



---

현안분석  
2017-10

---

# 발굴된 매장문화재 보존조치 법령 개선방안 연구

양 태 건



한국법제연구원  
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

현안분석 2017-10

# 발굴된 매장문화재 보존조치 법령 개선방안 연구

양 태 건



# 발굴된 매장문화재 보존조치 법령 개선방안 연구

A Study for Systematic Improvement on the Measures for Preservation  
of Buried Cultural Heritage Excavated

연구자 : 양 태 건(부연구위원)

Yang, Tae-Gun

2017. 11. 15.



한국법제연구원  
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE



## 요약문

### I. 배경 및 목적

1. 매장문화재는 그 존재의 양태가 개발과 갈등을 일으키기 쉬운 상태에 놓여 있다.  
매장문화재의 보존과 개발의 조화를 위하여 그리고 사유재산권과 문화재보호의 조화를 위하여 「매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률」(이하 ‘매장문화재법’이라 칭한다)은 보존조치의 세 가지 유형을 규정하고 임의적 토지매입제도를 각각 규정하고 있다. 그러나 보존조치의 유형이 비교적 단순하여 민원이 많이 발생하여 이를 보다 세분화하여 대응할 필요가 있고, 매장문화재보존조치로 인한 재산권제한에 상응하는 보상을 제공할 필요가 있다.
2. 이에 이 연구는 ① 매장문화재에 대한 보존조치 유형의 세분화 가능성을 검토하고 ② 매장문화재 보존조치로 인한 재산권제한의 정도에 비례하는 보상 제공방안에 대하여 제도 개선방안을 제시하고자 하였다.

### II. 주요 내용

#### 1. 매장문화재에 대한 보존조치 유형의 세분화 가능성

「매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률」(이하 ‘매장문화재법’이라 칭한다) 제14조는 발굴된 매장문화재가 역사적·예술적 또는 학술적으로 가치가 큰 경우 문화재위원회의 심의를 거쳐 보존조치를 명할 수 있도록 하고 있는데, 그 보존조치의 유형으로 다음과 같은 3가지 유형을 규정하고 있다.

- ① 현지보존: 문화재의 전부 또는 일부를 발굴 전 상태로 복토(覆土)하여 보존하거나 외부에 노출시켜 보존하는 것
- ② 이전보존: 문화재의 전부 또는 일부를 발굴현장에서 개발사업 부지 내의 다른 장소로 이전하거나 박물관, 전시관 등 개발사업 부지 밖의 장소로 이전하여 보존하는 것
- ③ 기록보존: 발굴조사 결과를 정리하여 그 기록을 보존하는 것

그러나 이러한 유형은 토지지면의 이용정도를 고려하고 개발의 가치와 매장문화재의 현지성보존의 가치를 형량하여 현지보존의 유형을 다음과 같이 보다 세분화할 수 있을 것이다.

- ① 현지성 보존의 가치가 개발의 가치를 압도하는 경우인 현지원형보존
- ② 현지성 보존의 가치가 매우 중요하지만 비개발적 이용만이 있는 경우인 현지이용보존
- ③ 현지성 보존의 가치가 매우 중요하지만 소규모개발을 통해서도 보존이 가능한 경우인 현지개발보존
- ④ 개발과 현지성 보존이 양립할 수 없는 경우로서 개발의 가치가 현지성 보존의 가치를 압도하는 경우이지만 여전히 보존의 가치는 있는 경우인 이전보존
- ⑤ 기록보존

## 2. 매장문화재 보존조치로 인한 토지재산권 제한에 대한 보상방안

이러한 보존조치유형의 세분화는 재산권제한에 상응하는 보상체계의 수립에도 연결될 수 있다. 재산권의 본질적 내용은 사용·수익권과 처분권의 보장인데 현지원형보존의 경우에는 사용·수익권이 거의 또는 완전히 제한되므로 이러한 경우에 대해서는 그린벨트 사건 결정에서 헌법재판소가 제시한 바와 같은 조정적 보상이 이루어져야 한다.

그러한 조정적 보상의 하나로 토지소유자에게 매수청구권을 인정함이 타당하고, 매수청구권이 실현되기 이전에는 사적지정의 경우에 준하여 재산세를 면제해주는 것이 타당하다. 현재의 임의적 토지매입제도는 토지재산권의 제약정도에 비해 너무나 미약한 구제제도이다. 따라서 토지매수청구권과 같이 보다 더 강화된 보상제도를 도입하는 것이 필요하고 이를 통하여 매장문화재의 보존과 개발이 조화를 이루는 문화적 개발 패러다임이 실현될 수 있으며 아울러 문화재보호와 재산권보장이 조화를 이루면서 재산권의 사회적 구속성이 헌법적 한계를 넘지 않는 적절한 범위에서 구현될 수 있을 것이다.

### Ⅲ. 기대효과

「매장문화재법」에서 가장 핵심적 부분이면서 동시에 개발 및 재산권 보장과 침해한 갈등을 일으키는 부분인 제14조 발굴된 매장문화재에 대한 보존조치의 유형에 대한 정비는 개발 및 재산권 보장과의 갈등을 완화하고 보다 조화로운 문화적 개발 패러다임을 정착할 수 있게 하는 데 일조할 수 있다.

또한 제26조에 규정된 임의적 토지매입제도는 현지보존으로 인하여 토지의 사용·수익이 완전히 제한되는 경우에 매우 불충분한 보상제도이기 때문에 보다 합헌적이고 현실적인 조정적 보상의 일종인 토지매수청구권 제도를 제안하고 그 실현시기까지 재산세 면제방안을 제시하여 토지재산권의 제한과 문화재보호의 이념이 서로 조화될 수 있도록 하였다.

- ▶ 주제어 : 발굴된 매장문화재, 현지보존의 유형 세분화, 토지재산권의 사회적 구속성, 조정적 보상, 매수청구권.



## Abstract

The idea of protection of property has changed from its absolute form in early modern times into relative one in the present time. Art. 9 of the Constitution which emphasizes on sustaining and developing cultural heritage should be considered in the present land development for economic use. The so called ‘economic development paradigm’ should be transformed into a ‘cultural development paradigm’ in the future.

Development is an act which increases economic values but should be in harmony with cultural values. The values of protection of the cultural heritage excavated should be balanced with the values of development on land property. The present type of ‘on-site preservation’(Art 14 (1) of the Act on Protection and Inspection of Buried Cultural Heritage) can be classified into more detailed sub-types:

- ① **on-site preservation of the status quo**
- ② **on-site preservation with passive use**
- ③ **on-site preservation with development of low intensity**
- ④ Preservation by relocation (when development of high intensity is needed).

Such detailed classifications can be connected to improving compensational system. The essence of property rights *de jure* lies in those rights of use and disposition. The above ① on-site preservation of the status quo type cannot enjoy the full use of land property, so compensation for adjustment is necessary as constitutional court has suggested in Greenbelt

Case(CC. 1998. 12. 24. 89HunMa 214). This paper suggests giving entitlement to dispose to land owners of the cultural heritage excavated and tax exemption in accordance with example of the Designation of Historic Sites(Article 25 of the Cultural Heritage Protection Act). The present system of purchase of land following measures for preservation of cultural heritage(Article 24 of the Act on Protection and Inspection of Buried Cultural Heritage) is a poor remedy to those whose land property right is severely limited. Such a state can be said unconstitutional. The well based suggestion in this study of giving land owners entitlement to dispose can be helpful in realizing the system of protection of buried cultural heritage more efficient and constitutional.

- ▶ **Key Words** : cultural heritage, cultural development paradigm, detailed classifications of on-site preservation, entitlement to dispose, on-site preservation of the status quo.

요 약 문 .....	3
Abstract .....	7

## 제1장 서론 / 13

제1절 연구의 필요성과 목적 .....	15
1. 연구의 필요성 .....	15
2. 연구의 목적 .....	16
제2절 연구의 대상과 범위 .....	18
1. 연구의 대상 .....	18
2. 연구의 범위 .....	18
제3절 연구의 방법론 .....	19
1. 문헌 연구방법과 인적협력 연구방법 및 현지조사 연구방법 .....	19
2. 비교법적 연구방법 및 법해석적 연구방법과 입법공학적 연구방법 .....	19

## 제2장 매장문화재의 의의와 보호체계 / 21

제1절 매장문화재의 개념과 의의 .....	23
1. 매장문화재의 개념 .....	23
2. 매장문화재의 의의 .....	26
제2절 매장문화재 보호의 법적 체계 .....	27
1. 기본법으로서의 문화재 보호법 .....	27
2. 매장문화재보호법의 분법 .....	28
제3절 문화국가의 원리와 재산권 보장 .....	29
1. 문화국가의 원리 .....	29
2. 재산권의 보장 .....	30
3. 패러다임의 전환 .....	31

## 제3장 발굴된 매장문화재 보존조치의 유형 / 33

제1절 매장문화재 보존조치와 관련한 절차의 개관 .....	35
제2절 발굴된 매장문화재 보존조치의 유형 .....	36
1. 문화재 보존의 원칙 .....	36
2. 발굴된 매장문화재 보존조치의 유형 .....	37
제3절 발굴된 매장문화재 보존조치 유형의 세분화 가능성 검토 .....	38
1. 유형 세분화의 가능성 .....	38
2. 세분화 방안의 장점 .....	42
제4절 발굴된 매장문화재 보존조치의 이행 .....	42
1. 보존조치 이행상의 문제점 .....	42
2. 보존조치 이행의 담보장치 .....	43
제5절 보존조치 이후의 문화재 관리 .....	44
1. 보존조치 이후 문화재 관리상의 문제점 .....	44
2. 관리주체의 지정 .....	44
제6절 발굴된 매장문화재 보존제도의 합리화를 위한 법제개선방안 .....	44
1. 현행제도를 유지하면서 이전보존 비중을 높이는 방안 .....	44
2. 현행제도의 틀을 유지하면서 보다 세분화된 보존조치 유형을 마련하는 방안 .....	45
3. 현지보존의 적정수준에서의 이용 .....	45

## 제4장 매장문화재 보호와 사유재산권 보장의 조화 / 47

제1절 매장문화재 보존조치에 따른 재산권 제한의 법적 성질 .....	49
1. 재산권의 개념 .....	49
2. 토지재산권의 특성 .....	49
3. 매장문화재 보존조치로 인한 재산권 제한의 법적 성질 .....	51

# 목차

발굴된 매장문화재 보존조치  
법령 개선방안 연구

korea legislation research institute

- 제2절 매장문화재 보존조치에 따른 토지매입제도의 문제점 ..... 52
  - 1. 토지매입제도 ..... 52
  - 2. 조정적 보상제도 ..... 53
- 제3절 매장문화재 보존조치의 유형에 따른 재산권 제한의 정도와 보상방안 ..... 54
  - 1. 재산권 제한의 구분에 비례하는 보상방안 ..... 54
  - 2. 문화재에 대한 세금감면제도 ..... 56
- 제4절 매장문화재 보존제도와 재산권 보장의 조화를 위한 법제개선방안 ..... 57
  - 1. 조정적 보상제도로서의 토지매수청구권 ..... 57
  - 2. 현지원형보존조치된 매장문화재에 대한 세금감면 ..... 58

**제5장** 결 론 / 61

- 참고문헌 ..... 65



korea  
legislation  
research  
institute

# 제1장 서론

제1절 연구의 필요성과 목적

제2절 연구의 대상과 범위

제3절 연구의 방법론



# 제1장

# 서론

## 제1절 연구의 필요성과 목적

### 1. 연구의 필요성

1.1. 매장문화재는 그 존재의 형태가 토지에 매장되어 있는 형태로 되어 있기 때문에 개발과 갈등을 일으키기 쉬운 지점에 놓여 있는 특수성이 있다. 우리 인간은 토지 위에 살아가는 존재이다. 우리는 토지를 통해 삶의 수단을 얻고 삶의 근거지를 구축하며 삶의 영역을 구획해 나간다. 그러한 삶의 방식은 시간이 흐르면서 구체적인 내용과 형태에서 일부 변화가 있었지만 토지에 대한 의존성 그 자체는 변하지 않았다.

따라서 토지는 과거에도 그러했고 현재에도 여전히 우리 삶의 중심적 근거 기반이다. 과거 삶의 양식과 흔적이 토지 안에 매장물의 형태로 보존되어 있는 것이 매장문화재이기 때문에 동일한 토지 위에서 현대를 살아가는 이들이 그 토지를 이용하여 더 나은 삶을 영위하기 위해 행하는 개발은 불가피하게 이들 매장문화재의 존재에 영향을 미칠 수밖에 없다. 따라서 토지를 공통근거로 하는 양자의 구조적 성격상 매장문화재 보호와 개발과의 갈등은 불가피하다. 토지를 근거로 하는 우리 삶의 구조가 과거와 현재에 이르기까지 거의 동일하기 때문에 그렇고 아마 앞으로도 마찬가지로 그럴 것이다.

1.2. 이러한 구조적 성격 때문에 매장문화재는 토지를 개발하고자 하는 개발업자에 의해 무시 또는 파괴되기 쉽다. 그리고 보존조치가 있는 경우에도 지속적인 관리가 뒤따르지 않으면 부실한 관리로 이어져 결국 문화재 훼손에 이르게 된다. 문화재의 보호는 일정한 사회적 가치공유와 노력의 뒷받침 없이는 쉽지 않다는 의미이다.

이러한 측면에서 문화재는 우리 모두의 공동유산으로서 매우 중요한 가치를 가지는 공공재이기 때문에 그 보호의 필요성이 강조되어야 한다는 논리가 중요하다. 그러나 개발 또한 현재상태에 일정한 발전을 가져오는 가치이며 개발행위 자체가 가치를 높이는 행위이기도 하다는 측면에서 개발의 필요성 내지 중요성 역시 무시될 수 없다. 따라서 양자간에 생길 수 있는 갈등은 조정되어야 하고 합리적인 조화점이 모색되어야 한다. 그러한 하나의 방안으로서 매장문화재 보존과 관리의 합리화를 통해 문화재 보호의 정도를 높이면서 개발과의 갈등도 아울러 일정부분 합리적으로 해소할 필요가 있는 것이다. 그러한 측면에서 이 연구에서 주요하게 다루고자 하는 문제는 다음과 같은 것이다.

## 2. 연구의 목적

2.1. 「매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률」(이하 ‘매장문화재법’이라 칭한다) 제14조는 발굴된 매장문화재가 역사적·예술적 또는 학술적으로 가치가 큰 경우 문화재위원회의 심의를 거쳐 보존조치를 명할 수 있도록 하고 있는데, 그 보존조치의 유형으로 다음과 같은 3가지 유형을 규정하고 있다.

- ① **현지보존**: 문화재의 전부 또는 일부를 발굴 전 상태로 복토(覆土)하여 보존하거나 외부에 노출시켜 보존하는 것
- ② **이전보존**: 문화재의 전부 또는 일부를 발굴현장에서 개발사업 부지 내의 다른 장소로 이전하거나 박물관, 전시관 등 개발사업 부지 밖의 장소로 이전하여 보존하는 것
- ③ **기록보존**: 발굴조사 결과를 정리하여 그 기록을 보존하는 것

그러나 이러한 유형구분에는 현실적으로 적지 않은 문제점이 있는 것으로 보인다. 우선 현지보존의 경우 현실적인 보존의 태양이 매우 다양함에도 불구하고 현지보존이라는 하나의 유형만으로 규율하고 있어 보다 합리적인 보존 및 관리를 위하여 좀 더 세분화된 보존유형의 설정이 필요하지 않은가 하는 의문이 있다. 다음으로 기록보존은 거의 이용되지 않은 사문화된 유형이란 문제가 있고 그와 아울러 과연 이것을 보존의 유형으로 볼 수 있는가 하는 근본적인 의문도 제기된다. 따라서 발굴된 매장문화재 보존조치의 유형과

관련된 문제를 현행법의 문제점을 지적하고 이를 해결할 수 있는 개선방안을 제시해보고자 한다.

2.2. 또한 현행 「매장문화재법」 제26조에서는 문화재 보존조치로 인하여 개발사업의 전부를 시행 또는 완료하지 못하게 된 경우 국가 또는 지방자치단체는 해당 토지를 매입할 수 있음을 규정하고 있다. 그러나 이러한 형태의 임의적 토지매입제도만으로는 문화재 보호라는 공익과 사인의 재산권보장이라는 사익을 조화시키기에 충분하지 못하다고 할 수 있다.

따라서 앞에서 먼저 수행한 발굴된 매장문화재 보존조치의 유형 구분에 따라 이루어지는 재산권제한의 정도를 각각 판단하여 이에 대한 사유 재산권 제약이나 부담을 문화재 보호라는 공익을 위해 어떻게 구제 또는 경감시켜 줄 수 있을지에 대한 합리적인 개선방안을 모색해 보고자 한다.

아울러 추가적으로 이 두가지 주요문제에 부수적으로 관련되는 문제들에 대해서도 적절한 문화재보호의 체계를 구축하고 완성해나가기 위해 필요한 범위내에서 적절한 문제 해결 방안을 제시해 볼 것이다.

2.3. 이에 이 연구는 제2장에서 매장문화재 보호의 의의와 개발의 문제에 대한 일반론을 전개하고 문화재 보호를 위한 법적 체계를 개관하여 문화재 보호문제의 전체적 위상을 먼저 자리매김하고, 이어서 제3장에서는 발굴된 매장문화재 보존조치의 유형을 세분화하여 합리화할 수 있는 법제개선방안을 검토하며, 제4장에서는 매장문화재 보존조치에 따른 재산권제약을 보상해 줄 수 있는 법제개선방안을 모색하여 제시해 보고자 한다.

## 제2절 연구의 대상과 범위

### 1. 연구의 대상

연구의 대상은 「매장문화재법」 제14조에 규정된 발굴된 매장문화재에 관한 보존조치 제도이다. 「매장문화재법」은 매장문화재의 발굴과 조사 등의 절차와 방법에 관하여 규정하고 있으나, 발굴조사를 실시한 이후 가장 중요한 것은 발굴된 매장문화재의 보존문제라고 할 수 있다. 따라서 발굴된 매장문화재에 관한 보존조치제도는 「매장문화재법」의 핵심이라고 해도 과언이 아니다.

### 2. 연구의 범위

「매장문화재법」 제14조에 규정된 발굴된 매장문화재에 관한 보존조치제도에 관하여 여기서는 다음과 같은 세 가지 측면에서만 연구를 수행함으로써 연구의 범위를 한정하고자 한다.

- ① 발굴된 매장문화재 보존조치의 유형 가운데 현지보존 유형의 세분화 가능성을 검토하고 개선방안을 제시함
- ② 발굴된 매장문화재 보존조치 제도의 기타 부수적 문제점에 대해 지적하고 이에 대하여 개선방안을 제시함
- ③ 매장문화재 보존조치로 인한 사유재산권 제약에 대한 현행 법제의 문제점을 살펴보고 이에 대한 적절한 보상 방안을 개선방안으로서 제시함

이 부분들에 대한 연구를 통해 매장문화재 보호의 실효성을 높일 수 있을 것으로 기대한다.

## 제3절 연구의 방법론

### 1. 문헌 연구방법과 인적협력 연구방법 및 현지조사 연구방법

1차적인 연구의 방법으로는 가장 기본적인 문헌 연구방법과 인적협력 연구방법 그리고 현지조사 연구방법을 채택하였다. 문헌 연구방법은 문서의 형태로 얻을 수 있는 정보를 얻어 선행연구와 참고자료의 도움을 얻어 연구를 수행하는 것이다.

문헌 연구에 의한 연구수행을 보완하는 방법으로는 관련 전문가의 자문과 전문가들과의 토론이 있다. 이를 인적협력 연구방법이라고 표현하였다. 문헌 연구는 가장 기본이 되지만 전문분야의 고급정보나 핵심내용은 역시 사람을 통하여 얻는 것이 가장 좋은 방법일 것이다. 따라서 문헌 연구방법을 기본으로 하되 인적협력 연구방법을 통하여 그 한계를 보완하였다. 이 연구에서는 문화재청의 도움을 얻어 2회에 걸쳐 문화재 관련 전문가 회의를 열었고 많은 도움을 얻었다.

마지막으로 발굴된 매장문화재의 보존조치 현황을 이해하기 위해 현지조사를 통해 현상을 직접적으로 실사하는 것이 연구수행에 도움이 되고 꼭 필요한 연구방법이라고 할 수 있다. 본래 2회에 걸쳐 현지방문 및 견학에 의한 조사가 예정되어 있었으나 관련 전문가들의 부득이한 사정으로 2회 모두 연기되어 현지조사를 실시하지 못했다. 따라서 이 방법에 의한 연구성과는 이 보고서에 담겨있지 못하고 그 부분은 이 보고서의 한계이다.

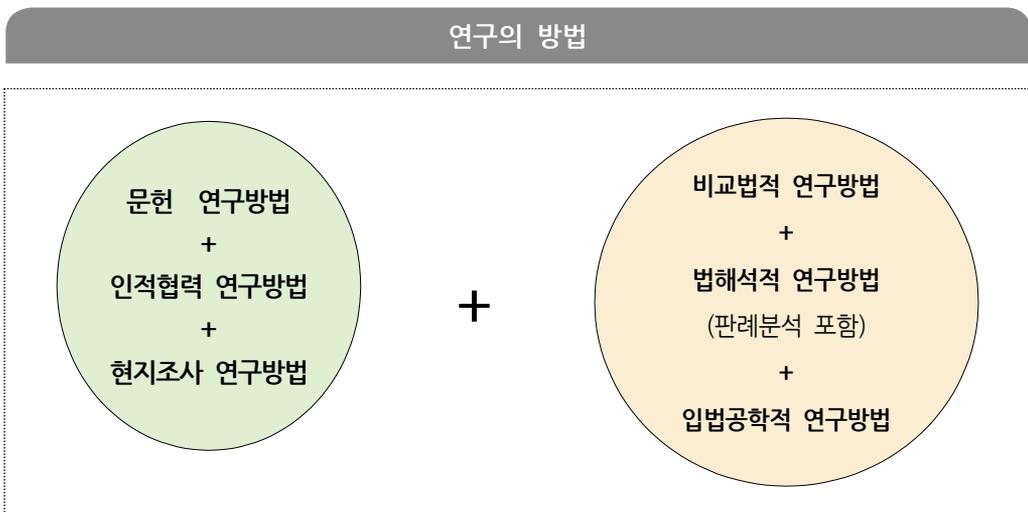
### 2. 비교법적 연구방법 및 법해석적 연구방법과 입법공학적인 연구방법

다음으로 문제점의 해결을 위하여는 비교법적 연구방법, 법해석적 연구방법 및 입법공학적인 연구방법을 두루 사용하였다. 어떠한 연구방법을 사용하든 간에 법의 테두리 안에서 문제를 해결할 수 있으면 될 것이다. 비교법적 연구를 통해 문제 해결의 실마리를 얻을 수 있는 경우도 있고, 법의 해석을 통해 또는 새로운 해석의 제시를 통해 문제를 해결할

수도 있다. 그러나 법의 해석을 통해 해결되지 않는 경우에는 새로운 입법 내지 법의 개정을 통해 문제의 해결을 추구할 수 있다.

이것이 입법공학(legislative engineering)적 연구이다. 입법공학적 연구란 사회문제의 해결을 입법에 의하여 추구하고자 하는 법적 연구이다. 이것은 문제의 정확한 진단과 그에 대한 정확한 제도적 처방을 주 내용으로 한다. 제도적 처방이란 바로 입법(legislation)에 의한 대안마련이 그 주요한 수단이 된다. 그러므로 이러한 연구방법은 법해석이 아닌 입법에 의한 사회개선을 추구하는 것으로 법해석에 의한 방법보다는 더 적극적인 입장이지만 결국 양자는 법적 수단을 이용하여 사회개선을 목적으로 한다는 점에서 공통적이고 서로 상호보완적이라고 할 수 있다.

이처럼 이 연구에서는 어느 하나의 방법론을 전적으로 채택하여 의존하고자 하지 않았고 필요한 범위에서 이들 방법 모두를 사용하여 문제를 분석하고 해결하고자 하였다. 아울러 법해석적 연구방법을 구사하는 가운데에는 주요문제에 대한 판례의 분석도 포함되어 있다. 이러한 내용을 간략하게 도식화해 보면 다음과 같다.<sup>1)</sup>



1) 이상의 연구방법과 도식은 양태건, 「제주특별자치도 카지노업의 관리감독 개선을 위한 법제분석」, 한국법제연구원, 2016, 16-18쪽에서 제시한 것을 바탕으로 하여 이 연구의 성격에 맞게 수정한 것이다.

## 제2장 매장문화재의 의의와 ● 보호체계

제1절 매장문화재의 개념과 의의

제2절 매장문화재 보호의 법적 체계

제3절 문화국가의 원리와 재산권 보장



## 제2장

# 매장문화재의 의의와 보호체계

### 제1절 매장문화재의 개념과 의의

#### 1. 매장문화재의 개념

1.1. 문화재의 개념은 매우 복잡하고 다양할 수 있지만 일반적으로 말하여 “인류가 과거에 만들어 현재에 전한 문화적 대상물”<sup>2)</sup>이라고 할 수 있다. 즉, 문화재란 인류가 일군 문화가 그 속에 들어 있는 물건 즉 ‘인간의 문화가 체화된 대상물’이라고 말할 수 있겠다.

매장문화재는 그러한 문화재 가운데 토지나 수중에 매장되어 있는 것을 존재상의 특징으로 하고 있는 것을 가리킨다. 이러한 형태의 것을 기본으로 하여 「매장문화재법」은 제2조에서 매장문화재의 정의를 다음과 같이 정하고 있다.

제2조(정의) 이 법에서 “매장문화재”란 다음 각호의 것을 말한다.

1. 토지 또는 수중에 매장되거나 분포되어 있는 유형의 문화재
2. 건조물 등에 포장(包藏)되어 있는 유형의 문화재
3. 지표·지중수중(바다·호수·하천을 포함한다) 등에 생성·퇴적되어 있는 천연동굴·화석, 그 밖에 대통령령으로 정하는 지질학적인 가치가 큰 것

이에 따르면 매장문화재의 범위는 전형적인 매장문화재인 제1호와 제2호를 넘어서 천연동굴이나 화석까지 포함하게 된다.

2) 김주삼, 문화재의 보존과 복원, 책세상, 2014, 18쪽.

제2호의 건조물 등에 포장되어 있는 유형의 문화재란 탑이나 불상 등에 안치되어 있는 사리·복장유물 등을 염두에 두고 만들어진 것이다.<sup>3)</sup> 이러한 것을 매장문화재로 포함하여 보호해야 한다는 합리적이고 매장문화재의 개념과 괴리감이 없다.

1.2. 문제는 제3호이다. 과연 천연동굴이나 화석에 이르기까지 개념적 정의의 확장이 바람직한 것인지 매우 의문이고 문화재 개념에도 맞지 않는 문제가 있다. 하지만 이는 체계상 상위법이라 할 수 있는 「문화재보호법」이 문화재의 정의를 ① 유형문화재 ② 무형문화재 ③ 기념물 ④ 민속문화재로 정해 놓은 것(법 제2조 제1항)에서 연유한 측면이 있다. 이 중 매장문화재에 속하는 것은 「문화재보호법」상 문화재 가운데 ① 유형문화재와 ③ 기념물이다. 그런데 기념물에 대해 「문화재보호법」은 다음과 같이 정하고 있는 것이다.

### 3. 기념물: 다음 각 목에서 정하는 것

- 가. 절터, 옛무덤, 조개무덤, 성터, 궁터, 가마터, 유물포함층 등의 사적지(史蹟地)와 특별히 기념이 될 만한 시설물로서 역사적·학술적 가치가 큰 것
- 나. 경치 좋은 곳으로서 예술적 가치가 크고 경관이 뛰어난 것
- 다. 동물(그 서식지, 번식지, 도래지를 포함한다), 식물(그 자생지를 포함한다), 지형, 지질, 광물, 동굴, 생물학적 생성물 또는 특별한 자연현상으로서 역사적·경관적 또는 학술적 가치가 큰 것

제3호 다목은 천연기념물을 정한 것인데 천연기념물 가운데서도 지중이나 수중에 분포하는 것은 매장물의 성격을 가지므로 이를 매장문화재에 포함시켜 규정하게 된 것이다. 그렇기 때문에 법체계적으로는 문제가 없지만 법개념적으로는 여전히 문제가 있다고 할 수 있다. 왜냐하면 문화재는 개념적으로 보아 인류가 인위적으로 만들어 전승한 문화적 대상물이라고 보아야 하기 때문에 자연의 소산을 문화재에 포함시키는 것은 개념에 어긋나기 때문이다. 그러나 인위적 소산이든 자연적 소산이든 보호와 보존의 대상이 되어야

3) 김창규, 문화재보호법각론, 개정판, 동방문화사, 2013, 106쪽.

한다는 점에서는 공통점이 있으므로 현행 규정대로 보호를 지속해 나가되 이에 대한 관리의 주체와 방식을 분리하느냐 통합하느냐는 보다 나은 보호의 체계를 위해 향후 생각해 볼 문제이다.

1.3. 이상의 내용들을 종합하면 매장문화재는 상위개념인 문화재와 관련지어 생각할 때 토지나 수중에서 밖으로 확인되기 전의 유형문화재와 기념물이다. 그리고 ‘발굴된 매장문화재’는 그러한 매장문화재가 밖으로 나와 확인된 것을 말한다. 이 가운데 문화재청장이 역사적·예술적 또는 학술적 가치를 평가하여 원형보존이나 이전보존의 조치를 취한 것을 ‘보존조치된 매장문화재’라고 할 수 있다.

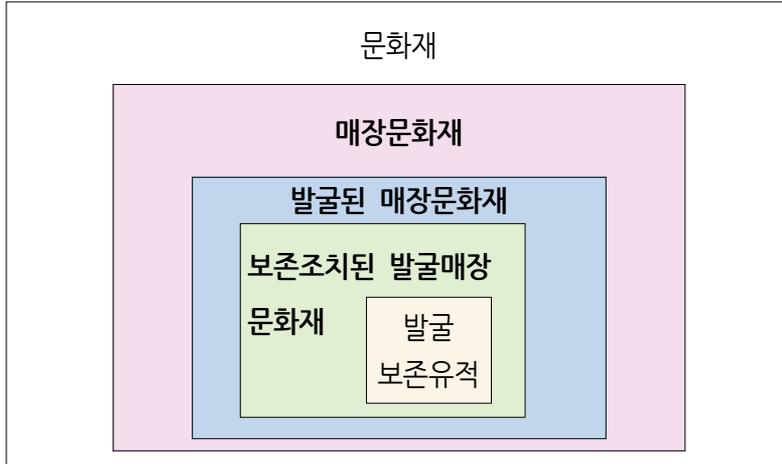
한편 고고학계에서는 매장문화재를 유물, 유구, 유적으로 분류하고 있다.<sup>4)</sup> 유물은 토기, 석기, 철기 등 유적 발굴을 통해 드러나는 것들이고, 유구는 집터, 무덤, 건물터 등 구조물을 지칭하는 것이다. 이에 반해 유적은 유물과 유구의 복합체로서 한 유적안에 유물과 유구가 다양하게 섞여 있는 것을 말한다. 이러한 개념분류에 따를 때 위의 ‘보존조치된 매장문화재’는 ‘발굴보존유적, 유물, 유구’를 모두 포함한다. 따라서 고고학계에서 많이 쓰는 용어인 ‘발굴보존유적’이라는 것은 실상은 ‘발굴 후 보존조치된 매장문화재’의 하위유형이다. 그러나 대개의 보존조치가 유적에 대해 내려지기 때문에 이러한 용어사용이 보편화된 것이고 그 점에 큰 문제가 있다고 할 수는 없으나 개념적으로는 발굴된 매장문화재의 모든 종류에 보존조치가 내려질 수 있기 때문에 ‘발굴보존유적’을 중심으로 논의하는 것이 적절하지는 않다고 생각한다.

따라서 문화재-매장문화재-발굴된 매장문화재-보존조치된 발굴매장문화재-발굴 보존유적의 관계를 다음과 같이 이해할 수 있을 것이다.<sup>5)</sup>

4) 김창규, 앞의 책, 106쪽; 김종승, “문화재청의 발굴 보존유적 관리체제 개선방향”, 매장문화재의 합리적인 보존과 활용방안, 한국고고학회·(사)한국매장문화재협회, 2015, 24쪽.

5) 김종승, 앞의 글, 27쪽의 그림을 참고하여 변형하였다.

## 매장문화재 개념 체계도



## 2. 매장문화재의 의의

2.1. 매장문화재는 앞서 살았던 선조들이 남긴 흔적으로 앞선 문화와 지혜가 담겨 있고 현재 우리가 누리고 있는 문화와의 연관성 혹은 차별성을 보여주는 소중한 역사유산이기 때문에 우리가 그것의 의미와 가치를 알기 위해서는 물론 후세대에게 물려주기 위하여도 그 보호와 보존이 매우 중요하다. 이런 역사자료로서의 매장문화재는 다른 문화재와 비교할 때 다음과 같은 특성을 가지기 때문에 다른 문화재와 달리 다루어져야 할 필요가 있다.<sup>6)</sup>

2.2. 매장문화재는 우선 “순수공공재”로서의 특징을 가진다. 공공재란 어떤 경제주체에 의해 생산이 되면 구성원 모두가 그 혜택을 누릴 수 있는 재화나 서비스를 말한다. 그러나 공공재는 모두가 그 혜택을 누리려고만 할 뿐 충분한 수익이 보장되지 않는 경우 생산을 기피하려는 경향을 띠기 때문에 시장의 기능에 맡겨서는 생산과 소비가 곤란하다. 매장문화재는 정확히 이러한 성격을 가지기 때문에 순수공공재이다. 따라서 매장문화재의

6) 이하에서 설명하는 매장문화재의 특성은 최민정, 매장문화재 보호정책의 어제와 오늘, 진인진, 2016, 13-22쪽에 제시되어 있는 내용들이다.

이러한 완벽한 공공재로서의 특성을 잘 고려하여 문화재보호정책 및 제도의 운용에 반영할 필요가 있다.

2.3. 다음으로 매장문화재는 “원형유지”가 중요하다는 특성을 가진다. 매장문화재는 기본적으로 발굴과 조사의 대상이 아니라 가능한 한 원형대로의 유지가 중요하다는 것이다.<sup>7)</sup> 매장문화재는 선조들이 이룩한 역사와 문화의 증거물이자 문화연구의 중요한 자료이지만 한번 훼손되면 원형그대로의 복원이나 회복이 불가능한 관계로 원형대로의 보존이 더 큰 의미를 지닌다. 따라서 「매장문화재법」의 발굴조사 금지의 원칙은 합리성을 지닌다.

2.4. 매장문화재는 그 존재가 토지 중 어디에 있을지 “예측불가능”하고 그렇기 때문에 의도치 않게 “개발과 갈등하는 특성”을 가지게 된다. 따라서 분포지와 분포정도, 그 가치와 성격을 발굴조사 전에는 전혀 알 수 없고 개발과 맞물려 그 존재가 알려지고 발굴이 개시되기 때문에 개발로 인하여 문화재에 대한 인식이 제고되는 측면도 존재하지만 문화재가 원형대로 보존되는 것을 어렵게 만드는 계기도 된다. 이 때문에 발굴된 매장문화재에 대하여 특별히 “보존조치”를 취해야 할 필요성이 발생한다. 그러나 개발의 필요성을 부정할 수는 없기에 이로부터 ‘보존하면서 개발한다는 원칙’이 도출된다.

## 제2절 매장문화재 보호의 법적 체계

### 1. 기본법으로서의 문화재 보호법

문화재의 보호와 관련하여 「문화재보호법」은 기본법으로서의 지위를 가지고 있다. 따라서 문화재의 개념과 보호의 원칙 및 그 방법에 관해서도 문화재보호법의 내용과 관련

7) 「문화재보호법」 제3조(문화재보호의 기본원칙) 문화재의 보존·관리 및 활용은 원형유지를 기본원칙으로 한다. 「매장문화재법」 제5조(매장문화재 유존지역의 보호) 대통령령으로 정하는 바에 따라 매장문화재가 존재하는 것으로 인정되는 지역(이하 "매장문화재 유존지역"이라 한다)은 원형이 훼손되지 아니하도록 보호되어야 하며, 누구든지 이 법에서 정하는 바에 따르지 아니하고는 매장문화재 유존지역을 조사·발굴하여서는 아니 된다.

지어 이해할 필요가 있고, 「문화재보호법」 규정이 보충적으로 매장문화재에 대해서 적용된다.<sup>8)</sup> 「문화재보호법」 제5조 제1항은 “문화재의 보존·관리 및 활용에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다”고 하여 이러한 관계를 표현하고 있다.

## 2. 매장문화재보호법의 분법

매장문화재의 특성을 고려하여 「매장문화재법」이 2010년 별도로 분법되어 2011년부터 시행되게 되었다. 이에 따라 「문화재보호법」 제5조 제2항은 “지정문화재(제32조에 따른 비지정문화재를 포함한다)의 수리·실측·설계·감리와 매장문화재의 보호 및 조사, 무형문화재 보전 및 진흥에 관하여는 따로 법률로 정한다”고 하여 매장문화재의 보호와 조사에 관해서는 「매장문화재법」에 규정된 내용에 우선적으로 따를 것을 명시하였다.

「매장문화재법」은 총7장 38개조로 되어 있고 주 내용은 발굴조사의 절차와 방법에 치중되어 있고 상대적으로 보존에 관한 규정은 소략하다. 그 체계 및 구성은 다음과 같다.

제1장 총칙 (5개조)

제2장 매장문화재 지표조사 (5개조)

제3장 매장문화재의 발굴 및 조사 (6개조)

제4장 발견신고된 매장문화재의 처리 등(7개조)

제5장 매장문화재 조사기관 (2개조)

8) 현행 문화재보호 규범의 구성체계에 대하여는 이학춘, “법체계적 관점에서의 문화재 관련 법규의 재검토”, 법학연구, 제20집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2017. 6, 131-144쪽이 자세하다. 이에 따르면 헌법상 문화국가주의 원칙에 따라 「문화재보호법」이 문화재보호의 기본법으로 역할하고, 「매장문화재법」, 「고도육성법」, 「무형문화재법」 등의 관련 특별법이 있고, 이러한 문화재 관련 법률들이 「자연공원법」, 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」, 「민법」과의 관계에서 특별법의 역할을 한다고 보고 있다.

제6장 보칙 (5개조)

제7장 벌칙 (8개조)

이외에 동법률의 위임내용 등을 규정한 것으로서 대통령령인 동법 시행령과 문화재청에서 제정한 시행규칙이 있다.

## 제3절 문화국가의 원리와 재산권 보장

### 1. 문화국가의 원리

1.1. 헌법은 특별히 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 대하여 규정하고 있다.<sup>9)</sup> 이에 대하여 헌법이론은 문화국가의 원리를 규정한 것으로 이해한다.<sup>10)</sup> 문화국가의 원리란 문화와 국가를 개념적으로 결합시킨 것으로 오늘날 시장경제의 발전과 함께 문화의 경제적 종속성, 전통문화의 퇴조와 외래문화의 유입 및 문화적 불평등의 문제가 제기되면서 이를 시정하기 위한 문화적 과제를 국가의 과제로 설정한 것이 문화국가의 원리라고 한다. 이에 따르면 국가는 문화적 현상의 직접적 창출자가 아니라 조정적 개입자이다.

1.2. 헌법은 이러한 문화국가의 원리를 받아들여 규정함에 있어서 특별히 전통문화의 계승과 발전에 중요성을 부여하고 있다. 이러한 태도는 앞서 설명한 매장문화재의 특성에 비추어 매장문화재의 원형보존의 측면에 중요성을 부여하게 만든다. 이러한 헌법의 규율 태도에 대하여 전통문화와 민족문화의 보호 및 육성만을 강조한 나머지 대중문화나 다른 문화 영역을 소홀히 했다는 비판도 존재한다.<sup>11)</sup> 그러나 우리나라 근대사를 통하여 이루어진 개발문화와 전통문화의 훼손과 위축의 상황을 특별히 고려한 것으로 이해하고 그 의의를 적극적으로 부여해 나가는 것이 올바른 입장으로 생각한다. 전통문화 이외의 대중

9) <헌법> 제9조. 국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.

10) (사)한국헌법학회, 헌법주석 [I], 박영사, 2013, 272-278쪽.

11) (사)한국헌법학회, 앞의 책, 277쪽.

문화는 축진의 대상이지만 전통문화는 주로 보존과 보호의 대상이라는 점에서 방향을 달리하며, 대중문화는 시장친화적인 반면 전통문화는 시장에 비친화적이고 개발에 의해 큰 피해를 입고 있는 관계에 있기 때문에 특별한 보호가 필요하다는 점에 입각한 규정으로 이해해야 할 것이다. 따라서 문화재와 관련한 개인재산권과의 조화 측면에서도 이러한 헌법의 태도와 규정은 해석을 통해 충분히 고려될 필요가 있다.

## 2. 재산권의 보장

2.1. 문화재도 재물인 이상은 재산권의 객체가 된다. 문화재도 재물 형태로 존재하는 이상은, 특히 매장문화재와 같이 문화재의 개념 가운데 유형문화재와 기념물에 한정되어 있는 문화재는, 재물로서 재산권의 대상이 될 수 밖에 없다. 앞서 문화재가 공공재의 성격을 가지고 있다고 하였지만, 재물 형태로 존재하는 문화재는 사유재산권의 대상이 될 수 있으므로 문화재는 사적 소유인 경우와 국가 소유인 경우로 나뉜다.

2.2. 헌법은 제23조를 통해서 재산권 보장의 원칙을 설정하고 있다.<sup>12)</sup> 근대 초기에 재산권은 불가침적 자연법적 권리로 인식되어 재산권 보장의 절대성이 인정되었으나 18-19 세기를 거치면서 자유주의적·개인주의적·절대적 소유권의 이념은 자본주의가 가져오는 병리현상과 빈부격차가 심해지는 현실적 사회상황의 변동에 따라 점차 수정되어 오늘날 사회적 구속성이 선언되기에 이르렀다.<sup>13)</sup> 그에 따라 오늘날 개인의 재산권은 절대적으로 보장되는 것이 아니라 사회적 필요와 조정에 일정부분 구속되는 형태의 보장으로 남게 된 것이다. 특히 사회적 연관성이 더욱 강한 재산권인 토지재산권에 대하여는 상대적으로 더 강한 제한 내지는 더 강한 공공복리에 적합한 행사의무를 부과받게 되었다.

12) <헌법> 제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.

③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

13) 이에 대하여는 (사)한국헌법학회, 앞의 책, 821-826쪽.

2.3. 매장문화재가 존재하는 토지의 경우 사적 소유권의 대상인 경우가 많으므로 개발을 통하여 소유권을 행사하고자 할 경우 문화재의 보호라는 공익과 개발의 사적 권리 내지 재산권 행사의 자유는 충돌될 수 있다. 그러나 헌법은 제23조를 통하여 재산권을 보장하되 그 내용과 한계는 법률로 정하도록 하고, 재산권 행사의 공공복리적합의무를 부과함으로써 개인의 재산권 보장이 절대적인 것이 아님을 정하고 있다. 이것은 헌법 제9조에서 정하고 있는 전통문화의 계승·발전 및 이로 인한 공공재적 혜택의 공유를 위한 매장문화재의 보존을 헌법 제23조에서 제시하고 있는 공공복리의 한 내용으로 이해할 수 있게 해 준다. 따라서 개인의 토지재산권 행사도 공공복리에 적합하게 하여야 하기 때문에 매장문화재 보존 및 문화재 향유라는 공공복리에도 적합하게 행사되어야 함은 당연하다. 이로부터 매장문화재의 보존과 개발권의 상호관계에 대하여 일정한 조화의 원칙을 얻을 수 있다: 개발의 권리는 인정되지만 그것이 무한정한 범위에서 인정되는 것은 아니고 매장문화재 보존 및 문화재의 공공적 향유라는 공공복리에 적합한 범위에서 인정되어야 한다.

### 3. 패러다임의 전환

3.1. 매장문화재의 보존과 개발권의 상호관계에 대한 위와 같은 조화의 원칙은 근대를 형성하고 우리의 근대사를 주도해 왔던 경제개발 패러다임에 일정한 전환을 요구하고 있다. 헌법적 원리로서 근대 개인소유권의 절대적 보장 패러다임이 상대적 보장 패러다임으로 전환된 것에 대해서는 쉽게 용인하면서도 현실적인 사회와 국가의 모습에서 경제개발 패러다임의 우위에는 큰 변화를 가져오지 못한 것이 현실이다. 개인소유권의 상대적 보장은 오히려 경제개발을 위해 개인이 희생되어야 한다는 논리로 운용되어 온 측면이 많다. 그만큼 우리 사회는 개발패러다임의 절대적 힘에 사로잡혀 살아왔다.

3.2. 헌법은 이제 전통문화의 계승과 발전을 요구하고 있다. 이 점을 재산권 보장의 이념과 결합하여 이해할 때에는 개발패러다임의 내용에 일정한 전환이 요구되는 것으로 이해될 수 있다. 과거의 “경제적 개발 패러다임”은 이제 “문화적 개발 패러다임”으로 전

환되어야 한다. 이러한 패러다임 전환은 전지구적인 환경위기에 대응하여 주창되는 지속 가능한 발전의 개념에도 부합하며 경제적 개발은 일정부분 요구되고 수용되지만 보다 인간의 얼굴을 한 문화적 개발일 것이 요청되고, 매장문화재를 가급적 보존하면서 하는 개발일 것이 요청되는 것이다. 이것이야말로 개발과 보존이 함께 가는 길이라고 할 수 있다.

3.3. 이처럼 문화적 개발의 개념에 의해 과거와 현재가 조화를 이루고, 문화재의 공공재적 측면이 사유재산의 보장과 조화를 이룰 수 있다. 이러한 문화적 개발의 개념에 의할 때 비로소 개발은 언제나 절대선이고 따라서 절대적 축진이 최선인 것이 아니라 때에 따라서는 바람직하지 않고 따라서 억제될 수도 있는 것으로 인식될 수 있다. 이러한 방향의 설정을 위해서는 문화의 가치와 개발의 가치가 상호 형량되어야 한다. 그리고 매장문화재는 원형보존이 중요하기 때문에 발굴의 비용을 개발업자가 부담함은 당연하며 이는 실제적으로는 개발을 통하여 개발업자는 이익을 얻기 때문에 개발이익을 일정부분 투자하여 문화를 지키려는 노력을 들여야 문화와 개발이 조화를 얻을 수 있다는 것을 의미한다. 따라서 문화재 보존조치에 드는 비용을 사업시행자가 부담하는 것은 곧 개발이익의 일정부분을 사회에 환원하는 것을 의미하므로 문화적 개발의 개념에 합치될 수 있다.<sup>14)</sup>

14) 장호수, “발굴유적의 보존과 정비”, 국립문화재연구소, 한국 매장문화재 조사연구방법론 1, 학연문화사, 2008, 235쪽.

## 제3장

# 발굴된 매장문화재

## ● 보존조치의 유형

제1절 매장문화재 보존조치와 관련한 절차의 개관

제2절 발굴된 매장문화재 보존조치의 유형

제3절 발굴된 매장문화재 보존조치 유형의 세분화  
가능성 검토

제4절 발굴된 매장문화재 보존조치의 이행

제5절 보존조치 이후의 문화재 관리

제6절 발굴된 매장문화재 보존제도의 합리화를 위한  
법제개선방안



## 제3장

# 발굴된 매장문화재 보존조치의 유형

### 제1절 매장문화재 보존조치와 관련한 절차의 개관

「매장문화재법」에 따를 때 매장문화재 보존조치와 관련된 절차는 다음과 같은 순서를 통해 시행된다.

1. 보존조치의 필요성 제시 : 문화재위원회, 전문가 검토회의, 사업시행자



2. 매장문화재 보존조치 평가 실시 : 문화재청 -> 사업시행자, 지자체



3. 사업시행자 보존방안 제출 : 사업시행자 -> 문화재청



4. 문화재위원회 심의 : 문화재청



5. 보존조치 결정통지(보존필요/불요) : 문화재청 -> 사업시행자



6. 보존조치 결과보고 : 사업시행자 -> 문화재청



7. 사후관리 : 사업시행자, 지자체 -> 문화재청

## 제2절 발굴된 매장문화재 보존조치의 유형

### 1. 문화재 보존의 원칙

문화재보존의 원칙의 내용은 다음과 같다.<sup>15)</sup>

- ① 영속성 보장 : 문화재 보존의 가장 핵심적 개념이라고 할 수 있는 것이다. 문화재는 자연적 현상이나 인위적 파손에 의해 물리적으로 약해지거나 주위 여건에 따라 그렇게 될 위험성이 있다. 이에 따라 최대한 수명을 연장시키는 것이 필요한데 영속성 보장이란 바로 그러한 의미이다.
- ② 원형존중 : 영속성을 보장하되 문화재를 훼손하거나 형태를 고쳐서는 안 된다는 원칙이다. 수명 연장이나 가치를 높여주는 것은 좋지만 문화재의 원형까지 훼손해서는 곤란하다는 것이다. 이것은 문화재 보존 원칙 가운데 나중에 생겨난 것으로 보존의 윤리성을 가미하는 개념이라고 할 수 있다. 처음 만들어진 상태를 임의대로 변형하지 않음으로써 다양한 해석이 가능하도록 본래의 가치를 남겨두어야 한다는 의미이고 문화재 보존은 바로 그러한 데에 가치가 있는 것이다.
- ③ 유용성 : 파손이나 이물질로 원래의 모습을 가늠할 수 없는 경우에는 그 상태대로의 보존이 최선은 아니다. 문화재의 본질을 감추고 있는 물질들을 제거하거나 원래의 형태로 보존하기 위해 일정한 변형을 감수하는 경우를 말하는데, 이때에는 어느 정도까지 변형을 가할 지에 대한 전문가의 철저한 합리적 판단이 필요하다. 보존을 통하여 어느 정도의 모습을 회복하여야 문화재로서의 유용성이 있기 때문에 그러한 경우에는 원형보존만이 능사는 아니라는 것을 뜻한다.

15) 김주삼, 위의 책, 25-26쪽.

## 2. 발굴된 매장문화재 보존조치의 유형

2.1. 법 제14조 제1항은 발굴 매장문화재에 대해 다음과 같은 3가지 보존유형을 제시하고 있다.

- ① 현지보존
- ② 이전보존
- ③ 기록보존

### 〈매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률〉

제14조(발굴된 매장문화재의 보존조치) ① 문화재청장은 발굴된 매장문화재가 역사적·예술적 또는 학술적으로 가치가 큰 경우 「문화재보호법」 제8조에 따른 문화재위원회의 심의를 거쳐 제11조에 따라 발굴허가를 받은 자에게 그 발굴된 매장문화재에 대하여 다음 각 호의 보존조치를 지시할 수 있다.

1. 현지보존: 문화재의 전부 또는 일부를 발굴 전 상태로 복토(覆土)하여 보존하거나 외부에 노출시켜 보존하는 것
  2. 이전보존: 문화재의 전부 또는 일부를 발굴현장에서 개발사업 부지 내의 다른 장소로 이전하거나 박물관, 전시관 등 개발사업 부지 밖의 장소로 이전하여 보존하는 것
  3. 기록보존: 발굴조사 결과를 정리하여 그 기록을 보존하는 것
  4. 그 밖에 매장문화재의 보존과 관리에 필요한 사항
- ② 제1항에 따른 보존조치를 지시받은 자 및 해당 사업지역을 관할하는 지방자치단체의 장은 문화재청장에게 발굴된 매장문화재의 보존 방법 등에 관한 의견을 제출할 수 있다.
- ③ 제1항에 따른 보존조치를 지시받은 자는 그 조치를 한 후 해당 사업지역을 관할하는 지방자치단체의 장과 문화재청장에게 그 보존조치의 결과를 각각 제출하여야 한다.
- ④ 그 밖에 발굴된 매장문화재의 보존조치에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

2.2. 그러나 법이 정하고 있는 위와 같은 세 가지의 보존조치 유형에는 다음과 같은 문제점이 있다.

먼저 기록보존은 거의 이용되지 않고 사문화된 것이나 마찬가지이고 이전보존도 비중이 적으며, 현지보존이 85%가량을 차지하여 대부분을 차지하고 있다. 그러나 현지보존의 경우는 다시 복토하여 매장상태를 회복한 위에 건물을 짓거나 토지이용을 허가하는 경우가 있는 반면 유사한 유적이거나 유구인 경우인데도 개발을 불허하고 토지 이용을 불허하는 경우가 있어 이와 관련된 민원이 많이 제기되고 있는 상황이다. 그러므로 우선 현지보존이 대부분을 차지하고 현재의 제도운영이 바람직한 것인지 살펴볼 필요가 있고 다음으로 이러한 보존조치의 유형들에 대하여 일정한 가치평가를 통해 보다 세분화된 유형안을 제시하거나 서로 다른 결정이 나오지 않도록 하는 제도 개선의 가능성을 모색해 볼 필요가 있다.

### 제3절 발굴된 매장문화재 보존조치 유형의 세분화 가능성 검토

#### 1. 유형 세분화의 가능성

1.1. 발굴된 매장문화재가 존재하는 곳이 주로 토지인 것을 감안하여 토지 지면에 대하여 개발을 허용할 수 있는지 여부를 기준으로 하여 현재의 3가지 유형 가운데 ‘현지보존’ 유형에 대하여 그 개발 및 이용의 정도를 기준으로 하여 다음과 같이 조금 더 세분화해 볼 수 있을 것으로 생각한다.

<p>〈현행〉</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 현지보존</li> <li>2. 이전보존</li> <li>3. 기록보존</li> </ol> <p>↓</p>
--

〈개선안〉

1-1. 현지원형보존 / (또는) 보전형 현지보존 (현지 지역성이 역사적 가치를 가지는 경우 전면적이고 완전한 현지 보존을 추구하는 유형)

1-2. 현지이용보존 / (또는) 이용형 현지보존

1-3. 현지개발보존 / (또는) 개발형 현지보존

2. 이전보존 (매장문화재 자체의 구조적 가치는 있으나, 반드시 현지 지역성이 큰 의미를 가지는 것이 아닌 경우)

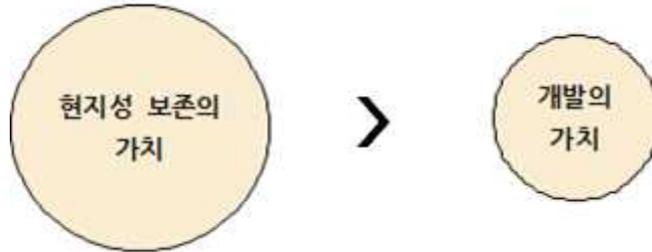
3. 기록보존

1.2. 위의 내용을 분설하면 다음과 같다.

토지 지면에 대한 개발의 정도를 판단하여 현지보존의 유형을 세분화할 수 있다는 것이다.

현지 지역성이 매우 큰 역사적 가치를 지니는 경우 이전보존은 적합한 원형보존의 방법이 아닐 것이다. 그리고 이러한 경우에는 개발과의 가치를 형량할 때 매장문화재의 현지성이 매우 큰 가치를 지녀 우위를 지니는 경우라고 해야 한다. 이러한 경우에는 반드시 현지보존을 해야 하고 이를 통해 원형보존이 달성된다. 사실 현재의 ‘현지보존’이 의도한 현지보존의 유형은 이것일 것이다. 그러나 이러한 현지 원형보존은 개발과의 가치를 형량할 때 유물 자체의 가치만이 중요한 것이 아니라 유물이 소재하고 있는 현지성의 보존이 개발의 가치를 압도하는 지극히 높은 가치를 지니는 경우에 한정되어야 한다. 현지성의 보존이 그 정도에 이르지 않는다면 오히려 이전보존이 타당하다.

## 개발과 현지보존의 가치형량



1.3. 다음으로 현지보존이면서도 비개발적 이용이 가능한 경우(예컨대 경작)가 있을 수 있다. 이 경우는 경작 등을 통하더라도 매장문화재의 현지보존이 큰 영향을 받지 않는 경우 소극적 이용을 허용하는 것인데 이를 통해 개인 재산권의 행사와 조화를 이룰 수 있다. ‘비개발적 이용’과 ‘개발적 이용’은 각각 소극적 이용과 적극적 이용의 태양으로 개념화해 볼 수 있는데 그 이용과 변형의 강도에서 현저한 차이가 있기 때문에 상호구별 되는 것이라 할 수 있다.

한편 더 나아가 그 이용의 정도가 적극적 이용으로 올라가 개발을 하는 경우라도 이례적으로 매장문화재의 보존에 영향이 없는 경우가 있을 수 있는데, 이러한 경우에는 개발하면서도 보존이 되는 특성에 착안해 이를 유형화해볼 수 있을 것이다. 그러나 과연 개발하면서도 매장문화재의 보존에 위해가 없는 경우를 얼마나 상정할 수 있을지 다소 의문이 들기 때문에 이러한 유형은 소규모 내지 저강도의 개발에만 한정되고 대규모 또는 고강도의 개발에는 적용될 수 없을 것으로 생각한다.

1.4. 이처럼 현지성이 보존의 가치를 가지므로 현지보존을 해야 함에도 개발과의 가치형량상 ① 개발을 절대로 불허해야 하는 경우와 ② 소극적 이용을 허용할 수 있는 경우 그리고 ③ 저강도 개발에 대하여 적극적 이용을 허용할 수 있는 경우로 현지보존의 유형을 세분화 할 수 있다.

한편 현지성 보존의 가치가 그리 높지 않지만 유물자체의 보존가치는 높은 경우는 이전보존을 하면 된다. 현지성 보존의 가치가 높지 않은 경우도 있기 때문에 이러한 경우까지 언제나 현지보존을 고집하는 것은 개발권에 대한 부당한 제약이 된다. 따라서 고강도 개발의 경우에는 이전보존을 통해 개발과 보존을 동시에 추구할 수 있을 것이다.

기록보존은 매장문화재의 현지성 보존이 큰 의미를 갖지 않고 이전보존도 하지 않는 경우인데 실제 활용도는 떨어지지만 여전히 독자적 의의는 있다고 판단되므로 현행제도를 그대로 유지하는 것이 좋을 것으로 생각한다.

1.5. 이상의 내용을 간략히 도식화하고 그에 적합한 명칭을 부여해 보면 다음과 같다.

- 1-1. 현지보존 - 개발X - 보존O => 현지원형보존
- 1-2. 현지보존 - 비개발적 이용(경작 등) O - 보존O => 현지이용보존
- 1-3. 현지보존 - (저강도) 개발O - 보존O => 현지개발보존
- 2. 이전보존 - (고강도) 개발O - 보존O/그러나 이전해서 => 이전보존
- 3. 기록보존 - 개발O - 보존X => 기록보존

1.6. 1-3유형과 2 유형의 경계는 어떻게 설정되는가? 그 기준은 보존과 개발의 형량에 의해 “현지 매장물”을 어떻게 처리할 수 있는가에 있다. 이는 현지 매장물 보존에 우위를 두는가 아니면 개발에 우위를 두는가 형량의 문제이다. 현지 매장물 보존에 우위를 두면 현지보존이 되고, 개발이 우위를 차지하면 이전보존이 된다. 현지보존 안에서도 개발과 조화를 이룰 수 있는지 여부에 따라 개발을 전혀 허용할 수 없는 경우에서부터 개발을 허용하면서도 보존이 가능한 경우가 있을 수 있다. 이전보존은 현지성 보존의 가치는 낮 으면서 상대적으로 개발의 가치는 우월한 경우이면서 고강도 개발로서 현지보존과 개발 이 그 자체로 조화를 이룰 수 없는 경우에 해당한다. 즉 개발의 가치가 우월하면서도 현지성 자체의 가치는 낮고 매장문화재의 보존가치는 높은 경우이다.

## 2. 세분화 방안의 장점

위에서 제시한 세분화 유형은 토지 지면의 이용정도를 고려한 구분이기 때문에 재산권 제약의 정도에 비례하여 보상방안을 마련하는 데 유용하다. 매장문화재의 공공재적 성격에 비추어 매장문화재의 보존조치가 개인의 재산권에 제약적 효과를 가진다면 그러한 부분은 헌법이 규정하고 있는 문화국가의 원리에 따라 국가적 개입과 조정이 필요한 것이고 재산권 제약의 정도에 비례하여 보상이 이루어져야 할 것이다. 토지지면의 제약정도를 고려한 세분화 방안은 이용상 제약의 정도에 따른 구분이기 때문에 사후적 보상방안을 마련하는데 유용할 것이다.

## 제4절 발굴된 매장문화재 보존조치의 이행

### 1. 보존조치 이행상의 문제점

1.1. 현행 제도는 사업시행자로 하여금 보존조치를 하도록 문화재청에서 보존조치 결정을 내릴 뿐 구체적인 보존조치의 이행방법은 사업시행자로 하여금 제출하도록 규정하고 있다.(법 제14조 제2항, 제3항) 그러나 사업시행자는 문화재보호의 전문가가 아니다. 사업시행자로 하여금 보존조치 자체만을 명할 뿐 보존조치의 이행방법이나 기준을 제시해주지 않는다면 비전문가인 사업시행자로 하여금 매장문화재를 훼손하는 것을 방지하는 것이나 마찬가지일 것이다. 비전문가인 사업시행자가 보존조치만을 명해 받을 때에는 사업시행자가 스스로 보존조치의 방법에 대하여 연구하거나 방법을 모색해야 하는데 이것은 별도의 비용이 들 뿐만 아니라 비전문가인 관계로 문화재보존을 위해 잘못된 방법을 결정할 위험도 존재한다.

1.2. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 현행 제도에서 사업시행자로 하여금 보존조치를 하도록 문화재청에서 보존조치 결정을 내리면서 동시에 사업자에게 전문가의 의견에 근거한 보존조치의 구체적 방식을 결정하고 그것을 이행하기 위한 구체적 이행지침을 함께

내려주어야 할 것이다. 그렇게 이미 결정된 구체적 방식과 이행지침이 있을 때 문화재도 더 잘 보존될 수 있고 문화재에 관한 비전문가인 사업시행자의 고민과 부담도 덜 수 있을 것이다.

## 2. 보존조치 이행의 담보장치

2.1. 현행 제도는 보존조치 이행을 사업시행자에 명할 뿐 사업시행자로 하여금 보존조치 이행을 확실히 담보하는 법적 장치가 결여되어 있다. 사업시행자는 본질적으로 개발에 가치를 부여하고 문화재 보호는 개발의 장애물로 여길 경우가 많다. 그러므로 사업시행자는 개발에만 관심을 둘 뿐 정작 문화재 보호에는 노력을 투입하지 않을 가능성이 높을 것이다. 이러한 상황에서 사업시행자의 선의에만 보존조치 이행을 맡겨두어서는 곤란할 것이다.

2.2. 그러므로 사업시행자가 목적으로 하고 있는 개발사업의 완료가 매장문화재 보존조치의 이행이 없이는 이루어지지 않도록 하는 법적 담보장치가 필요하다. 법과 제도는 인간의 선의에 의존하는 것이 아니라 사회적 필요와 공공목적 달성을 위해 선의와 악의에 상관없이 합리적인 절차와 방법을 통하여 목적달성을 위한 수단을 제공하여야 한다. 이러한 것이 법과 제도의 역할이다.

예컨대 건축물의 경우에 사업시행자가 염두에 두고 있는 것은 건축물의 준공이다. 준공이 완료된 다음에는 보존조치에 관심을 두지 않고 그 이행을 제대로 하지 않을 수도 있을 것이다. 그러므로 사업시행자에게 문화재청에서 보존조치를 명하면서 동시에 합리적 이행기간을 정해 주고 그 것이 이행되지 않을 때에는 일정한 제재를 함과 아울러 궁극적으로는 사업완료가 이루어지지 않도록(예컨대 건축물의 준공이 안된다든지 하는 것) 법적 장치를 정비해야 할 것이다. 왜냐하면 사업시행자가 궁극적으로 바라는 것은 개발사업의 완료에 있고 중간에 부과되는 벌금과 같은 제재는 개발의 경제적 이익에 비해 미소할 수 있어서 보존조치 이행의 실효적 담보장치가 되지 않을 수 있기 때문이다. 그러므로 진정한 보존조치 이행의 담보장치는 보존조치 이행을 개발사업의 완료에 대한 조건으로

설정하는 것이다.<sup>16)</sup> 이러한 장치를 마련하여 보존조치 이행이 먼저 되어야 개발이 완료될 수 있도록 만들어야 문화재보존조치 이행의 실효성을 확보할 수 있다.

## 제5절 보존조치 이후의 문화재 관리

### 1. 보존조치 이후 문화재 관리상의 문제점

매장문화재의 보호는 보존조치만으로 끝나는 것이 아니다. 이후의 관리도 제대로 이루어져야 문화재의 보존조치가 의미를 가진다. 그런데 현재에는 보존조치 이후에 실제적 관리가 이루어지지 않기 때문에 보존조치 자체가 결국은 의미를 가지지 못하고 관리소홀로 문화재가 훼손되는 경우가 많다.

### 2. 관리주체의 지정

이러한 문제점을 해결하기 위해서는 사업시행자에 의한 보존조치가 완료된 이후 문화재청이 관리주체를 명확하게 지정해 주는 것이 필요할 것이다.<sup>17)</sup> 관리주체는 보존조치된 매장문화재를 가장 효과적으로 관리할 수 있는 자로 정하는 것이 타당하다. 다만 문화국가의 원리와 매장문화재의 공공재적 성격에 비추어 보존조치 이후의 관리비용은 원칙적으로 국고에서 지출함이 타당할 것이다.

## 제6절 발굴된 매장문화재 보존제도의 합리화를 위한 법제개선방안

### 1. 현행제도를 유지하면서 이전보존 비중을 높이는 방안

1.1. 현재의 보존조치 시행의 결과를 보면 현지보존의 유형이 85%를 차지한다. 그러나 이러한 보존도 사후적 관리소홀로 인해 결국 문화재 보호의 본래 목적을 달성하지 못하

16) 이러한 아이디어는 2회에 걸친 문화재 관련 전문가 회의에서 전문가들이 제공한 것임을 밝혀 둔다.

17) 이러한 의견도 2회에 걸친 문화재 관련 전문가 회의에서 나온 것임을 밝혀 둔다.

고 있다는 문제점이 지적되고 있다. 그렇다면 오히려 현재의 제도는 제도자체의 문제라기 보다는 현지보존에 과다하게 치중하여 제도를 운영한 결과가 문제를 야기하고 있는 것이 아닌가 하는 의문이 든다.

1.2. 그렇다면 오히려 현재의 틀을 그대로 유지하면서도 이전보존의 비중을 더 높이는 것이 문화재 보호에도 유리하고 개발에도 더 좋을 수 있을 것이다. 현지보존은 보존조치 자체로 끝나는 것이 아니라 관리의 문제가 뒤따르게 된다. 그런데 현지보존을 해 놓고도 제대로 관리가 되지 않으므로 결국 현지보존을 하고자 한 목적인 원형보존도 달성되지 못하고 마는 것이다. 이럴 것이라면 처음부터 관리가 제대로 이루어질 수 있는 곳으로 이전보존하여 보존과 개발을 모두 조화시키는 것이 더 좋은 방안이 될 수 있을 것이다.

## 2. 현행제도의 틀을 유지하면서 보다 세분화된 보존조치 유형을 마련하는 방안

2.1. 현행 제도를 운영한 결과 현지보존에서 민원이 다수 발생하고 있으므로 이에 대한 세분화를 통해 사유재산권과 문화재보존의 합리화를 꾀하자는 방안이 있을 수 있다.

2.2. 이러한 방안으로 현지보존의 경우를 ① 현지원형보존 ② 현지이용보존 ③ 현지개발보존으로 구분하고 토지이용 내지 개발의 가치와 현지보존의 가치를 정확히 형량하여 보존의 유형을 결정하도록 하는 것이 있을 수 있다. 이러한 제안에 따르면 이미 현지보존의 필요성이 매우 엄격하게 평가되고 개발의 가치와 형량되어야 하기 때문에 자연스럽게 현지보존의 건수가 줄어들면서 다른 한편으로 보존조치를 받는 토지소유자의 입장에서도 합리적인 근거를 제시받을 수 있어 민원이 줄어들게 되는 기대효과가 있다.

## 3. 현지보존의 적정수준에서의 이용

위의 어느 안이 되었든 공통적으로 현지보존은 현지성의 보존 자체에 큰 비중이 두어진 경우로 최소화되어야 할 것이다. 사적 개발의 권리 또한 인정되어야 하므로 개발권에 대한 제한을 최소화하면서 이러한 방향으로 제도를 운영해 가는 것은 개발권과 문화재보

호의 조화를 위해 바람직하다고 할 수 있다. 다만 현지보존 유형의 세분화 방안은 개발과 문화재보존의 형량문제를 보다 정확한 법적 분석의 논리 위에서 진행하는 장점이 있다.

## 제4장

# ● 매장문화재 보호와 사유재산권 보장의 조화

제1절 매장문화재 보존조치에 따른 재산권 제한의 법적 성질

제2절 매장문화재 보존조치에 따른 토지매입제도의 문제점

제3절 매장문화재 보존조치의 유형에 따른 재산권 제한의  
정도와 보상방안

제4절 매장문화재 보존제도와 재산권 보장의 조화를 위한  
법제개선방안



## 제4장

# 매장문화재 보호와 사유재산권 보장의 조화

## 제1절 매장문화재 보존조치에 따른 재산권 제한의 법적 성질

### 1. 재산권의 개념

헌법재판소는 재산권 보장을 규정하고 있는 헌법 제23조 제1항과 공익 등을 고려한 재산권의 사회적 구속성을 규정하고 있는 제2항이 결합하여 비로소 재산권이 입법자에 의하여 내용형성이 된다고 보고 있다.<sup>18)</sup> 그러면서 재산권의 본질적 내용은 “사용·수익권과 처분권”에 있다고 하고 이러한 사용·수익권과 처분권을 부인하게 되는 경우에는 재산권에 대한 침해가 있다고 본다.

### 2. 토지재산권의 특성

재산권이 사회적 구속성을 가지고 있다고 하여 공익적 요소에 의한 재산권의 제약이 모두 일률적으로 같은 것은 아니다. 그러나 토지재산권은 모두가 이용해야 하고 또 생산이

18) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등: “헌법은 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다”, “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다”(제23조 제1항 및 제2항)고 규정함으로써 재산권은 법률로써 규제될 수 있고, 그 행사 또한 일정한 제약을 받을 수 있다는 것을 밝히고 있다.

재산권이 법질서 내에서 인정되고 보호받기 위하여는 입법자에 의한 형성을 필요로 한다. 즉, 재산권은 이를 구체적으로 형성하는 법이 없을 경우에는 재산에 대한 사실상의 지배만 있을 뿐이므로 다른 기본권과는 달리 그 내용이 입법자에 의하여 법률로 구체화됨으로써 비로소 권리다운 모습을 갖추게 된다. 입법자는 재산권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서 헌법상의 재산권보장(헌법 제23조 제1항 제1문)과 재산권의 제한을 요청하는 공익 등 재산권의 사회적 구속성(헌법 제23조 제2항)을 함께 고려하고 조정하여 양 법익이 조화와 균형을 이루도록 하여야 한다.”(말쭉은 필자가 부가함)

자유롭지 못한 측면이 있기 때문에 보다 강한 제약이 부가되는 특성이 있다. 이러한 토지 재산권의 특성과 강한 사회적 구속성에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 밝히고 있다.

“재산권에 대한 제한의 허용정도는 재산권행사의 대상이 되는 객체가 기본권의 주체인 국민 개개인에 대하여 가지는 의미와 다른 한편으로는 그것이 사회전반에 대하여 가지는 의미가 어떠한가에 달려 있다. 즉, 재산권 행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적인 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 정당화된다. 다시 말하면, 특정 재산권의 이용이나 처분이 그 소유자 개인의 생활영역에 머무르지 아니하고 일반국민 다수의 일상생활에 큰 영향을 미치는 경우에는 입법자가 공동체의 이익을 위하여 개인의 재산권을 규제하는 권한을 더욱 폭넓게 가진다고 하겠다.

토지에 대한 재산권은 연속된 공간의 특정부분을 소유하는 등의 권리이므로 그 대상이 되는 토지의 가치는 그 토지가 위치한 지역의 사회적 제반조건에 따라 정해지고, 이용 또한 그 이웃에 있는 다른 토지의 이용과 서로 조화되어야 하는 제약이 따를 수밖에 없는 특성이 있다.

그런데 토지는 원칙적으로 생산이나 대체가 불가능하여 공급이 제한되어 있고, 우리나라의 가용토지면적은 인구에 비하여 절대적으로 부족한 반면에, 모든 국민이 생산 및 생활의 기반으로 토지의 합리적인 이용에 의존하고 있으므로, 그 사회적 기능에 있어서나 국민경제의 측면에서 다른 재산권과 함께 다룰 수 있는 성질의 것이 아니므로 공동체의 이익이 보다 강하게 관철되어야 한다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357 참조).”<sup>19)</sup> (밑줄은 필자)

따라서 매장문화재의 존재 기반이 되는 토지재산권에 관하여도 공공재의 기능과 가치를 지니는 매장문화재의 보존조치로 인한 토지재산권의 제약은 마찬가지로 상당부분 입법자에 의한 형성의 자유가 큰 영역이라고 할 수 있고 입법자가 부과하는 제약을 상대적으로 넓은 범위에서 수용하여야 하는 것이다.

19) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등.

### 3. 매장문화재 보존조치로 인한 재산권 제한의 법적 성질

3.1. 매장문화재에 대한 보존조치가 내려질 경우 토지재산권은 그 사용의 측면에서 제한을 받는다. 이러한 제한의 법적 성질이 무엇인지 문제된다. 헌법재판소는 재산권의 본질적 내용을 사용·수익권과 원칙적 처분권에 있다고 보고 있다.<sup>20)</sup> 그런데 매장문화재에 대한 보존조치가 내려진 경우에도 해당 토지에 대한 재산권은 처분이 가능하므로 이 부분에 대한 제한은 없고 다만 그 사용·수익권의 측면에만 제한가능성이 있을 뿐이다.

3.2. 헌법재판소는 유사한 경우인 그린벨트설정으로 인한 토지재산권의 제한을 다른 사건에서 “구역지정으로 인하여 ① 예외적으로 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 ② 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익의 길이 없는 경우에는 토지의 소유권은 이름만 남았을 뿐 알맹이가 없는 것이므로 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로 보아야 한다”는 견해를 제시하였다.<sup>21)</sup> 그러면서 ① 나대지의 경우와 ② 농지라도 종래의 용도대로 사용수익할 수 없는 경우에는 토지재산권에 대한 사회적 제약을 넘는 과도한 부담이 부과되는 경우라고 보았고<sup>22)</sup>, 이에 대하여는 조정적 보상이 이루어져야 합헌으로 된다고 판시하였다.<sup>23)</sup>

20) 김태오, 현대적 재산권의 본질과 한계에 관한 연구 - 공법상 권리의 재산권성을 중심으로 -, 서울대학교 대학원 법학과 행정법전공 법학박사학위논문, 2011. 8. 76-80쪽은 헌법재판소의 이러한 판시내용을 토대로 하여 우리 헌법상 재산권의 개념표지로 ① 배타성 ② 사적 유용성 ③ 처분권한 ④ 재산적 가치 있는 이익의 네가지를 추출할 수 있다고 하면서도 역시 ②와 ③의 표지를 핵심적인 개념요소로 보고 있어 참고가 된다.

21) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등.

22) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등.

23) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등: “이 사건 법률조항에 의한 재산권의 제한은 개발제한구역으로 지정된 토지를 원칙적으로 지정 당시의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따라 사용할 수 있는 한, 재산권에 내재하는 사회적 제약을 비례의 원칙에 합치하게 합헌적으로 구체화한 것이라고 할 것이나, 종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에도 아무런 보상없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다할 것이다.

따라서 입법자가 이 사건 법률조항을 통하여 국민의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는, 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다. 이러한 보상규정은 입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 재산권을 제한하는 과정에서 이를 합헌적으로 규율하기 위하여 두어야 하는 규정이다. 재산권의 침해와 공익간의 비례성을 다시 회복하기 위한 방법은 헌법상 반드시 금전보상만을 해야 하는 것은

3.3. 매장문화재 보존조치로 인한 토지재산권 제한의 경우에도 마찬가지로 볼 수 있다.

① 현지원형보존의 경우에는 그 지목이 대지이든 농지이든 종래의 용도대로 사용할 수 없는 경우가 대부분일 것이고 이러한 경우에는 토지재산권에 대한 사회적 제약을 넘는 과도한 부담이 부과되는 경우라고 할 수 있다.

② 반면 현지이용보존이나 현지개발보존은 각각 그 지목대로 이용이 가능한 경우이며 이전보존의 경우에도 그러하므로 토지재산권에 대한 사회적 제약을 넘는 과도한 부담이 발생하지 않는 경우로 판단할 수 있다.

## 제2절 매장문화재 보존조치에 따른 토지매입제도의 문제점

### 1. 토지매입제도

1.1. 「매장문화재법」 제26조는 매장문화재에 대한 보존조치가 내려질 경우 그로 인하여 개발사업이 이루어질 수 없게 된 경우 국가 또는 지방자치단체는 해당토지를 매입할 수 있도록 하는 토지매입제도를 규정하고 있다.

#### 제26조(문화재 보존조치에 따른 토지의 매입)

- ① 제14조에 따른 문화재 보존조치로 인하여 개발사업의 전부를 시행 또는 완료하지 못하게 된 경우 국가 또는 지방자치단체는 해당 토지를 매입할 수 있다. 다만, 국가 또는 지방자치단체나 대통령령으로 정하는 법인이 시행하는 건설공사인 경우에는 제외한다.
- ② 제1항에 따른 토지 매입의 방법과 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

아니다. 입법자는 지정의 해제 또는 토지매수청구권제도와 같이 금전보상에 갈음하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 여러 가지 다른 방법을 사용할 수 있다. 즉, 입법자에게는 헌법적으로 가혹한 부담의 조정이란 ‘목적’을 달성하기 위하여 이를 완화·조정할 수 있는 ‘방법’의 선택에 있어서는 광범위한 형성의 자유가 부여된다.”(밑줄은 필자가 부기)

그러나 이는 임의적 매입제도이어서 실효성이 반감되고 그마저도 개발사업의 전부를 시행 또는 완료하지 못하게 된 경우에 한정되어 요건상 제약이 심할 뿐만 아니라 재원부족으로 인한 현실적 한계도 있다.

1.2. 현재의 임의적 토지매입제도에 대해서 그 요건을 살필 때에는 ‘문화재 보존조치로 인하여 개발사업의 전부를 시행 또는 완료하지 못하게 된 경우’의 요건설정이 꼭 필요할지도 의문이다. 이를 통해 현지보존이 이루어진 경우를 의도하고자 한 측면은 있으나, 개발사업의 전부를 시행하지 못한 경우로 한정되어 있어 토지매입을 회피하기 위한 의도가 현저하며 그마저도 임의적 매입이기 때문에 별다른 의의를 가지지 못하기 때문이다.

## 2. 조정적 보상제도

2.1. 매장문화재 보존조치로 인한 토지재산권 제한의 형태에 관하여 앞에서 살펴본 바에 따르면 보존조치로 인하여 토지를 용도대로 전혀 사용하지 못하는 경우에는 토지재산권에 대한 조정적 보상이 이루어져야 한다. 따라서 현지원행보존의 경우에는 토지의 용도대로의 사용이 이루어질 수 없는 경우가 대부분으로 이러한 경우에는 조정적 보상이 이루어져야 재산권제한의 비례원칙에 부합하게 된다. 따라서 이러한 경우에 대하여 임의적 토지매입제도는 부당한 것이다. 토지소유자에게 선택권을 주어 금전보상 또는 토지매수청구권을 부여하는 것이 합리적일 뿐만 아니라 합헌적인 제도인 것이다.<sup>24)</sup>

2.2. 매장문화재 보존조치로 인한 토지재산권 제한의 형태에 관하여 위 유형과 다른 기타의 유형들은 모두 토지를 종래의 용도대로 사용할 수 있는 경우이므로 이에 대하여 조정적 보상이 이루어 질 필요가 없다. 따라서 이에 대하여는 금전보상 또는 토지매수청구권을 부여할 필요가 없다.

24) 재산권 법도그마틱에서는 이미 재산권의 존속보장이 재산권의 가치보장보다 우위에 놓여 있다는 사실이 인정되고 있다. 김태오, 현대적 재산권의 본질과 한계에 관한 연구 - 공법상 권리의 재산권성을 중심으로 -, 서울대학교 대학원 법학과 행정법전공 법학박사학위논문, 2011. 8. 270쪽. 그러므로 조정적 보상을 통해 가치보상을 통한 재산권의 가치보장을 추구함으로써 합헌적인 재산법질서의 형성을 의도하는 경우에도 존속적 형태의 보장상태의 유지를 원하는 소유권자의 의사를 무시해선 안된다. 그러므로 토지소유자에게 선택권을 부여하는 것이 합당하다.

2.3. 토지매수청구권이 인정될 경우에 그 매수예산 확보가 문제가 될 수 있지만 이는 위험적 내용의 재산권제한을 합헌적으로 회복하기 위해 반드시 이루어져야 하는 조정적 보상의 한 내용이고, 문화국가원리에 비추어 문화재의 보호를 위해 더 많은 사회적 비용 지출과 노력이 투입되어야 함이 타당하므로 필수적으로 이를 확보하여야 할 성질의 것이라고 할 수 있다.<sup>25)26)</sup>

### 제3절 매장문화재 보존조치의 유형에 따른 재산권 제한의 정도와 보상방안

#### 1. 재산권 제한의 구분에 비례하는 보상방안

1.1. 제도개선방안을 제시함에는 비례적 사고가 중요하다. 이는 우선 기본권제한을 최소화하기 위함이고 헌법상 과잉금지원칙 또는 비례원칙의 표현이기도 하다. 공익적 사유를 이유로 기본권은 제한될 수 있지만 꼭 필요한만큼만 제한되어야 하며 재산권이 제한될 수 있더라도 그에 상응하는 보상이 주어질 수 있다면 그러한 제한은 합헌적으로 수인될 수 있는 것이다.

1.2. 앞에서 제시한 토지지면의 이용제한에 따른 구분이 여기에서 활용하여 다음과 같은 내용의 보상방안을 제시할 수 있다.

25) 문화재 보존조치에 따른 규율을 합헌적으로 운영하기 위해서는 토지 매수청구권을 인정해야 한다는 견해를 제시하면서 아울러 채권보상제를 도입함에 의해서 토지매입을 위한 재정부담을 완화할 수 있다고 보는 견해로 우성기, “문화재의 지속가능한 보호를 위한 법제의 개선방안”, 행정법연구, 제31호, 행정법이론실무학회, 2011. 12, 16-17쪽. 위 견해는 일본에서 「고도에 있어서 역사적 풍토의 보존에 관한 법률」과 「도심녹지보존법」에서 문화재보호를 위한 공용제한의 경우 재산권에 내재하는 사회적 제약을 넘는 경우의 손실보상 방법으로 매수청구권과 불허가 보상제도 등을 두고 있다는 것을 지적한다. 또한 문화재 관련법에도 조정적 보상제도 도입이 필요하다는 의견으로 김민섭, “문화재보호법상 손실보상”, 법학논총, 제26권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2013. 10, 71-76쪽.

26) 문화재 보호를 위한 재원조달의 원활화를 위해 가칭 매장문화재 기금제도 도입을 주장하는 견해도 있다. 이에 대하여는 허수중, “매장문화재 보호제도의 개선방안”, 중앙법학, 제4집 제2호, 2002. 9, 242-245쪽.

- ① **현지원형보존**에서는 재산권의 목적대로의 사용이 불가능하므로 이에 대해서는 조정적 보상 또는 그에 갈음하는 매수청구권을 인정함이 타당하다. 다만 이는 선택적으로 토지소유권자에게 부여되는 것이므로 그가 매수청구권을 행사하기 이전까지는 세금감면 혜택을 부여함이 타당하다. 다만 이러한 세금감면은 현재 지정문화재에 대해서만 부여되고 있어 이 부분에 대한 검토가 추가적으로 필요하다.
- ② **현지이용보존**은 재산권의 용도대로 이용은 가능하므로 이에 대해 매수청구권을 인정할 필요가 없다. 아울러 용도대로의 이용이 가능한 경우이므로 세금감면혜택을 부여할 필요도 없을 것이다. 다만 현지이용보존은 토지소유자가 특별히 적극적으로 개발행위를 하는 경우는 아니어서 원인자부담의 경우가 아니면서 보존의무를 부담하므로 보존조치 및 관리가 필요한 경우 관련 비용을 지원할 필요는 있다.
- ③ **현지개발보존**은 재산권의 용도대로 이용이 가능하므로 이에 대해 매수청구권을 인정할 필요가 없다. 또한 역시 용도대로 이용이 가능한 경우이므로 세금감면혜택도 부여할 필요가 없다. 개발로 인해 보존조치가 필요한 경우 이는 원인자부담의 원칙이 적용되어야 하므로 사업시행자가 부담하되 다만 보존조치 이후의 관리 비용에 대하여는 지원할 필요가 있다.
- ④ 한편 **이전보존**의 경우는 개발이 되므로 토지소유권자에게 토지재산권에 대한 직접적 제약이 가해지는 것은 아니지만 개발을 위해 이전보존의 의무를 부담하고 이를 이행해야 하므로 이에 대한 비용부담이 문제가 된다. 이에 대해서는 본래의 원칙대로 ‘원인자부담의 원칙’이 적용되어야 한다. 그러나 예외적으로 문화재보호의 이념에 따라 그리고 문화재의 중요성과 사업시행자의 자력을 고려하여 국가에서 일부 이전 비용을 지원할 수는 있도록 해야 한다. 그러나 보존조치 이후의 관리 비용은 문화재의 공공재적 성격을 고려하여 국가에서 지원하여야 할 것이다.

## 2. 문화재에 대한 세금감면제도

2.1. 현재 문화재에 대한 세금감면을 받기 위해서는 ‘지정’ 문화재이어야 한다.<(지방세 특례제한법> 제55조)

### 「지방세특례제한법」

제55조(문화재에 대한 감면) ① 「문화재보호법」에 따라 사적으로 지정된 토지(소유자가 사용·수익하는 사적지는 제외한다)에 대해서는 재산세(「지방세법」 제112조에 따른 부과액을 포함한다)를 면제한다. 다만, 수익사업에 사용하는 경우와 해당 재산이 유료로 사용되는 경우의 그 재산 및 해당 재산의 일부가 그 목적에 직접 사용되지 아니하는 경우의 그 일부 재산에 대해서는 면제하지 아니한다.

② 「문화재보호법」에 따른 문화재에 대해서는 다음 각 호에 따라 재산세를 감면한다.

1. 「문화재보호법」 제23조제2항에 따른 문화재(국가무형문화재는 제외한다)로 지정된 부동산에 대해서는 재산세(「지방세법」 제112조에 따른 부과액을 포함한다. 이하 이 항에서 같다)를 면제하고, 같은 법 제27조에 따라 지정된 보호구역에 있는 부동산에 대해서는 재산세의 100분의 50을 경감한다. 이 경우 지방자치단체의 장이 해당 보호구역의 재정여건 등을 고려하여 100분의 50의 범위에서 조례로 정하는 율을 추가로 경감할 수 있다.
2. 「문화재보호법」 제53조제1항에 따라 등록된 문화재와 그 부속토지에 대해서는 재산세의 100분의 50을 경감한다.

그런데 보존조치된 매장문화재는 지정문화재가 아니다. 그러므로 보존조치를 통해 재산권의 목적대로의 사용수익이 전혀 불가능함에도 세금감면조차 받지 못하는 불평등이 존재한다.<sup>27)</sup>

2.2. 이를 시정하기 위해서는 현재의 현지보존에 대한 유형세분화를 통해 현지보존 가운데 진정한 현지보존이라고 할 수 있는 ‘현지원형보존’을 구분해내고 이 유형에 대해서 토

27) 우리나라 「문화재보호법」은 지정제도에 의한 중점보호주의를 취하고 있다는 특징을 가지고 있고 이것은 문화재관리의 효율성을 높이기 위해 문화재의 중요성에 따라 차별화하여 집중적으로 보존함을 목적으로 하는 것으로서 지정된 것에 대해서는 실태파악도 쉽고 보존시책을 세우기 쉬운 이점이 있지만 문화재에 대한 가치판단을 피할 수 없고 비지정문화재에 대한 보호가 거의 이루어지지 않는 단점이 있다는 지적이 있다. 이에 프랑스와 이탈리아 등은 원칙적으로 지정제도를 취하고 있지만, 영국이나 북유럽제국은 대상물건을 모두 대장에 등록하고 그 중 파괴, 멸실 등의 위험이 발생한 것에 대해서는 강한 보호시책을 취한다는 대장주의(臺帳主義)를 취하고 있다고 한다. 박정희, “문화재보호의 법리에 관한 연구”, 법학연구, 제31집, 한국법학회, 2008. 8, 88쪽.

지재산권의 사용·수익제한에 상응하는 세금감면의 혜택을 부여하는 것이 타당하다. 이를 위해서는 이 ‘현지원형보존’ 매장문화재를 ‘지정’문화재가 되도록 하는 방법과 「지방세특례제한법」 제55조에 「매장문화재법」에 따른 ‘현지원형보존’에 대해서도 ‘지정문화재’와 같은 취급을 받을 수 있도록 조항을 개정하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 요건상으로는 후자가 더 간명해 보이지만 후자는 기획재정부와의 협의가 있어야 한다는 점에서 어려움이 있고, 전자는 그러한 협의가 없어도 되므로 문화재청 스스로 할 수 있는 것이지만 현재의 문화재 구분체계에 일정한 변화를 가져오는 것이므로 역시 쉬운 일은 아닐 것이다.

## 제4절 매장문화재 보존제도와 재산권 보장의 조화를 위한 법제개선 방안

### 1. 조정적 보상제도로서의 토지매수청구권

현재의 임의적 토지매입제도에 갈음하여 현지원형보존조치가 이루어진 경우에는 토지 소유자에게 토지매수청구권을 인정함이 타당하다. 이를 위해서는 「매장문화재법」 제26조를 다음과 같이 개정하면 될 것이다.

현행	개정안
<p>제26조(문화재 보존조치에 따른 토지의 매입)</p> <p>① 제14조에 따른 문화재 보존조치로 인하여 개발사업의 전부를 시행 또는 완료하지 못하게 된 경우 국가 또는 지방자치단체는 해당 토지를 매입할 수 있다. 다만, 국가 또는 지방자치단체나 대통령령으로 정하는 법인이 시행하는 건설공사인 경우에는 제외한다.</p> <p>② 제1항에 따른 토지 매입의 방법과 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p>	<p>제26조(문화재 보존조치에 따른 토지매수청구권)</p> <p>① 제14조에 따른 현지원형보존조치로 인하여 토지의 목적대로의 사용이 불가능하거나 실질적인 사용·수익을 전혀 할 수 없는 경우에는 토지소유자는 국가 또는 지방자치단체에 해당 토지를 매입할 것을 청구할 수 있다.</p> <p>② 제1항에 따른 토지매수청구권의 행사방법과 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p>

## 2. 현지원형보존조치된 매장문화재에 대한 세금감면

현지원형보존조치된 매장문화재에 대해서는 지정문화재에 준하여 세금감면의 혜택을 부여함이 타당하다. 다만 그 혜택의 부여는 이 유형의 매장문화재에 대해 토지소유자가 매수청구권을 행사하여 그것이 실현되기 이전까지에 한한다. 다만 현지원형보존조치된 매장물은 대개 유적형태일 경우가 많아 그 태양이 사적과 유사하고, 그 사용수익이 거의 전면적으로 제한받는다라는 측면을 고려하여 재산세를 전액 면제하여야 할 것이다. 따라서 ‘사적지로 지정된 토지’와 유사하게 규정하여 「지방세특례제한법」 제55조를 다음과 같이 개정하면 될 것이다.

현행	개정안
<p><b>「지방세특례제한법」</b>  <b>제55조(문화재에 대한 감면)</b> ① 「문화재보호법」에 따라 사적지로 지정된 토지(소유자가 사용·수익하는 사적지는 제외한다)에 대해서는 재산세(「지방세법」 제112조에 따른 부과액을 포함한다)를 면제한다. 다만, 수익사업에 사용하는 경우와 해당 재산이 유료로 사용되는 경우의 그 재산 및 해당 재산의 일부가 그 목적에 직접 사용되지 아니하는 경우의 그 일부 재산에 대해서는 면제하지 아니한다.</p> <p>② 「문화재보호법」에 따른 문화재에 대해서는 다음 각 호에 따라 재산세를 감면한다.</p> <p>1. 「문화재보호법」 제2조제2항에 따른 문화재(국가무형문화재는 제외한다)로 지정된 부동산에 대해서는 재산세(「지방세</p>	<p><b>「지방세특례제한법」</b>  <b>제55조(문화재에 대한 감면)</b> ① 「문화재보호법」에 따라 사적지로 지정된 토지(소유자가 사용·수익하는 사적지는 제외한다)와 「매장문화재법」에 따라 <u>현지원형보존조치된 매장물로 인하여 사용·수익이 완전히 제한되는 토지</u>에 대해서는 재산세(「지방세법」 제112조에 따른 부과액을 포함한다)를 면제한다. 다만, 수익사업에 사용하는 경우와 해당 재산이 유료로 사용되는 경우의 그 재산 및 해당 재산의 일부가 그 목적에 직접 사용되지 아니하는 경우의 그 일부 재산에 대해서는 면제하지 아니한다.</p> <p>② 「문화재보호법」에 따른 문화재에 대해서는 다음 각 호에 따라 재산세를 감면한다.</p> <p>1. 「문화재보호법」 제2조제2항에 따른 문화재(국가무형문화재는 제외한다)로 지정된 부동산에 대해서는 재산세(「지방세</p>

현행	개정안
<p>법」 제112조에 따른 부과액을 포함한다. 이하 이 항에서 같다)를 면제하고, 같은 법 제27조에 따라 지정된 보호구역에 있는 부동산에 대해서는 재산세의 100분의 50을 경감한다. 이 경우 지방자치단체의 장이 해당 보호구역의 재정여건 등을 고려하여 100분의 50의 범위에서 조례로 정하는 율을 추가로 경감할 수 있다.</p> <p>2. 「문화재보호법」 제53조제1항에 따라 등록된 문화재와 그 부속토지에 대해서는 재산세의 100분의 50을 경감한다.</p>	<p>법」 제112조에 따른 부과액을 포함한다. 이하 이 항에서 같다)를 면제하고, 같은 법 제27조에 따라 지정된 보호구역에 있는 부동산에 대해서는 재산세의 100분의 50을 경감한다. 이 경우 지방자치단체의 장이 해당 보호구역의 재정여건 등을 고려하여 100분의 50의 범위에서 조례로 정하는 율을 추가로 경감할 수 있다.</p> <p>2. 「문화재보호법」 제53조제1항에 따라 등록된 문화재와 그 부속토지에 대해서는 재산세의 100분의 50을 경감한다.</p>



korea  
legislation  
research  
institute

## 제5장

### 결론



## 제5장

## 결론

1. 오늘날 재산권보장은 절대적인 것이 아니라 사회적 구속을 받는 상대적인 것으로 바뀌었고 헌법 제9조에 규정된 전통문화의 계승·발전에 관한 문화국가원리 조항은 토지재산권의 행사에 사회적 구속의 한 요소로 기능할 수 있다. 이에 따라 과거와 현재의 ‘경제적 개발 패러다임’은 이제 ‘문화적 개발 패러다임’으로 변화되어야 한다.

2. 개발은 경제적 가치를 증진시키는 행위이고 우리 생활에 필요하지만 그것은 이제 문화적 가치와 조화를 이뤄야 한다. 매장문화재 보호의 가치와 토지재산권의 개발 가치는 상호충돌될 수 있고 양자의 조정을 위해서는 두개의 가치가 엄밀하게 상호형량되어야 한다. 매장문화재를 둘러싼 토지의 개발을 상정할 때 토지지면의 개발가치와 개발정도를 구분하고 이를 매장문화재의 현지성 보존의 가치와 상호 형량함에 의하여 현재의 ‘현지보존’과 ‘이전보존’의 두 가지 단순한 유형은 다음과 같이 보다 세분화할 수 있다. 다만 이러한 세분화는 현지보존유형의 세분화에 초점이 맞추어져 있다.

- ① 현지성 보존의 가치가 개발의 가치를 압도하는 경우인 현지원형보존;
- ② 현지성 보존의 가치가 중요하지만 비개발적 이용이 가능한 경우인 현지이용보존;
- ③ 현지성 보존의 가치가 중요하지만 저장도 개발을 하면서도 보존이 가능한 경우인 현지개발보존;
- ④ 개발과 현지성 보존이 양립할 수 없는 경우로서 고강도 개발의 경우이면서 동시에 개발의 가치가 현지성 보존의 가치를 압도하는 경우이지만 여전히 보존의 가치는 있는 경우인 이전보존.

3. 이러한 보존조치유형의 세분화는 재산권제한에 상응하는 보상체계의 수립에도 연결될 수 있다. 재산권의 본질적 내용은 사용·수익권과 원칙적 처분권의 보장인데 현지원형보존의 경우에는 사용·수익권이 거의 또는 완전히 제한되므로 이러한 경우에 대해서는 그린벨트 사건 결정에서 헌법재판소가 제시한 바와 같은 조정적 보상이 이루어져야 하는 경우이다. 따라서 조정적 보상의 하나로서 토지소유자에게 매수청구권을 인정함이 타당하고, 매수청구권이 실현되기 이전에는 사적지정의 경우에 준하여 재산세를 면제해주는 것이 타당하다.

현재의 임의적 토지매입제도는 토지재산권의 제약정도에 비해 너무나 미약한 구제제도이고 헌법에도 부합하지 않는다. 따라서 토지매수청구권과 같이 보다 더 강화된 보상제도를 도입하는 것이 필요하고 이를 통하여 매장문화재의 보존과 개발이 조화를 이루는 문화적 개발 패러다임이 실현될 수 있으며 아울러 문화재보호와 재산권보장이 조화를 이루면서 재산권의 사회적 구속성이 헌법적 한계를 넘지 않는 적절한 범위에서 구현될 것을 기대할 수 있게 될 것이다.

korea  
legislation  
research  
institute

**참고문헌**



## 참고문헌

### 1. 문헌

국립문화재연구소, 한국 매장문화재 조사연구방법론1, 학연문화사, 2008.

김주삼, 문화재의 보존과 복원, 책세상, 2014.

김창규, 문화재보호법각론, 개정판, 동방문화사, 2013.

김태오, 현대적 재산권의 본질과 한계에 관한 연구 - 공법상 권리의 재산권성을 중심으로 -, 서울대학교 대학원 법학과 행정법전공 법학박사학위논문, 2011. 8.

도중필, 문화재정책개론, 민속원, 2009.

박광무·김창규 외 7인, 문화정책의 역사적 변동과 전망, 문우사, 2015.

(사)한국헌법학회, 헌법주석 [II], 박영사, 2013.

이인재 편, 2011 매장문화재법의 두 가지 현안과 대안, 혜안, 2011.

장호수, 문화재보존·활용론, 민속원, 2012.

최민정, 매장문화재 보호정책의 어제와 오늘, 진인진, 2016.

한국고고학회·(사)한국매장문화재협회, 매장문화재의 합리적인 보존과 활용방안, 2015.

가와무라 쓰네아키 외 지음, 이흥재 옮김, 문화재 정책개론, 논형, 2007.

문화재청·한국법제연구원 연구용역 보고서, 「매장문화재 보호 및 조사에 관한 법령 및 관련규정 정비 방안 연구」, 2014.

「보존조치유적 제도개선 모색을 위한 워크숍」 자료집, 한국고고학회·(사)한국매장문화재협회, 2015. 1. 28

윤광진·이순태·조영기·조용준·장경호, 「매장문화재 발굴제도 개선에 관한 입법 평가」, 한국법제연구원, 2010.

충청남도역사문화연구원 연구용역 보고서, 「발굴조사에 따른 유적보존 지정기준안 마련」, 한국문화재조사연구기관협회 판권소유, 2009. 11.

양태진, 「제주특별자치도 카지노업의 관리감독 개선을 위한 법제분석」, 한국법제연구원, 2016.

김민섭, “문화재보호법상 손실보상”, 법학논총, 제26권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2013. 10, 39-82쪽.

박정희, “문화재보호의 법리에 관한 연구”, 법학연구, 제31집, 한국법학회, 2008. 8, 77-96쪽.

우성기, “문화재의 지속가능한 보호를 위한 법제의 개선방안”, 행정법연구, 제31호, 행정법이론실무학회, 2011. 12, 1-22쪽.

이학춘, “법체계적 관점에서의 문화재 관련 법규의 재검토”, 법학연구, 제20집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2017. 6, 129-157쪽.

최철호, “문화재보호와 손실보상”, 공법학연구, 제12권 제1호, 한국비교공법학회, 381-408쪽.

허수중, “매장문화재 보호제도의 개선방안”, 중앙법학, 제4집 제2호, 2002. 9, 231-252쪽.

## 2. 법령

「매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률」

「매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률 시행령」

「매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률 시행규칙」

「발굴조사의 방법 및 절차 등에 관한 규정」 (문화재청고시 제2016-23호)

「문화재보호법」

현안분석 2017-10  
발굴된 매장문화재 보존조치 법령 개선방안 연구

2017년 11월 15일 인쇄  
2017년 11월 15일 발행

발행인 | 이 익 현

발행처 | 한국법제연구원  
세종특별자치시 국책연구원로 15  
(반곡동, 한국법제연구원)  
전화 : (044)861-0300

등록번호 | 1981.8.11. 제2014-000009호

홈페이지 | <http://www.klri.re.kr>

값 5,500원

1. 본원의 승인없이 전재 또는 역재를 금함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN : 978-89-6684-823-2 93360

**KLRI** KOREA LEGISLATION  
RESEARCH INSTITUTE



값 5,500원