육과정을 통하여 지속적으로 전문성을 신장할 수 있도록 개설에 관한 검토가 필요하다.

## *2.* 문화재수리 및 복원의 부실

현행 문화재보호법에서 문화재수리 및 하자보수와 관련하여 제18조의 문화재수리기술자의 업무와 자격에 대한 사항과 제19조의 결격사유, 제20조와 제21조의 수리기술자의 자격증에 관한 사항과 자격취소의 요건, 제22조와 제23종의 수리기술자의 등록 및 등록취소, 제24내지 제26조의 문화재수리기능자의 업무, 자격요건 및 자격취소, 등록 및 등록취소, 제27조와 제28조의 문화재수리업자의 등록과 등록취소, 제29조의 문화재수리 용역과 시공평가, 제30조의 수리공사의 하자담보책임 사항에 대하여 규정하고 있다.

---

132) 이승규, 앞의 논문, 730면.

문화재의 원형유지의 기본원칙을 이행하는데 있어서 문화재지정 후에 지속적인 관리에도 불구하고 건물의 노후나 자연재해 기타 환경적인 요인 등으로 인하여 경미한 훼손이나 침식 등의 하자보수가 발생하게 된다. 이때에 해당 문화재의 구조 및 재료나 원형에 가까운 하자보수 및 복원을 위하여 문화재수리기술자를 설치하여  문화재의 수리에 기술적인 업무를 담당하면서 문화재수기능자의 작업을 지도·감독한다. 또한 국가지정문화재의 중요한 수리 및 복구에 있어서는 문화재위원회의 심의를 거쳐야 한다.

하지만 문화재의 수리와 복구에 있어서 자연재해로 인한 훼손이거나 기타의 주변 환경요인이거나, 자연적 노후이거나 발견즉시 신속한 자료수집과 수리방법 재료의 선택 등 더 이상의 훼손이 일어나지 않도록 빠른 조치를 취해야 함에도 불구하고 국가지정문화재의 중요한 수리의 경우 문화재위원회의 심의를 거쳐야 하는 것은 시간의 지연으로 인한 이차적 훼손이 우려된다. 가령 긴박한 상황에서 선조치 후보고로 시행한다고 할지라도 수리와 관련한 전문 기관이나 연구원 등의 자문이 힘든 실정이다.

이와 관련하여 별도의 문화재수리위원회를 구성하거나 문화재수리 및 복원과 관련한 기구를 총괄청 산하의 독립기구로 설립하는 방안을 고려할 수 있다. 이들을 통하여 지속적인 관리를 하면서 문화재의 현 실태를 조사하여 기록하고 정기적인 점검을 시행함으로서 문화재의 훼손을 최소화 할 수 있고 또한 수리·복원에 있어서 기존의 데이터를 지표로 피해를 최소화 하고 원형유지를 위한 최선의 복원이 이루어 질 것으로 생각된다. 이를 위하여 문화재 수리 및 복원에 관하여 별도의 법률이나 령으로 제정하여 국가지정문화재에 관한 독립기구의 구성과 업무의 범위, 수리·복원에 관한 감독·사후관리, 현 문화재수리기술자·기능자·등록업자의 관리, 정기조사 등을 내용으로 입법방안을 고려할 수 있다.

## 제2절 유형별 문화재

### 1. 동산문화재의 효율적 관리

현행문화재보호법은 문화재의 소유권을 인정하고 있어 그 효력은 매장문화재에까지 미치고 있다. 개인이 소장하고 있는 유물을 국가로부터 역사성·예술성·학술성·경관성 등의 가치를 인정받아 문화재로 지정을 받은 것은 우리 선조의 얼과 삶의 집합적 창조물로서 우리 민족의 정체성을 나타내는 것으로 이해하여야 할 것이다. 즉, 문화재의 법적 성격은 '보존공물'에 해당한다. 문화재는 그 자체를 직접 공공용이나 공용에 제공하는 것이 아니라, 그 소유자가 누구인가에 관계없이 문화재가 간직하고 있는 역사적·예술적·학술적 가치를 보존함으로써 문화발전에 이바지하는 문화적 소산이기 때문이다. 하지만 동산문화재의 경우 개인이 소장하고 있는 경우에 공개를 하지 않으면 해당 문화재의 존재여부를 알 수 없으며 그로인한 문화재향유도 제한될 수밖에 없다.

현행법 제44조의 규정을 보면 국가지정문화재의 소유자 및 보유자 또는 관리단체는 그 문화재를 공개하고 관람료를 징수할 수 있다고 규정하고 있고 소유자나 보유자에게 문화재에 대한 지원금이나 보조금은 지원되지 않고 있다.

한 점이나 두, 세점 등의 소량의 문화재를 소유하고 있는 개인 소장가는 그 문화재를 관람할 수 있도록 관람시설을 마련하는데 들어가는 투자비용의 부담으로 관람시설의 건립을 포기하고 공개를 하지 않는다.

또한 개인 소장의 문화재의 경우 도난이나 화재 등에 박물관 등의 시설보다는 보안이나 방재가 뒤떨어지며 원형보존 또한 불확실한 실정이다.

아울러 현행법 제45조, 제46조의 규정은 문화재에 관하여 정기조사를 규정하고 있는데 그 주기를 5년으로 하고 있다. 문화재의 보존과 관리에 관하여 지정문화재를 5년에 한번 조사하는 것은 해당 문화재의 훼손되는데 상당기일 방치될 수 있는 문제점이 있다고 하겠다.

부동산문화재와 달리 동산문화재의 경우는 규모면에 있어서도 이동할 수 있을 정도이며 해당 문화재의 관리에 있어서도 전문지식이나 제정이 부족하면 원형보존에 있어서 불확실하며 해당 문화재의 도난이나 화재 및 부주의에 의한 훼손에 노출되어 있다.

동산문화재의 경우 개인이 공개를 하였을 때 문화재보호법 제44조의 규정에서 관람료를 징수할 수 있다고 하였는바 이를 국가나 지방자치단체가 기증이나 매수 또는 위탁보관 등의 방법으로 박물관이나 기념관에 소장하여 국민에 대한 문화재

향유를 극대화하고 또한 위탁 문화재의 경우 관람료의 일정부분을 소유자에게 지급을 하는 방안을 고려할 수 있다.

이는 문화재의 원형보존의 원칙에 충실하여 문화재를 효율적으로 보존·관리할 수 있고 문화재 향유의 제한을 제거할 수 있으며, 문화재 정기조사에 대한 경비를 절감할 수 있을 것으로 생각된다.

## 2. 매장문화재의 지표조사 및 발굴전문기관

국내의 매장문화재의 분포지역은 대표적으로 삼국시대의 백제의 도읍지였던 부여와 공주를 비롯하여 신라시대의 경주지역 등 우리나라의 전역에 걸쳐 매장문화재의 분포지역이라고 해도 과언이 아닐 것이다.

현재 우리나라의 매장문화재 지표조사 조사기관은 2008년 1월 현재 육상(101곳), 수중(2곳)으로 등록되어 있으며 서울·인천·경기(31곳), 부산·경남(18곳), 울산·대구·경북(14곳), 대전·충남·충북(16곳), 광주·전남·전북(16곳), 강원(7곳), 제주(3곳)으로 수도권에 집중되어 있으며 기관 수 또한 지방에 비하여 두 배에 해당하는 수가 집중되어 있다.

그리고 매장문화재 발굴조사 기관은 2008년 1월 현재 99곳으로 등록되어 있으며 발굴조사의 현황을 살펴보면 순수학술발굴의 경우 2000년(47건), 2001년(21건), 2002년(14건), 2003년(27건), 2004년(30건), 2005년(12건), 2006년(23건), 2007년(28건)이며, 정비목적학술발굴의 경우 2000년(31건), 2001년(82건), 2002년(91건), 2003년(76건), 2004년(102건), 2005년(104건), 2006년(70건), 2007년(61건)이고 구제발굴의 경우 2000년(241건), 2001년(366건), 2002년(493건), 2003년(602건), 2004년(867건), 2005년(1,036건), 2006년(1,207건), 2007년(1,180건)으로 발굴조사 중 순수 학술발굴 및 정비목적의 학술발굴 조사 건수는 변화가 크지 않으나 구제발굴의 조사 건수는 계속적으로 증가(2000년부터 연평균 30% 수준)하여 건설공사 증가에 따른 발굴 규모가 함께 지속적으로 증가하고 있음을 나타내고 있고 조사비용도 발굴조사 건수의 증가에 따라 동반증가(2000년부터 연평균 30% 수준)하고 있다.

발굴조사 중 구제발굴 건수가 계속적으로 증가하는 주요 원인은 택지개발, 산업단지조성, 공동주택건립, 철도건설, 도로건설등 대규모 개발 사업의 증가에 기인하

고 있음을 알 수 있다. 2007년의 발굴규모가 2006년과 유사하나, 구제발굴 수요가 둔화되었다고 보기는 곤란하며 건설관련 지표[133](건교부 통계 개발행위 허가건수)는 지속적으로 증가하고 있으나, 발굴전문인력 부족으로 발굴수요를 따라가지 못하여 나타난 현상이다.

이처럼 매장문화재 발굴에 대한 수요와 공급의 불균형은 조사용역 자체를 왜곡시켜 조사비용이나 조사기간 등에 조사기관의 자의성이 개입될 여지를 충분히 남기고 있고 발굴조사의 전문화와 효율성을 저해하고 사업시행 추진의 곤란, 조사의 부실화를 초래하는 등의 문제점을 발생시키고 있다.

현행 문화재보호법 제54조의 규정을 살펴보면 매장문화재에 대하여 "토지·해저 또는 건조물 등에 포장된 문화재"로 매장문화재를 정의하고 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 매장문화재의 분포지역이 넓지만 매장문화재의 분포지역에 관한 기본적인 데이터가 부족하여 문화재보호법 시행규칙 제81조의 규정에서 문화재 지표조사 대상사업에 대하여 규정하고 있는데 그 골자는 문화유적이 분포되어 있거나 문화유적과 근접한 지역, 문헌에 근거하여 문화유적이 분포되어 있을 것으로 판단되는 지역, 과거에 문화재가 출토된 지역, 경주시·공주시·김해시·부여군 및 그 밖의 문화재청장이 정하는 고도지역 등으로 포괄적이거나 행정관청의 재량에 의한 지표조사가 시행되고 있다.

그리고 문화재 발굴조사와 관련하여도 순수 학술발굴조사, 정비목적 학술발굴조사보다 구제발굴조사의 건수가 계속하여 증가하는데 주요 원인은 택지개발, 산업단지조성, 공동주택건립, 철도건설, 도로건설등 대규모 개발 사업의 증가로 인하여 발생된 결과라고 할 수 있다.

앞의 문화재발굴 현황에서 2006년과 2007년의 실적을 비교해보면 순수학술 발굴이나 정비목적 학술발굴의 경우 큰 차이를 느낄 수 없으나 구제발굴의 경우 둔화현상이 나타나는 것을 알 수 있다.

이는 구제발굴의 수요가 둔화되었다고 보기는 힘들며 앞의 건설관련 지표(국토해양부 통계 개발행위 허가건수)는 지속적으로 증가하고 있는 것으로 보아 발굴전문인력 부족으로 발굴수요를 따라가지 못하여 나타난 현상이라고 할 것이다.

이에 관하여 발굴기관의 증가가 이루어져야 하지만 증가를 함에 있어서 현실적

133) 개발행위 허가건수와 관련하여 웹사이트 "e-나라지표 http://www.index.go.kr/egams/default.jsp" 참조.

으로 제도의 완화 등으로 발굴기관을 증가시킬 수 있으나 발굴기관의 전문성 및 발굴기관의 경쟁력 제고에 대하여는 명확한 기준을 유지하여할 것이다.

## 3. 무형문화재

### 가. 무형문화제 보호제도의 특징

무형문화재의 보호제도의 특장을 살펴보면 현행문화재보호법의 원칙인 "원형보존주의", "중점보호주의"그리고 "국가주도의 전승교육제도", "활용주의" 등으로 구분할 수 있다. 이러한 원칙은 1962년 문화재보호법이 제정되면서 만들어졌는데 이 중 "원형보존주의", "중점보호주의"는 1999년에 문화재보호법의 개정 시에 문화재 관리의 일반원칙으로 삽입되었다.

무형문화재에 있어서 "원형보존주의"란 중요무형문화재의 예능 또는 기능을 원형대로 체득·보존하고 이를 그대로 실현할 수 있어야 한다[134]는 것이며 여기서 원형이란 자연스러운 전승 상황에서 변조되지 않고 전해져오는 것으로 개인의 창작력에 의한 가식과 기교가 더해지지 않는 것, 오랜 세월 변화가 별로 없이 전해오는 것이라고 할 수 있다.[135]

"중점보호주의"란 이 또한 문화재 일반원칙의 하나로 문화재보호법 제6조 제1항을 근거로 무형문화재 중에서 중요하다고 인정되는 문화재를 지정하여 '중점적으로'보호하자는 것이다.

"국가주도의 전승교육제도"란 무형문화재를 보호 · 육성하는 데에 가장 중요한 정수교육에 관한 규정으로 전수교육은 보유자의 자율로 하지만 전수 기간과 전수교육조교 선정, 이수증 발급 결과를 문화재청장에게 알려야 하는 등 전수교육에 관하여 국가가 직접 관여하고 있는 것을 말한다.

"활용주의"란 민족의 얼과 넋이 숨쉬는 문화재를 활용함으로써 새 문화를 창조함과 동시에 활용을 문화재 보존의 수단이자 목적으로 보는 것이다. 무형문화재의

---

134) 문화재보호법 시행규칙 제3조 제1항.

135) 배영동, "중요무형문화재 지정 시 전승자 선정기준과 조사방법의 개선방안 :중요무형문화재 효율적 관리방안 연구", 문화재관리국·한국정신문화연구원, 1996, 191면.

경우 보존하는 것만으로도 민족의 정체성을 확립하는 데에 의미가 있지만 더 나아가 활용을 하지 못하면 결국 무형문화재는 화석화 내지는 박제화되고 말 것이다.[136]

## 나. 보유자(보유단체)인정

중요무형문화재를 지정할 때에 해당 중요무형문화재의 기·예능을 원형 그대로 체득·보유하고 이를 그대로 실현할 수 있는 자(단체)를 보유자(보유단체)로 인정하고 있다. 또한 지정된 중요무형문화재의 전승이 단절되지 않도록 보유자 또는 보유단체를 계속 보완하여 추가로 인정하도록 하고 있다. 하지만 단체종목인 데에도 불구하고 1~3명 정도의 보유자에게 지정종목 전 과정을 실현하도록 하고 있어 제대로 된 실현을 어렵게 하고 나아가서는 해당 종목의 변질을 가져오게 될 것이다. 따라서 종목이 단체종목인 경우에는 그 종목의 특성을 고려하여 그 종목을 구성하는 분야별로 보유자를 인정할 수 있도록 하는 것이 좋다고 본다.[137] 또한 현행법상 전수교육에 있어서의 젊은 인재의 등용의 폭을 확대하기 위해 연령의 제한이 없는 것으로 생각건대 광범위한 무형문화재의 특성을 고려하지 않는 것으로 특정분야의 내재된 장르적 속성을 파악하지 못한 정책으로 보인다. 이에 대하여는 전수교육자는 일정기간을 이수하고 그 후 전승활동에 계속적으로 종사하며 그 종목에 관하여 원형보존주의에 입각한 실현을 할 수 있는 자로 한정하는 것이다.

## 다. 원형보존주의

"원형보존주의"에 관하여 앞에서 살펴본 자와 같이 완전한 원형이 존재한다고 믿고 이를 철저히 지켜야 한다는 신념이다.[138] 하지만 문화재보호법상 원형에 대한 정의는 구체적으로 이루어져 있지도 않고 다만 관리에 있어서 중요무형문화재 지

---

136) 김양혜, "한·일 중요무형문화재 보존 및 전승에 관한 비교연구", 숙명여자대학교, 석사학위논문, 2005, 21면.

137) 김양혜, 위의 논문, 55면.

138) 이장열, 『한국무형문화재 정책』, 관동출판, 2005, 230면.

정 당시를 기준으로 삼고 있을 뿐이다. 여기에서 문제가 되는 것은 무엇을, 어디까지 원형으로 보는가 하는 것과 살아 숨 쉬는 인간에 의하여 전승되는 기·예능을 복사하듯이 그대로 보존할 수 있는가 하는 것이다. 또한 문화재 보존의 목적이 '활용'과 문화 창조력의 신장에 기여한다는 거시적인 데에 있다[139]는 점을 감안할 때 우리의 전통예술이 고(古)예술로 전락하고 박제화하지 않기 위하여 무형문화재로 지정할 당시의 연행전체를 '원형'으로 정하고 여기에서 더 변하면 안 된다는 식의 편협한 생각에서 벗어나, 전통문화의 현대적 보존과 전승을 위해서 한국인의 정신사조와 정서를 이해하면서 남아 있는 자료의 수집·분석을 통하여 무형문화재의 뿌리 즉, 누구나 공감할 수 있는 무형문화재의 원리와 변해서는 안 될 우리민족 전통의 원형요소를 찾아내야 할 것이다. 그래서 이를 체계적이고 과학적인 교재를 개발하여 교육과정을 합리적으로 운영한다면 원형보존은 자연스럽게 이루어질 것이며 나아가 그 범위 내에서 창조적으로 발전시키는가에 대하여는 예술적 기량에 따라 예술인 스스로의 노력과 자각이 요구된다.[140]

## 제3절 문화재 공공제한과 재산권

### 1. 개발과 문화재보호

국민의 건강하고 문화적인 생활을 적극적으로 보장·증진하기 위해, 국가 및 지방자치단체 등이 자원의 효율적인 개발·이용·문화·경제·산업·사회의 발전·인간성 존중에 기초를 두는 생활환경의 정비 등을 목적으로 한 국토에 관한 일련의 활동을 개발이라고 정의하고 있다.[141] 이는 헌법 제122조 "국가는 국민 모두의 생산 및 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 그에 관한 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수

139) 이장열, 앞의 책, 231면.
140) 김양혜, 앞의 논문, 57면.
141) 오용암, "개발행정과 문화재보존에 관한 법적 고찰", 건국대학교 대학원 석사학위논문, 2001, 6면.

있다.”라고 하여 이 또한 국가목적규정으로써 국민생활의 편익증진을 위해 국토개발은 반드시 필요한 국가의 핵심적인 의무조항이다. 이러한 관점에서 국민의 문화향유와 관련한 문화재보호에 있어서 문화재 지정과 등록 및 보호구역의 설정으로 인한 국토개발과의 상충되는 문제점이 늘어나고 있다.

문화재환경에 대한 관심의 증가로 보호구역의 지정과 그 범위가 확대됨에 따라 해당 문화재의 훼손 및 멸실, 주변 환경과의 조화 등을 우려한 보호구역의 지정 및 범위의 확대는 문화재보호의 목적에 부합한다는 점에서 환영하지만, 이로 인한 개발과의 사이에 문제점이 지적되는데 문화재보호구역이란 문화재보호법에 따라 문화재를 지정하면서 ‘특히 필요하다고 인정되는 경우’ 그 지정문화재 주변에 설정하는 면적형태의 행위제한구역이다. 문화재보호지구의 지정은 그 대상지역내 토지소유자에게 재산권을 제한하는 강력한 효력을 발생하는 것이므로 취소소송의 대상이 되며[142] 문화재의 지정이 고도의 전문적 판단을 수반하는 것이고 그 지정과 함께 일정한 면적단위의 보호가 필요한 것인가에 대한 판단 또한 전문성을 요하는 것이므로 이는 법원에 의한 사후통제가 뒤따라야 한다.

문화재보호법에 의하여 문화재보호지구로 지정된 경우에는 국토계획법 제37조의 보존지구로 보게 되며 그 구역 내에 행위허가의 기준은 대통령령에 의해 조례에 위임되어 있다. 서울특별시의 도시계획조례를 보면 “문화자원보존지구 안에서는 문화재보호법의 적용을 받는 문화재를 직접 관리·보호하기 위한 건축물과 시설 이외에는 건축하거나 설치할 수 없다. 다만, 시장 또는 구청장이 그 문화재의 보존상 지장이 없다고 인정하여 문화재청과의 협의를 거친 경우에는 그러지 아니하다.”는 일반조항만을 두고 있다.[143] 이를 일반적으로 해석하면 문화재보호구역이 지정되면 문화재보호구역은 사실상 건축금지구역으로 분류되고 문화재보호구역내 건축허가를 재량행위로 만드는 성격이 있다고 판단된다. 원칙적으로 문화재보호를 위해 건축물이 금지되고 예외적으로 그 보호에 지장이 없다고 인정되는 경우에만 건축이 허용되는 것이기 때문이다.[144] 또한 문화재 보호구역내의 규제항목 중 보존

---

142) 대법원 1993. 6. 29 선고 91누6986 판결, “구법하의 지방문화재에 대한 보호구역 지정처분도 보호구역내에 있는 토지소유자에 대하여 권리행사의 제한 또는 의무부담을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것인 바”.

143) 김종보, “문화재보호법과 건축물”, 중앙대학교법학연구소, 법학논총 제29집, 2005, 130면.

144) 서울행정법원 1999. 11. 12. 선고 99구 12976 판결, 참고.

에 직접영향을 주는 도로가 제외되어 있는 것도 문제점으로 지적되고 있다.

문화재보호법시행규칙 제4조의 1에 의하면 별표로 보호구역을 지정하여 국가지정문화재의 경우 사찰건조물을 제외하고 최소 20미터에서 최대 100미터로 설정하고 있는데, 예컨대 문화재로부터 최소한 20미터만 떨어져도 광로 1류 도로(70미터 이상) 개설이 가능하다는 것인데 이 정도의 도로라면 건조물 보호에 치명적으로 영향을 끼치게 된다.[145] 더구나 도로는 건조물에 해당하지 않기 때문에 보호구역 내에서 규제조항에 포함하지 않고 있다. 결국 건축문화재에 가장 큰 피해를 끼치는 장애물을 바로 옆에 인접하게 되는 것이다.

국토개발과의 직접적인 또 다른 관계에 놓여있는 매장문화재와 관련하여 현행 문화재보호법은 매장문화재의 개념을 "토지·해저 또는 건조물 등에 포장된 문화재"로 규정하고 있다. 이 규정은 문화재의 범주를 유형문화재, 무형문화재, 기념물 및 민속자료로 분류하여 정의하고 있는 법 제2조 제1항의 규정을 보면 매장문화재는 지상에서 관찰되지 않으나 역사, 예술, 학술상 가치 있는 문화유산으로 정의되고 있음을 알 수 있다. 매장문화재에 대한 이와 같은 개념규정은 흔히 너무 추상적이고 애매하여, 학술적 예술적 가치가 어떻게 판정되는가에 따라 발견 및 도굴신고에 있어서 관계행정당국이나 이해당사자 및 경비부담자들 사이에 첨예한 의견대립을 불러일으킬 소지가 있어 문제가 되고 있다.[146] 예컨대, 매장문화재는 그 종류나 가치가 원칙적으로 불확실하기 때문에 매장문화재의 포장여부가 미처 확인되지 않은 지역에서 국보급 문화재가 발굴된 경우 지정 혹은 가지정하지 않은 상태에서 이를 공사지연등으로 인한 경제적 손해를 피하기 위해 신고의무를 이행하지 않고 훼손내지는 멸실에 대하여 처벌할 수 있는 지가 불분명하게 되는 것이다(동법 제102조, 103조 참조). 또한 지역분권화시대에 지역경제의 성장이야말로 지역민의 행복추구 및 문화향유에 더욱 부합하다고 할 것이다. 지역경제 성장의 원동력이라고 할 수 있는 각종 산업지대의 확대 및 상업화는 가계 경제상황을 증가시키는 중요한 요인이다. 하지만 산업지대 및 상업지대의 설립이 문화재보호로 인하여 축소 내지는 취소가 된다면 지역민은 문화재향유는 뒤로하더라도 지역을 낙후시키

---

145) 이왕기 외 공저, "역사적 문화환경의 효율적 보존을 위한 문화재보존 관련법 고찰", 대한건축학회, 대한건축학회논문집 제102호, 1997, 205면.

146) 박은정, "매장문화재보호를 위한 대책 : 문화재보호법의 문제점을 중심으로", 이화여자대학교법학연구소, 법학논총 제4권, 1999, 7면.

는 근원이라는 애칭을 사용되고 그 문화재의 가치를 원망할 것이다. 여기에서 축소의 경우를 살펴보면 관광산업지구로 조성되어 개발이 진행되는 시점에서 매장문화재로 추정되는 문화재의 출현으로 보호구역으로 지정되었을 때 보호지구내의 토지를 소유하고 있는 소유자가 문제가 된다.

현행 문화재보호법은 이에 관하여 공공필요에 의한 사용제한으로 보고 동법 제92조의 "공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률"에 위임하여 토지의 사용·수용에 관하여 규정하고 있다. 하지만 이를 공공필요에 의한 사용제한으로 보면서 사회적 구속의 내용을 들어 사용·수용으로 보는 것은 당해 토지를 이용하는 본래의 목적에 있어 인접 토지의 소유자와 비교하여도 현저한 재산적 침해를 가하고 또한 평등의 원칙을 위반한다고 할 수 있다. 이에 관하여는 앞에서 전술한 독일의 이론인 사용유사적 침해이론이 검토되어야 할 것이다. 이는 공공필요에 의한 재산권의 침해가 특별한 희생으로서 헌법 제23조의 제3항에 비추어보면 "재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다"라고 규정하여 수용·사용에 관하여는 문화재보호법 제92조에서 규정하고 있으나 제한에 관한 보상입법은 그 규정이 없다. 이는 재산권의 제한에 관하여 보상을 함에 있어 법적 근거를 필요로 하지만 제한에 관한 법률의 근거가 없어 보상입법을 기다려 손실보상을 청구하여야 한다는 헌재의 결정이 뒷받침하고 있다. 하지만 공공필요에 의한 재산권의 제한은 당연히 보상규정을 두어야 함에도 불구하고 그에 관한 규정을 두지 않은 것은 위헌이 되는 것으로 보고 위법이 되는 위법성의 요건을 고려하여 공용침해로 인한 특별한 희생을 입은 자에게 보상을 하여야 하는 것이다. 또한 보상에 있어서도 형평보상이나 형평재량에 의한 보상이 아닌 법치국가원칙에 의하여 요구되는 보상으로서 완전보상을 하여야 할 것이다.

국토개발과 문화재보호에 있어서 가장 중요한 문제의 하나는 '개발'과 '보존'의 가치의 충돌이다. 개발은 인류발전에 있어서 중요한 하나이기는 하지만 문화재는 공공적 성격을 가지는 국민적 자산이고, 역사의 징표이며, 번영의 미래를 행하는 현재의 기반이다. 그리고 문화재에 대한 향수의 권리는 현시대를 살아가는 사람들의 권리일 뿐만 아니라 후세대인의 권리이고, 한번 파괴되거나 멸실되면 다시는 회복될 수 없다는 점에서 문화재보존의 당위성은 그 어떠한 가치보다도 강조되어야 한다. 즉 국토개발과 관련하여 '보존하면서 개발한다.'는 문화재보호의 원칙이

그대로 유지되어야 하는 것이다[147].

## 2. 재산권과 문화재보호

국민이 삶을 영위하면서 취득하는 재산에 대하여 헌법 제23조의 조문과 같이 공공필요에 의한 제한적 범위 외에는 국가목적규정으로서 재산권을 보장 받는다. 하지만 앞에서 살펴본 바와 같이 문화재 지정 및 등록, 보호구역의 지정 등으로 인하여 그 구역 내의 주민들이 제한받는 토지의 평가문제와 국토개발과 관련하여 매장문화재보호를 위한 행위제한으로 인한 재산권침해에 대하여 문제점이 대두되고 있다.

### 가. 매장문화재보호를 위한 행위제한으로 인한 재산권침해

현행 문화재보호법은 건설공사 시행 중 그 토지 지하에 매장문화재가 포장된 것으로 인정된 경우에는 시행자는 그 현상을 변경함이 없이 그 발견사실을 문화재청장에게 신고하여야 하며(동법 제54조), 신고를 받은 문화재청장은 그 문화재의 보존상 필요하다고 인정할 때에는 이를 직접 발굴하거나 문화재청장이 지정하는 자로 하여금 발굴하게 할 수 있다(동법 제55조 제7항). 다만, 대통령령이 정하는 건설공사로 인한 발굴에 소요되는 경비는 예산의 범위 내에서 국가 또는 지방자치단체가 부담할 수 있다(동항 단서).

여기에서 문제는 첫째 공사시행 중 현상보존의 필요가 있는 문화재가 발견된 경우와 둘째 국가 또는 자방자치단체가 발굴경비를 지원하는 규모 이상의 대규모 건설공사로서 시행자가 경비를 부담하여 발굴한 결과 매장문화재가 출토되어 건축공사가 불가능해지거나 보존대상으로 지정되어 토지를 본래의 용도로 사용할 수 없게 되는 경우에 재산권보장과 관련된 문제가 있다.

첫 번째의 예로써 유적발굴허가거부처분사건[148]을 들 수 있다. 이와 같은 사례처

147) 김춘환, 앞의 논문, 479면.

148) 대법원 판례 2000. 10. 27. 선고 99두 264 판결, 이 사건의 내용은 원고(학교법인 계명기독학원)는

럼 많은 자금을 투입하여 토지를 매입하고 건축허가를 얻은 후 건축공사를 진행하였으나 공사도중 매장문화재가 발견되어 신고한 결과 공사예정 원상보존의 행정결정이 내려질 경우 그 토지는 본래의 용도로 전혀 사용할 수 없을 뿐만 아니라 경제적 가치가 거의 없는 토지가 되어버린다.

두 번째의 예로서는 대규모 아파트 건설을 위한 발굴조사 결과 공사예정 지역일대가 매장문화재의 원형보존을 위하여 건물의 신축이 불가하다는 판단을 받는 경우로 경주시 동천동 일대의 군부대 이전부지를 많은 자본을 투입하여 매입하고 건축허가를 받아 대규모 아파트단지 건설사업을 시행했던 우방건설의 경우를 들 수 있다. 이 사례의 경우 동회사는 10억여 원의 경비를 들여 발굴조사를 완료하였다. 그러나 발굴조사 후 문화재관리국에서 동 지역일대는 신라시대 주거지로서 문화재의 원형보존을 위하여 건물의 신축이 불가하다는 결정이 내려졌으나 우여곡절 끝에 ⅓정도의 면적을 원상보존[149]하기로 하고 잔여지에만 아파트를 건설하게 됨으로써 회사의 많은 경제적 손실을 입은 바가 있다. 그리고 1995년 문화재보호법시행령이 개정되어 일정 면적 이하의 개인 단독주택의 경우 발굴경비를 국가 또는 지방자치단체가 부담함으로써 문화재보호와 재산권의 보장을 어느 정도 조화시키고 있으나[150], 발굴조사 결과 매장문화재 원형보존을 위하여 건물의 신축이 불가하

---

1992.11.7. 경주시장으로부터 병원신축을 위한 도시계획결정 및 지적승인을 받은 다음 약 28억 원을 들여 1993년 말부터 경주시로부터 경주시 충효동 산204의1 임야 6필지 합계35,226㎡의 공유재산을 매수하고, 1995. 2. 25. 경주시장으로부터 경주시 충효동 산204의 28, 29를 포함한 8필지 합계 55,670㎡의 토지에 대하여 도시계획법 제23조 및 제25조의 규정에 따라 경주도시계획종합의료시설사업 시행자 지정 및 건축허가를 받고 1차 토목공사를 시행하던 도중 사건 토지상에 약 900평에 걸쳐 7세기경 신라시대의 것으로 추정되는 고분 5기가 발견되자 위 공사를 중단하고 문화재보호법에 따라 1997. 4. 22.경상북도를 경유하여 문화재관리청에 건축부지 내의 유적발굴허가를 신청하였다. 그러나 이 신청에 대하여 문화재청장은 1997. 5. 29. “경주 선도산의 문화유적 및 역사적 경관보존 차원에서 발굴을 불허한다.”는 결정을 내렸다. 이리하여 원고는 유적발굴불허가신청불허가처분취소소송을 제기하였다. 이에 대하여 대법원은, “건설공사를 계속하기 위한 발굴허가신청에 대하여 그 공사를 계속하기 위하여 부득이 발굴할 필요가 있는지의 여부를 결정하여 발굴을 허가하거나 이를 허가하지 아니함으로써 원형 그대로 매장되어 있는 상태를 유지하는 조치는 허가권자의 재량행위에 속하는 것이므로, 행정청은 발굴허가가 신청된 고분 등의 역사적 의의와 현상, 주변의 문화적 상황 등을 고려하여 역사적으로 보존되어 온 매장문화재의 현상이 파괴되어 다시는 회복할 수 없게 되거나 관련된 역사문화자료가 멸실되는 것을 방지하고 그 원형을 보존하기 위한 공익상의 필요에 기하여 그로 인한 개인의 재산권침해 등 불이익이 훨씬 크다고 여겨지는 경우가 아닌 한 발굴을 허가하지 아니할 수 있다고 할 것이고, 행정청이 매장문화재의 원형보존이라는 목표를 추구하기 위하여 문화재보호법 등 관계 법령이 정하는 바에 따라 내린 전문적·기술적 판단은 특별히 다른 사정이 없는 한 이를 최대한 존중하여야 한다.”는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

149) 현재의 보존부분은 경주시가 매입하여 포장한 후 지역 주민들의 공용주차장으로 사용하게 하고 있음.

150) 1995년 이전에는 개인이 발굴허가를 얻은 후 발굴경비를 부담하여 발굴을 하였다. 그리고 발굴조사 후 문

다는 결정을 받을 경우에는 토지의 용도에 따른 사용이 전혀 불가능하다는 점에서 여전히 문제가 남아 있다.

## 나. 문화재보호구역지정으로 제한받는 토지의 평가

문화재보호구역내의 토지의 경우 지표조사나 발굴을 전제로 해서 개발행위에 대한 허가의 길이 열려 있으나, 실제로 보호구역내의 토지에 대한 제한의 정도는 거의 현상동결수준이다. 이외에도 문화재보호구역의 토지를 개발가능한 토지로 믿고 토지를 매입한 후 그 토지 주변 500m 이내에 매장문화재가 발견 될 경우 그 지목이 무엇이냐를 불문하고 일체의 개발행위를 할 수 없는 경우도 생길 수 있는데, 이러한 경우에는 신뢰보호원칙의 위반문제도 제기될 수 있다.

또한 이렇게 엄격한 제한을 하면서도 그로 인한 불이익에 관한 보상규정이 없다. 다만, 문화재청장 또는 지방자치단체의 장은 문화재 보존·관리를 위하여 필요한 때에는 지정문화재의 보호구역 안에 있는 토지·건물·입목 기타 공작물을 토지취득보상법에 따라 수용하거나 사용할 수 있음을 규정하고 있을 뿐, 문화재보호를 이유로 개발을 위한 허가를 받지 못한 토지소유자에게 그에 합당한 완전보상 내지는 토지·건물 등의 매수청구권을 인정하고 있지 않다.

반면, 고도의 역사적 문화환경을 보존하기 위하여 제정된 "고도보존에관한특별법"에서는 특별보존지구나 역사문화환경지구로 지정됨으로써 역사적 문화환경의 보존을 이유로 허가를 받지 못함으로 인하여 본래의 목적에 이용할 수 없게 된 경우에는 보존사업시행자에게 토지·건물 등의 매수를 청구할 수 있도록 하고 있다.

그리고 문화재보호법이나 고도보존법 모두 문화재보호를 위한 수용이나 고도보존사업을 위한 수용 또는 소유자의 매수청구권에 따라 보상을 하는 모든 경우에 보상액평가에 있어서는 토지취득보상법을 준용하도록 하고 있다. 그러나 공법상의 제한을 받는 토지를 평가함에 있어서 토지취득보상법시행규칙 제23조 제1항은 그러한 제한은 일반적인 공법상의 제한으로서 '공법상의 제한을 받는 상태대로 평가'

---

화재관리국에서 동 지역일대는 매장문화재의 원형을 보존하기 위하여 건물의 신축이 불가하다는 통보를 받아 많은 발굴경비를 개인이 부담하고도 건축을 하지 못하는 경우가 많았다. 이에 관하여 김상묵·안재호·정현, "경주시 문화재 및 주민피해 실태에 관한 연구", 경주지역발전협의회, 경주연구 8집, 1999, 60면. ; 재인용

하도록 규정하고 있다. 그래서 문화재보호구역에 대한 토지의 보상액 평가기준을 정함에 있어서 보호구역지정은 토지취득보상법시행규칙 제23조 제1항의 단서에 규정된 '당해 공익사업의 시행을 직접 목적으로 하여 가하여진 제한'이 아니라고 보아, 공법상 제한을 받는 상태로 평가하도록 규정하고 있다.

본래의 토지에 대한 공법상의 제한의 목적은 당해 토지에 대한 제한의 필요성이 없을 때까지 그 사용·수익을 제한 한다는 의미에서 보유기간 동안의 제한은 사회적 제한의 내용으로 볼 수 있을지 몰라도, 공익사업을 위해 그 제한을 해제하고 매수할 시점에서도 동일한 조건에 있는 토지보다 현저하게 불리한 대우를 받아야 한다는 것은 공법상 제한행위의 본래의 목적 및 형평과 사회정의의 요청에 따른 공평부담원칙에 반한다고 본다. 그리고 이를 남용하여 공익사업의 비용일부를 공법상 제한을 받는 토지의 소유자들에게 부담으로 전가시키는 수단이 될 소지가 있다.[151] 즉, 문화재보호구역으로 지정되어 공법상 제한을 받는 토지의 소유자는 당해 문화재의 소실 내지는 문화재로서의 가치가 소멸되어 더 이상 문화재가 아닐 때를 제외하고는 즉, 문화재의 지정이 해제되지 않은 때에는 계속적으로 유지되는 것으로 그 침해는 일시적이 아닌 지속적으로 가해져 이는 피해를 최소화하는 것이 아닌 더욱 가중시키는 것이고 인접 토지의 소유자와 비교하여도 평등의 원칙에 위배된다고 할 것이다.

## 다. 문화재보호와 재산권 보장의 조화

앞에서 살펴본 바와 같이 문화재보호법상의 문제점 두 가지는 별개의 것으로 존재하는 것이 아니라 문화재보호를 위한 수단의 부적정성에서 나온다는 점에서 서로 얽혀 있다고 할 수 있다. 문화재보호법이 그 제정목적을 제대로 달성하기 위해서는 앞서 살펴본 토지소유자들의 재산권 침해에 해당하는 규제를 완화하거나 재산권 보장 수단을 보완하는데서 그 해답을 찾아야 한다고 본다.

첫째 국가가 시행하는 건설공사가 아닌 건설공사 시행 시에 매장문화재가 발견되면, 공사를 중지하고 문화재청장의 허가를 받아 발굴을 하게 되는데, 여기서 공

151) 우성기, "문화재보호와 재산권 보장", 한국공법학회, 공법연구 제34집 제3호, 2006, 436면.

사시행자가 발굴비용을 부담하여야 할 뿐만 아니라 문화재조사·장기간의 발굴로 인한 공사의 지연 및 도산 등의 문제점이 있어 매장문화재의 발견신고의 기피우려가 있을 뿐만 아니라 발견된 매장문화재의 파괴 또는 은닉의 우려가 크며, 실제로 신고기피 등으로 처벌받는 경우가 생겨나고 있다.

이러한 문제점을 개선하기 위하여 현행 문화재보호법시행령 제36조에서 대통령령으로 정하는 건설공사의 경우(대지면적 792㎡, 건축연면적 264㎡ 이하의 단독주택)에는 국가 및 지방자치단체가 부담한다는 취지로 범위가 정하여 졌지만 헌법상 재산권 보장에 저촉되는 경우가 있음을 앞에서 본 바가 있다. 더욱이 적은 면적의 건설공사에 있어서 국가나 지방자치단체가 부담하면서 비용이 많이 드는 일정 규모 이상의 건설공사에 있어서 발굴비용은 시행자에게 부담시키는 것은 예산상의 이유만으로 설명할 수 없다.

그리고 현행 문화재보호법은 '예산의 범위 내"에서 부담할 수 있다고 규정하고 있는데 이 또한 재정이 열악한 지방자치단체의 경우를 보면 그 실효성에 의문이 제기되기도 한다. 따라서 매장문화재의 효과적인 보호를 위해서는 발굴비용을 원칙적으로 국가나 지방자치단체가 부담하도록 하고 시행자는 예외적으로 분담하도록 하는 것이 문화유산에 대한 보존과 보호에 관하여 국가의 의무를 규정하고 있는 헌법 제9조의 취지 및 문화재의 공적 성격에도 부합한다고 본다.[152]

둘째 발굴조사결과 매장문화재의 원형을 보존하기 위하여 건물의 신축이 불가하다는 결정을 받아 토지의 용도지역에 따른 사용을 할 수 없어 그 효용이 현저히 감소된 토지 또는 당해 토지의 사용 및 수익이 사실상 불가능한 토지의 소유자에게 토지매수청구권을 입법적으로 부여하거나 불허가 보상제도를 도입함으로써 재산권에 대한 침해를 완화시켜야 한다고 본다.[153]

셋째로 공법상 제한은 특정한 공익을 보호하기 위해 제한을 가한 토지의 수익 및 사용을 제한하기 위한 것이지, 그로 인한 현상유지의무 및 용도변경금지를 통해 공익사업의 경비절감의 부담까지 토지소유자들에게 지우는 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 보상단계에서는 재산권의 자유보장적 기능이 사회적 구속성보다 앞서 고려되어야 한다고 본다. 이러한 관점에서 공법상의 제한을 받는 토지를 평가

---

152) 정종섭, "국가의 문화유산보호의무와 고도의 보존", 서울대학교 법학연구소, 법학 제44권, 2003, 42면.

153) 장호수, 『문화재학개론』, 백산자료원, 2002, 112~115면.

함에 있어서 그러한 제한은 일반적인 공법상의 제한으로서 '공법상의 제한을 받는 상태대로 평가'하도록 규정하고 있는 토지취득보상법의 평가기준은 공법상 제한의 목적의 정당성과 관련하여 문제가 있을 뿐만 아니라, 공법적 제한을 받는 토지소유자들에게 일방적 희생을 이중적으로 강요한다는 점에서 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 요구하는 비례원칙에도 위반된다고 본다.

또한 공법상 제한을 받지 않는 토지를 소유한 인근 소유자와 비교할 때, 헌법재판소도 설시하고 있듯이 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범위내의 것이라 할지라도, 공법상의 제한이 일반국민들의 건전한 생활환경을 위한 것임에도 불구하고 수익자인 일반국민은 최소한의 부담도 하지 아니하고 오로지 제한구역내의 주민과 토지소유자들에게만 그 부담을 전가하는 것은 형평과 사회정의의 요청에 반한다. 그리고 공익사업을 위한 매입단계에서는 보유기간동안의 공익을 위해 희생한 대가로 조정적 보상이 행해져야 하는 경우임에도 오히려 그 평가를 절하하는 이중적인 평등원칙의 침해로 볼 수 있다. 따라서 문화재보호를 위한 수용권을 발동할 경우 및 매수청구권이 부여되어 있는 토지 등을 매수할 경우 그 가치평가에 있어서 문화재보호를 위해 제한을 받던 토지라는 이유로 동일한 조건에 있는 제한 없는 다른 토지보다 현저하게 불리한 대우를 받지 않도록 토지취득보상법의 평가기준도 보완할 필요가 있다고 본다.[154]

154) 조헌수, "유적발굴허가와 행정청의 재량", 박영사, 행정판례연구회, 행정판례연구 Ⅶ, 2002년, 403면

# 제5장 결론

문화재정책은 먼저 국민의 문화적 값의 질 향상에 중점을 두는 방향으로 전개될 때 선진 국가와의 경쟁에서 생존해 나갈 수 있으며 아울러 우리의 민족적 문화정체성도 유지할 수 있다. 이러한 문화재 정책은 문화제가 우리 사회를 발전시키는 원동력으로서 역할하게 하고 이를 배분하는 기준으로 작동하여 원형보존차원을 넘어 현대적 재창조의 추진동력으로 작용될 것이다. 우리의 문화재정책도 다양한 분야의 전문가들이 참여하는 정책결정과정의 기제를 정형화하여 그 품질을 향상시켜 나가야 한다.

더욱이 오늘날 문화재에 대한 질적·양적 수요의 요구증대에 따른 주변 환경의 변화에 신축적으로 대응하고 체계적인 문화재보호를 실현하기 위해서는 합리적이고 체계적인 문화재정책을 추진해야 할 필요성은 더욱 절실하다고 하겠으며 이를 근거한 종합적이고 장기적인 정책비전의 제시도 필요하다고 본다.

이러한 환경변화의 구체적 내용으로 첫째 문화재 관리에 관한 문제, 둘째 유형별 문화재의 문제, 셋째 문화재의 공공제한과 재산권에 관한 문제 등을 들 수 있다.

본 논문은 이와 같은 관점에서 문화재보호법제에 대한 포괄적인 검토를 통하여 다양한 문제점을 발견하고 그에 대한 구체적 실현방안을 논구하였다.

첫째 문화재 관리 및 연구조사를 위한 별도의 기구를 설립하는 방안이다. 이는 자치단체에 국가지정문화재나 시·도지정문화재를 보존·관리할 전문 인력의 부족과 전담기구의 부족으로 인한 것으로 자치단체행정력의 문제를 그대로 표출하고 있다고 하겠다. 이 방안에 관하여 문화재에 대한 국민의 관심(문화재향유) 및 민원의 증가와 후손의 역사에 관한 올바른 교육의 장으로서의 활용 등 지역소재 문화재의 효율적인 관리에 있어 국민의 기대에 부응하기 위하여 행정업무의 신속·정확한 처리를 위함이다. 현재 광역자치단체에 최소한 1개 이상의 박물관·전시관이 존재하며 후술하지만 무형문화재의 전수 및 관람을 위한 공연장등이 설치되어 있는바 이들을 적극 활용하여 국가지정문화재 및 시·도지정문화재에 대하여 지속적이고 주지적인 자료집 발간을 위한 연구소를 건립하여 체계적인 문화재의 데이터

를 확보하고 학술자료 및 문화재의 보존에 중심적 역할을 담당하는 문화재의 수리 등에 지표가 될 문헌 및 도면, 재료, 양식 등의 자료를 수집하여 그 토대를 마련하는 것이다.

둘째 동산문화재의 기증 및 위탁관리를 적극 권장하여 국민의 문화재향유를 충족시키고 동산문화재의 통합적 관리를 통한 훼손을 최소화 하는 방안이다. 동산문화재의 경우 개인 소장자의 문화재에 관하여는 문화재향유권의 제한이 가해질 수 있고 또한 문화재의 도난 및 화재나 기타 자연재해에 의한 훼손 및 유실이 우려되므로 국가나 자치단체가 이를 적극 활용함에 있어 박물관이나 기념관등에 기증이나 위탁관리를 통하여 통합적인 관리를 모색할 수 있다.

셋째 매장문화재의 지표조사기관과 발굴조사기관의 확충 방안이다. 개발행위는 날로 증가하는데 그에 따른 지표조사나 발굴기관의 수는 정체되어 있어 개발의 지연 및 지표조사의 기관이나 발굴기관의 업무의 산제로 소홀함이 나타나므로 이에 대하여 전문성과 경쟁력을 바탕으로 기준의 완화로 지표조사 및 발굴기관을 증가해야 한다고 본다.

넷째 무형문화재의 지정 및 전수에 있어서 원형보존주의 입각한 체계적인 보존을 위하여 국내문헌과 역사적 학술자료 등을 검토하여 원형그대로 보존해야하는 뼈대를 찾아 교육자료로 활용하는 방안이다. 이는 특성상 사람이 사람에게 전수하는 것으로 여느 문화재와는 보존이 상이하다. 이러한 상황에 무형문화재의 보유자 지정에 있어 단체의 경우 각 종목의 특성을 고려하여 분야별로 보유자를 인정해야 할 것이며, 현행법상 무형문화재의 전수를 희망하는 자의 연령의 제한이 없어 젊은 인재의 등용이 넓지만 특정분야의 경우 그 장르속의 내제된 속성이 있어 그러한 부분까지를 포함하여 지정을 해야 하기 때문에 이에 대하여 전수기간 및 전수이후에 전승활동의 기간 등을 고려하여 한정해야 한다고 보며 무형문화재는 사람이 사람에게 전수를 함으로 이를 복사하듯이 전수를 한다고 하여 그 맥이 이어져 온다고 하기에는 전통문화의 발전을 저해하는 요인으로 생각된다. 이는 원형그대로 전수해야할 것과 누구나 공감할 수 있는 무형문화재의 원리를 찾아내어 이를 체계적이고 과학적으로 개발하여 전수하여야 한다고 생각된다.

다섯째 국토 균형발전과 매장문화재보호에 있어 발굴경비의 부분적 국가부담과 보호구역으로 지정된 토지에 대하여 국가가 매수청구권을 인정하는 입법방안이다.

혁신도시의 개발 등 국민의 편익을 증대하기 위한 국토개발과 관련하여 문제되는 영역이 매장문화재이다. 매장문화재의 특성은 말 그대로 매장되어 있다는 것으로 그 분포와 관련한 데이터의 부족과 지표조사에만 의존해야 하기 때문에 공사가 착수하여야만 그 유무를 직접 확인할 수 있다. 이러한 문제는 대규모의 공사를 시행함에 있어서는 지표조사를 먼저 하여 그 결과에 따라 공사허가가 이루어지지만 공사도중 매장문화재로 추정되는 유물이 출토되면 공사의 지연으로 인한 손해와 문화재 보호구역으로 지정되었을 시의 지가의 하락 등의 이유로 신고의 기피현상이 나타난다. 하지만 현행법은 이러한 문제와 관련하여 발굴경비를 시행자부담원칙으로 하고 있고 보호구역지정에 따른 해당토지에 대하여는 매수청구권을 인정하고 있지 않아 시행자에게 막대한 부담을 안겨주고 있다. 이러한 현상에서 매장문화재의 훼손내지는 멸실을 방지하기 위하여 발굴경비의 부분적 지원 및 보호구역으로 지정된 토지에 대하여 매수청구권을 인정하는 것이 피해를 최소화 한다고 본다.

이상의 내용을 검토한바 종합적으로 살펴보면 문화재의 관리에 있어서 통합적인 관리정책을 모색할 수 있다.

현재 광역자치단체를 기준으로 박물관이나 기념관 전수관 등이 최소 1개소 이상 설립이 되어있고 고도보존지역이나 문화재청산하의 기구로 연구소 등이 지역에 분포되어 있다. 이러한 기구들을 적극 활용하여 광역자치단체를 중심으로 박물관과 전수관 및 연구소 등을 통합하여 하나의 문화유물보존지구로 활성화하는 방안이다. 즉, 이 지구 내에서 동산문화재·무형문화재·학술자료 등을 한곳에서 향유할 수 있어 국민적 관심에 부응할 수 있어 교육의 장으로서의 활용 측면과 관광자원으로서의 활용 측면모두 상생할 수 있고 또한 문화재 관리에 있어서도 통합적인 관리에 따른 경비의 절감이 예상된다.

이러한 결론에 덧붙여 마지막으로 강조하고자 하는 것은 국민 모두가 문화재를 향유하는 능동적 권리자로서 시민참여를 확대해 나가야 한다는 점이다. 최근 민주주의 발전과 함께 시민의식의 진전으로 선진국민의 자부심으로 나타나고 있어서 문화유산의 소중함을 홍보와 교육을 통해서 이해한다면 문화재정책을 성공적으로 실현할 수 있다고 확신을 갖게 하기에 충분할 것이다.

# 【참고문헌】

## 【국내문헌】

### 【단행본】


권영성 『헌법학원론』, 법문사, 2000.

김문환 『문화입국론』, 느티나무, 1989.

김창규 『문화재보호법개론』, 동방문화사, 2005.

박동석 『문화재보호법』, 민속원, 2005.

문화관광부 “2001 문화정책백서”, 2001.

오세탁 『문화재를 향유한다』, 책만드는 집, 1999.

이구열 『한국문화재 비화』, 한국미술출판사, 1973.

이장열 『한국무형문화재 정책』, 관동출판, 2005.

이재화 『개정증보판 행정법의 쟁점』, 문영사, 2000.

이재홍 『재산권보장의 헌법적 의미』, 박영사, 민사판례연구Ⅷ, 1993.

장호수 『문화재학개론』, 백산자료원, 2002.

한견우 『행정법(Ⅰ)』, 홍문사, 1997.

_____, 『현대행정법Ⅱ』, 연세대학교출판부, 2000.

허 영 『한국헌법론』, 박영사, 2006.

홍준형 『행정구제법』, 한올아카데미, 1996.


### 【논 문】


김수갑 “한국 헌법에서의 문화국가조항의 법적 성격과 의의”, 한국공법학회, 공법연구 제32집, 2004.

_____, “헌법상 문화국가원리에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 1993.

_____, “미국의 문화재보호법제에 관한 고찰”, 충북대학교 법학연구소, 법학연구 제11권, 2000.

_____, “문화재법의 현재와 미래 : 문화재보호법의 체계”, 동성출판사, 법과사회 제19집, 2000.

김양혜 “한・일 중요무형문화재 보존 및 전승에 관한 비교연구”, 숙명여자대학교 석사학위논문, 2005.

김종보 “문화재보호법과 건축물”, 중앙대학교 법학연구소, 법학논총 제29집, 2005.

_____, “한국전통문화학교의 조직 및 기구의 발전방안”, 한국전통문화학교, 한국전통문화학교발전방안세미나, 2001.

_____, “문화재보호법 해설 - 지정문화재의 보호와 관리를 중심으로-”, 문화재청, 문화재고나리교육2002, 2002.

김춘환 “문화재보호법에 있어서 문화재보호”, 한국토지공법학회, 토지공법연구 제38집, 2007.

문화재청 “한국 문화재보호법의 발전과정과 정비방향”, 연구보고서, 2002.

박병재 “손실보상의 근거와 청구권의 성질”, 리북스, 월간감정평가사 부동산연구 11월호, 2000.

박은정 “매장문화재보호를 위한 대책 : 문화재보호법의 문재점을 중심으로”, 이화여자대학교법학연구소, 법학논총 제4권, 1999.

박평준 “수용유사적 침해법리의 수용문제”, 고시연구사, 고시연구 제27집 제4호, 2000.

배영동 “중요무형문화재 지정 시 전승자 선정기준과 조사방법의 개선방안 : 중요무형문화재 효율적 관리방안 연구”, 문화재관리국・한국정신문화연구원, 1996.

법제연구원 “문화재보호법제 개선방안”, 법제처, 2002.

_____, “문화재보호법제 정비방안 연구”, 문화재청, 2004.

석종현 “도시계획결정과 손실보상”, 한국공법학회, 공법연구 제28집 제3호, 2000.

송인범 “우리나라의 문화재 정책현황과 과제”, 동국대학교 전자불전연구소, 전자불전 제7집, 2005.

오세탁 “한국문화재보호법제 연구(Ⅱ)”, 충북대학교 사회과학연구소, 사회과학연구 제4권 제1호, 1987.

오세탁 외 “한국 문화재보호법의 발전과정과 정비방향”, 충북대학교 법학연구소, 법학연구, 2002.

오용암 “개발행정과 문화재보존에 관한 법적 고찰”, 건국대학교 석사학위논문, 2001.

우성기 “문화재보호와 재산권 보장”, 한국공법학회, 공법연구 제34집 제3호, 2006.

윤성의 “행정상 손실보상에 있어서 정당보상의 연구”, 호남대학교 석사학위논문, 2001.

이승규 “문화재보존관리 행정체계의 개선방안”, 동국대학교, 대학원연구논총 제35집, 2005.

이왕기외 공저 “역사적 문호환경의 효율적 보존을 위한 문화재보존 관련법 고찰”, 대한건축학회, 대한건축학회논문집 제102호, 1997.

전광석 “헌법과 문화”, 한국공법학회, 공법연구 제18집, 1990.

전준경 “손실보상론”, 리북스, 월간감정평가사 1월호, 2001.

정극원 “헌법국가와 기본권”, 한국조세신문사, 2002.

정재훈 “문화재보존의 기본방향”, 문화재 관리국, 문화재 17호, 1984.

정종섭 “국가의 문화유산보호의무와 고도의 보존”, 서울대학교 법학연구소, 법학 제44권, 2003.

정준현 “재산권에 대한 공용침해와 손실보상”, 리북스, 월간감정평가사 4월호, 2001.

정희근 “토지소유권의 제한과 손실보상”, 한국공법학회, 공법연구 제20집, 2003.

조헌수 “유적발굴허가와 행정청의 재량”, 박영사, 행정판례연구회, 행정판례연구Ⅶ, 2002.

최대권 “민주주의와 헌법”, 서울대학교, 서울대 법학 제25권 제1호, 1984.

최종고 “문화국가와 문화재보호-비교법 및 국제법적 고찰”, 문화재관리국, 문화재 제23호, 1990.

## 【외국문헌】

### 【논 문】


| | |
|---|---|
| Werner Maihofer | "Kulturelle Aufgaben des modernen Staates" in : Ernst Benda · Werner Maihofer · Hans-Jochen Vogel(hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Walter de Gruyter · Berlin · New York, 1983. |
| Udo Steiner | "Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen", VVDStRL 42, 1984. |
| Dieter Grimm | "Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen", in VVDStRL 42, 1984. |
| E. R. Huber | Zur Problematik des Kulturstaats, J. C. B. Mohr, 1958. jetzt in: P. Häberle(Hrsg.), Kurturstaatlichkrit und Kurturverfassunsrcht, Darmstadt, 1982. |
| J. G. Fichte | Werke: Auswahl in sechs Bänden, Leipzig, Bd. Ⅳ, 1908. |
| Mark D. Brookstein | "When history is history : Maxwell Street, "Integrity," and the failure of historic preservation law", 76 CHICAGO-KENT LAW REVIEW 1868, 2001. |

# 【부　록】

## <표 *1-1*> 현행 문화재보호법의 체계

| 장 | 해당조항 | 계 |
|---|---|---|
| 제1장 총칙 | §1 ~ §4 | 4개조 |
| 제2장 국가지정문화재 | §5 ~ §46 | 32개조 |
| 제3장 등록문화재 | §47 ~ §53 | 7개조 |
| 제4장 매장문화재 | §54 ~ §65 | 12개조 |
| 제5장 국유문화재에 관한 특례 | §66 ~ §70 | 5개조 |
| 제6장 시 · 도지정문화재 | §71 ~ §75 | 15개조 |
| 제7장 보칙 | §76 ~ §100 | 25개조 |
| 제8장 벌칙 | §101 ~ §117 | 17개조 |

## <표 *2-1*> 일본의 문화재 분류

문화재
- 유형문화재
  - (지정)-중요문화재-(특히 가치가 높은 것)-(지정)-국보
  - (등록)-등록유형문화재(건조물)
- 무형문화재
  - (지정)-중요무형문화재
  - (선택)-기록작성 등의 조치를 강구하는 무형문화재
- 민속문화재
  - 유형의 민속문화재-(지정)-중요유형민속문화재
  - 무형의 민속문화재
    - (지정)-중요무형민속문화재
    - (선택)-기록작성등의 조치를 강구하는 무형의 민속문화재
- 기념물-(지정)-사적명승천연기념물-(특히 중요한것)-(지정)-특별사적명승천연기념물
- 전통건조물군-(시, 읍, 면이 지정)-전통적건조물군보존지역-(선정)-중요전통적건조물군보존지구문화재의 보존기술-(지정)-선정보존기술

## <표 3-1> 현행 문화재보호법상 문화재의 유형별 분류

- 문화재유형
  - 국가지정문화재
    - 유형문화재
      - 동산
      - 부동산
    - 무형문화재
    - 기념물
      - 사적
      - 명승
      - 천연기념물
    - 민속자료
  - 시도지정문화재
    - 유형문화재
      - 동산
      - 부동산
    - 무형문화재
    - 문화재자료
  - 매장문화재
  - 등록문화재

## <표 4-1> 발굴조사현황

| | | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 발굴조사 | 순수학술발굴 | 47 | 21 | 14 | 27 | 30 | 12 | 23 | 28 |
| | 정비목적학술발굴 | 31 | 82 | 91 | 76 | 102 | 104 | 70 | 61 |
| | 구제발굴 | 241 | 366 | 493 | 602 | 867 | 1,036 | 1,207 | 1,180 |
| *계* | | *319* | *469* | *598* | *705* | *999* | *1,152* | *1,300* | *1,269* |

출처 : 문화재청(문화재 전자행정정보시스템)

## <표 5-1> 개발행위허가현황

| 단위 : 건수, ㎢ | | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 개발행위허가 | 건수 | 17,500 | 17,127 | 28,692 | 37,140 | 49,756 | 51,698 | 63,637 |
| | 면적 | 53.42 | 43.29 | 129.35 | 84.91 | 99.21 | 145.66 | 224.79 |
| 도시지역 | 건수 | 17,500 | 17,127 | 28,692 | 16,222 | 18,418 | 19,895 | 19,019 |
| | 면적 | 53.42 | 43.29 | 129.35 | 55.82 | 60.66 | 87.19 | 62.16 |
| 비도시지역 | 건수 | – | – | – | 20,918 | 31,338 | 31,803 | 44,618 |
| | 면적 | – | – | – | 29.09 | 38.55 | 58.47 | 162.63 |

출처:국토해양부,한국토지공사「도시계획현황」

주) 개발행위허가 : 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지형질변경, 토석채취, 토지분할, 물건적치에 대한 행위허가

## <표 6-1> 주요업무처리 평균소요시간 조사결과 : 광역자치단체

| 구분 | | A광역시 | B광역시 | C도 | D도 | E도 | 평균시간 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 민원성 업 무 | 문화재지정 | 1,600 (200일) | 160-200 (20-25일) | 720 (90일) | 160 (20일) | 960 (120일) | 160 |
| | 현상변경 | 240 (30일) | 136-160 (17-20일) | 2,880 (360일) | 24 (3일) | 480-720 (60-90일) | 80 |
| | 발굴허가 | 80 (10일) | 80 (10일) | 720 (90일) | 24 (3일) | | 52 |
| | 지표조사 | 80 (10일) | 80 (10일) | 432 (54일) | 24 (3일) | | 52 |
| | 시굴허가 | 80 (10일) | 80 (10일) | 288 (36일) | 24 (3일) | | 52 |
| | 영향성검토 | 80 (10일) | 56 (7일) | | | | 68 |
| | 복합민원 | 56 (7일) | 160 (20일) | 432 (54일) | 24 (3일) | 120 (15일) | 40 |
| 사업성 업 무 | 문화재관리 등 | 180일 | 120일 | 연간 | 연간 | 연간 | 연간 |

출처 : 문화재청(지방자치단체 문화재 보존역량 실태조사)2004년

## <표 6-2> 주요업무처리 평균소요시간 조사결과 : 기초자치단체

| 구분 | | a시 | b시 | c군 | d군 | e군 | f군 | H구 | I구 | 평균 시간 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 민원성 업 무 | 문화재지정 | 40 (5일) | 2920 (365일) | 192 (24일) | 320 (40일) | 2920 (365일) | 720 (90일) | | | 116 |
| | 현상변경 | 120 (15일) | 720 (90일) | 192 (24일) | 128 (16일) | 240 (30일) | 240 (30일) | 240 (30일) | | 124 |
| | 발굴허가 | 24 (3일) | 112 (14일) | 320 (40일) | 64 (8일) | 120 (15일) | 2880 (360일) | | | 44 |
| | 지표조사 | 80 (10일) | 720 (90일) | 128 (16일) | 40 (5일) | 720 (90일) | 240 (30일) | 480 (60일) | | 60 |
| | 시굴허가 | 16 (2일) | 720 (90일) | 320 (40일) | 192 (24일) | 960 (120일) | 1440 (180일) | | | 104 |
| | 영향성검토 | 120 (15일) | 112 (14일) | 320 (40일) | 128 (16일) | 120 (15일) | 200 (25일) | 112 (14일) | 320 (40일) | 116 |
| | 복합민원 | 240 (30일) | 24 (3일) | 128 (16일) | 128 (16일) | 56 (7일) | 56 (7일) | 112 (14일) | 128 (16일) | 40 |
| 사업성 업 무 | 문화재관리 등 | 연간 | 연간 | 연간 | 연간 | 연간 | 연간 | 300일 | 연간 | 연간 |

출처 : 문화재청(지방자치단체 문화재 보존역량 실태조사)2004년

## <표 6-3> 적정인력 및 적정기구의 추정(예) : 광역자치단체

| 구분 | | A/현인력 | B/적정인력(추정) | B-A | 적정인력 확보율(%) | 적정기구 |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 시 | 서울 | 23.0 | 14.7 | -8.3 | 156.5 | 1과 |
| | 부산 | 4.6 | 4.7 | 0.1 | 98.0 | 1담당 |
| | 대구 | 4.1 | 10.8 | 6.7 | 38.1 | 1과 |
| | 인천 | 5.0 | 6.1 | 1.1 | 81.9 | 1담당 |
| | 광주 | 4.0 | 6.1 | 2.1 | 65.6 | 1담당 |
| | 울산 | 7.0 | 15.6 | 8.6 | 44.8 | 1과 |
| 도 | 경기 | 10.0 | 27.7 | 17.7 | 36.1 | 1과 |
| | 강원 | 6.0 | 9.6 | 3.6 | 62.5 | 1과 |
| | 충북 | 4.6 | 4.9 | 0.3 | 93.9 | 2담당 |
| | 충남 | 6.3 | 18.3 | 12.0 | 34.5 | 1과 |
| | 전북 | 6.5 | 10.1 | 3.6 | 64.4 | 1과 |
| | 전남 | 6.0 | 18.9 | 12.9 | 31.8 | 1과 |
| | 경북 | 13.0 | 32.8 | 19.8 | 39.7 | 1과 |
| | | 100.1 | 180.3 | 합계 80.2 | 평균 55.5 | 13개 시도대상 |
| 기타 | | 민원업무량 자료가 과소한 대전, 과대한 경남, 그리고 민원자료가 없는 제주도는 적정인력 추정이 불가능함. 다만 추정산식이 적용된 시도의 적정인력확보율평균이 55.5%인 바, 이를 적용할 경우 대전, 경남, 제주의 추정인력합계는 현인력합계 19.7명에서 35.5명이 됨. 따라서 광역자치단체 전체적으로 약 116명의 인력증원이 필요한 것으로 판단됨 | | | | |

출처 : 문화재청(지방자치단체 문화재 보존역량 실태조사)2004년

## <표 6-4> 적정인력 및 적정기구의 추정(예) : 기초자치단체

| 구분 | | A/현인력 | B/적정인력(추정) | B-A | 적정인력확보율(%) | 유형 | 적정기구 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 서울 | 종로구 | 12.4 | 19.6 | 7.2 | 63.3 | 5 | 1과 |
| | 용산구 | 1.0 | 1.0 | 0 | 100.0 | 3 | |
| | 광진구 | 0.5 | 1.0 | 0.5 | 50.0 | 3 | |
| | 강북구 | 0.5 | 1.0 | 0.5 | 50.0 | 1 | |
| | 노원구 | 0.3 | 1.0 | 0.7 | 30.0 | 2 | |
| | 마포구 | 0.3 | 1.0 | 0.7 | 30.0 | 1 | |
| | 강서구 | 0.1 | 1.0 | 0.9 | 10.0 | 1 | |
| | 구로구 | 0.8 | 1.0 | 0.2 | 80.0 | 1 | |
| | 관악구 | 1.6 | 1.0 | -0.6 | 160.0 | 4 | |
| | 서초구 | 0.2 | 1.0 | 0.8 | 20.0 | 3 | |
| | 강남구 | 0.2 | 1.3 | 1.1 | 15.4 | 3 | |
| | 송파구 | 1.8 | 2.3 | 0.5 | 78.3 | 2 | |
| 부산 | 중 구 | 0.5 | 1.0 | 0.5 | 50.0 | 1 | |
| | 동 구 | 0.8 | 1.3 | 0.5 | 61.5 | 1 | |
| | 영도구 | 0.5 | 1.0 | 0.5 | 50.0 | 1 | |
| | 남 구 | 0.3 | 1.0 | 0.7 | 35.0 | 2 | |
| | 북 구 | 0.4 | 1.0 | 0.6 | 40.0 | 1 | |
| | 해운대구 | 0.5 | 1.0 | 0.5 | 50.0 | 1 | |

| 구분 | | A/현인력 | B/적정인력(추정) | B-A | 적정인력확보율(%) | 유형 | 적정기구 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 부산 | 사하구 | 4.0 | 1.2 | -2.8 | 333.3 | 1 | |
| | 금정구 | 1.3 | 3.3 | 2.0 | 39.4 | 3 | 1담당 |
| | 연제구 | 0.2 | 2.2 | 2.0 | 11.4 | 1 | |
| | 수영구 | 2.1 | 1.0 | -1.1 | 210.0 | 1 | |
| | 사상구 | 0.4 | 1.0 | 0.6 | 40.0 | 1 | |
| | 기장군 | 0.5 | 2.2 | 1.7 | 22.7 | 1 | 1담당 |
| 대구 | 동 구 | 2.0 | 4.6 | 2.6 | 43.5 | 3 | |
| | 북 구 | 0.8 | 1.8 | 1.0 | 44.4 | 2 | |
| | 서 구 | 0.5 | 1.0 | 0.5 | 50.0 | 1 | |
| | 달서구 | 0.5 | 1.0 | 0.5 | 50.0 | 2 | |
| 인천 | 중 구 | 1.4 | 3.1 | 1.7 | 45.2 | 2 | 1담당 |
| | 동 구 | 1.6 | 1.0 | -0.6 | 160.0 | 1 | |
| | 남 구 | 1.6 | 1.0 | -0.6 | 160.0 | 1 | |
| | 남동구 | 0.6 | 1.0 | 0.4 | 60.0 | 3 | |
| | 서 구 | 0.4 | 1.3 | 0.9 | 30.8 | 1 | |
| 광주 | 서 구 | 0.5 | 1.0 | 0.5 | 50.0 | 1 | |
| | 남 구 | 3.1 | 2.2 | -0.9 | 140.9 | 3 | |
| | 북 구 | 0.85 | 1.0 | 0.2 | 85.0 | 3 | |
| 대전 | 동 구 | 0.4 | 1.0 | 0.6 | 40.0 | 4 | |
| | 중 구 | 0.4 | 1.3 | 0.9 | 30.8 | 4 | |
| | 서 구 | 0.6 | 1.0 | 0.4 | 60.0 | 2 | |
| 울산 | 남 구 | 0.4 | 1.0 | 0.6 | 40.0 | 1 | |
| 경기 | 성남시 | 0.8 | 1.0 | 0.2 | 80.0 | 1 | |
| | 의정부시 | 1.0 | 3.4 | 2.4 | 29.4 | 3 | 1담당 |
| | 광명시 | 1.0 | 1.0 | 0 | 100.0 | 1 | |
| | 고양시 | 2.5 | 5.7 | 3.2 | 43.9 | 3 | 1담당 |
| | 오산시 | 1.1 | 2.0 | 0.9 | 55.0 | 1 | |
| | 의왕시 | 0.3 | 1.0 | 0.7 | 30.0 | 1 | |
| | 안성시 | 3.0 | 3.8 | 0.8 | 78.9 | 3 | 1담당 |
| | 포천시 | 1.2 | 2.3 | 1.1 | 52.2 | 2 | |
| 강원 | 동해시 | 0.5 | 1.0 | 0.5 | 50.0 | 1 | |
| | 태백시 | 0.9 | 1.0 | 0.1 | 90.0 | 1 | |
| | 삼척시 | 0.5 | 3.0 | 2.5 | 16.7 | 3 | 1담당 |
| | 횡성군 | 0.9 | 3.2 | 2.3 | 28.1 | 2 | 1담당 |
| | 영월군 | 0.5 | 1.0 | 0.5 | 50.0 | 3 | |
| | 평창군 | 1.3 | 2.0 | 0.7 | 65.0 | 3 | |
| | 인제군 | 0.55 | 1.0 | 0.5 | 55.0 | 1 | |
| | 고성군 | 2.5 | 1.3 | -1.2 | 192.3 | 2 | |
| | 양양군 | 1.0 | 1.2 | 0.2 | 83.3 | 3 | |
| 충북 | 충주시 | 4.0 | 6.4 | 2.4 | 62.5 | 3 | 1담당 |
| | 단양군 | 0.9 | 3.3 | 2.4 | 27.3 | 3 | 1담당 |
| 충남 | 천안시 | 1.6 | 7.4 | 5.8 | 21.6 | 3 | 1담당 |
| | 보령시 | 1.75 | 2.2 | 0.5 | 79.5 | 3 | |
| | 서산시 | 5.0 | 5.0 | 0 | 100.0 | 3 | 1담당 |
| | 금산군 | 1.0 | 1.2 | 0.2 | 83.3 | 3 | |
| | 홍성군 | 5.3 | 8.0 | 2.7 | 66.3 | 3 | 1담당 |
| | 예산군 | 0.9 | 5.2 | 4.3 | 17.3 | 4 | 1담당 |
| | 당진군 | 0.5 | 2.1 | 1.6 | 23.8 | 3 | |
| 전북 | 전주시 | 3.0 | 5.2 | 2.2 | 57.7 | 1 | 1담당 |
| | 군산시 | 1.0 | 1.8 | 0.8 | 55.6 | 2 | |

| 구분 | | A/현인력 | B/적정인력(추정) | B-A | 적정인력확보율(%) | 유형 | 적정기구 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 전북 | 남원시 | 3.0 | 4.6 | 1.6 | 65.2 | 5 | 1담당 |
| | 김제시 | 1.4 | 1.5 | 0.1 | 93.3 | 3 | |
| | 완주군 | 1.6 | 1.7 | 0.1 | 94.1 | 3 | |
| | 순창군 | 2.85 | 2.4 | -0.5 | 118.8 | 3 | |
| | 부안군 | 2.3 | 1.7 | -0.6 | 135.3 | 3 | |
| 전남 | 여수시 | 4.0 | 7.3 | 3.3 | 54.8 | 3 | 1담당 |
| | 나주시 | 6.0 | 11.0 | 5.2 | 53.6 | 4 | 1과 |
| | 광양시 | 1.1 | 1.0 | -0.1 | 110.0 | 2 | |
| | 담양군 | 3.0 | 3.0 | 0 | 100.0 | 3 | 1담당 |
| | 곡성군 | 1.3 | 1.7 | 0.4 | 76.5 | 3 | |
| | 구례군 | 1.0 | 1.7 | 0.7 | 58.8 | 3 | |
| | 고흥군 | 1.5 | 1.2 | -0.3 | 125.0 | 3 | |
| | 보성군 | 1.0 | 1.0 | 0 | 100.0 | 3 | |
| | 화순군 | 4.0 | 2.1 | -1.9 | 190.5 | 3 | 1담당 |
| | 해남군 | 2.0 | 3.1 | 1.1 | 64.5 | 4 | 1담당 |
| | 무안군 | 1.4 | 1.0 | -0.4 | 140.0 | 2 | |
| | 완도군 | 3.7 | 3.5 | -0.2 | 105.7 | 2 | 1담당 |
| 경남 | 통영시 | 3.0 | 8.7 | 5.7 | 34.5 | 3 | 1담당 |
| | 의령군 | 1.0 | 4.4 | 3.4 | 22.7 | 3 | 1담당 |
| | 고성군 | 3.0 | 4.9 | 1.9 | 61.2 | 3 | 1담당 |
| | 남해군 | 1.4 | 1.9 | 0.5 | 73.7 | 3 | |
| | 하동군 | 2.1 | 3.2 | 1.1 | 65.6 | 3 | 1담당 |
| | 산청군 | 1.7 | 1.9 | 0.2 | 92.1 | 4 | |
| 제주 | 북제주군 | 3.0 | 2.8 | -0.2 | 107.1 | 3 | 1담당 |

출처 : 문화재청(지방자치단체 문화재 보존역량 실태조사)2004년

주 : 기초자치단체의 경우 역시 신뢰성있는 응답값을 가진 92개 기초지방자치단체를 대상으로 하였으며, 유형은 문화재지정건수에 따라 1유형(10개 미만), 2유형(11~20), 3유형(21~60), 4유형(61~100), 5유형(100개 이상)을 의미함.

# 저작물 이용 허락서

| 학 과 | 法學科 | 학 번 | 20067507 | 과 정 | (석사), 박사 |
|---|---|---|---|---|---|
| 성 명 | 한글: 장 광 철 한문 : 張 光 喆 영문 : Jang Kwang-Chul | | | | |
| 주 소 | 광주광역시 서구 치평동 라인대주아파트 204-101 | | | | |
| 연락처 | E-MAIL : jankc@hanmail.net | | | | |
| 논문제목 | 한글 : 문화재보호법의 개선방안에 관한 연구<br>영어 : A Study on the Remedy of Cultural Properties Protection Law | | | | |

본인이 저작한 위의 저작물에 대하여 다음과 같은 조건아래 조선대학교가 저작물을 이용할 수 있도록 허락하고 동의합니다.

- 다 음 -

1. 저작물의 DB구축 및 인터넷을 포함한 정보통신망에의 공개를 위한 저작물의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함
2. 위의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서의 편집·형식상의 변경을 허락함. 다만, 저작물의 내용변경은 금지함.
3. 배포·전송된 저작물의 영리적 목적을 위한 복제, 저장, 전송 등은 금지함.
4. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고, 기간종료 3개월 이내에 별도의 의사 표시가 없을 경우에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
5. 해당 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판을 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 대학에 이를 통보함.
6. 조선대학교는 저작물의 이용허락 이후 해당 저작물로 인하여 발생하는 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음
7. 소속대학의 협정기관에 저작물의 제공 및 인터넷 등 정보통신망을 이용한 저작물의 전송·출력을 허락함.

**동의여부 : 동의( ○ ) 반대( )**

2008년 6 월 10 일

저작자: 장 광 철 (서명 또는 인)

## 조선대학교 총장 귀하