

# 문화재보호구역지정처분무효확인

[대법원 1993. 6. 29. 선고 91누6986 판결]

## 【판시사항】

구 문화재관리법(1982.12.31. 법률 제3644호로 전문 개정되기 전의 것)하의 지방문화재에 대한 보호구역 지정처분이 행정처분인지 여부(적극)

## 【판결요지】

구 문화재관리법(1982.12.31. 법률 제3644호로 전문 개정되기 전의 것)하의 지방문화재에 대한 보호구역 지정처분은 보호구역 내에 있는 토지소유자에 대하여 권리행사의 제한 또는 의무부담을 주는 행정처분에 해당한다.

## 【참조조문】

구 문화재관리법 (1982.12.31. 법률 제3644호로 전문 개정되기 전의 것) 제11조, 제54조의2 제2항, 제58조의8, 행정소송법 제2조

## 【전문】

【원고, 상고인】

【피고, 피상고인】

서울특별시장 소송대리인 변호사 신영무

【원심판결】

서울고등법원 1991.6.14. 선고 90구21379 판결

【주 문】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이 유】

상고이유에 대하여 본다.

1. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 구 문화재관리법(1962.1.10. 법률 제961호로 제정되어 1982.12.31. 법률 제3644호로 전면 개정되기 전의 것, 이하 구법이라고 함) 제11조에는 문화공보부장관은 지정문화재의 보호구역을 지정할 수 있다고 규정하고 있고, 구법 제54조의2 제2항에 의하여 제정된 구 서울특별시 지방문화재보호조례(1971.1.13. 조례 제654호, 이하 구조례라고 함) 제7조에는 서울특별시장은 지방문화재의 보호구역을 지정할 수 있다고 규정하여 그 지정에 관한 규정들은 두고 있으나, 그 지정의 효과에 관하여는 구법 제58조의8에서 지정문화재의 보호구역 내에 있는 토지에 대한 수용과 사용에 관하여는 토지수용법을 준용한다는 규정뿐이고 그 이외에 구법이나 구조례에서 아무런 규정을 두고 있지 않고, 구법 제58조의 8의 규정은 보호구역 지정만으로 그 구역 내에 있는 토지에 대하여 수용과 사용을 할 수 있다는 취지는 아니고 만약 수용과 사용을 할 경우 토지수용법의 규정을 따른다는 취지일 뿐이므로 위 규정만으로는 보호구역 내에 있는 토지소유자의 권리행사에 어떠한 제한을 가한 것이라고 볼 수 없고, 또한 1982. 12. 31. 법률 제3644호로 전면 개정된 문화재보호법(이하 신법이라고 함)에서는 제20조 제4호, 제25조, 제27조 등이 문화재 뿐만아니라 보호구역에 대하여도 적용되도록 규정하고 있고, 제75조 제1항에서 지방자치단체의 장은 문화재의 보존, 관리를 위하여 필요한 경우 보

호구역 내에 있는 토지 등을 수용, 사용할 수 있다고 규정하고 있어, 신법에 의한 보호구역의 지정은 국민의 권리행사의 제한이나 의무부담을 가하는 처분이라고 할 것이지만, [신법 부칙 제3조](#)에서 종전의 규정에 의한 지정문화재는 신법에 의한 국가지정문화재로, 지방문화재는 시, 도지정문화재로 각 지정된 것으로 본다고 규정하고 있을 뿐 그 보호구역에 대하여는 아무런 경과규정이 없는데다가 신법에서는 구법에 없는 보호구역 지정으로 인한 새로운 권리행사제한 및 의무부담의 규정을 두고 있으므로 구법 적용시의 보호구역 지정은 당연히 신법하에서도 그 지정이 있는 것으로 간주할 수 없으므로, 구법하에서 이루어진 이 사건 보호구역 지정처분은 구법상의 지정처분의 효과 밖에 없고 따라서 이 사건 지정처분은 국민에게 아무런 권리의무 변동의 효력을 발생시키지 않는 행위라 할 것이어서 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하여 원고의 이 사건 소를 각하하였다.

2. 그러나 “지정문화재의 보호구역 내에 있는 토지에 대한 수용과 사용에 관하여는 토지수용법을 준용한다”고 규정한 [구법 제58조의8](#)은 보호구역 내에 있는 토지를 수용과 사용을 할 경우 토지수용법의 규정을 따른다는 취지만을 규정한 것이 아니라 문화재의 보존과 관리를 위하여 보호구역 내에 있는 토지를 수용 또는 사용할 수 있고, 그 경우에 수용 및 사용의 절차나 그 보상에 관하여는 토지수용법을 준용한다는 취지의 규정이라고 해석된다. 따라서 [구법 제58조의8](#)은 문화재의 보존, 관리를 위한 사업이 [토지수용법 제3조 제8호](#)소정의 “기타 다른 법률에 의하여 토지를 수용 또는 사용할 수 있는 사업”에 해당하여 보호구역 내의 토지를 수용 또는 사용할 수 있다는 근거가 되는 것으로 보아야 할 것이다. 위 규정을 위와 같이 해석하지 않고 원심과 같이 보호구역 내의 토지를 수용 또는 사용할 경우 토지수용법의 규정을 따른다는 취지일 뿐이라고 해석한다면, 보호구역 내의 토지를 수용 또는 사용할 필요가 있는 경우에도 그 사업이 [토지수용법 제3조 제1호 내지 제7호](#)의 공익 사업에 해당하여야만 수용 또는 사용할 수 있게 되며, 설사 이에 해당되어 토지의 수용 또는 사용이 가능하다고 하더라도 이 경우에는 수용 또는 사용의 절차와 그 보상 등에 관하여는 당연히 토지수용법이 적용되는 것이기 때문에 위 조항은 아무런 의미가 없게 된다.

그러므로 구법 적용 아래에서도 보호구역 내의 토지의 소유자는 [구법 제58조의8](#)의 규정에 의하여 보호구역 지정으로 권리행사에 제한을 받게 된다고 보아야 할 것이다.

한편, [신법 부칙 제3조](#)에는 구법에 의한 지정문화재 및 지방문화재는 신법에 의하여 국가지정문화재 및 시, 도 지정문화재로 각 지정된 것으로 본다고만 규정하고 있고, 구법 적용 아래에서 지정된 보호구역에 대한 경과규정은 없지만, 보호구역이란 당해 문화재의 보존 및 관리를 위하여 지정되는 것으로 그 지정처분은 문화재 지정에 부수되는 처분이므로 구법에 의한 지정문화재 및 지방문화재를 신법에 의하여 국가지정문화재 및 시, 도 지정문화재로 지정된 것으로 본다고 규정하고 있는 이상 해당 문화재의 보존 및 관리를 위하여 구법 적용 아래서 지정된 보호구역은 신법에 의하여 보호구역으로 지정된 것으로 보아야 할 것이고, [신법 제20조 제4호](#)(현상 변경 및 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위시의 문화공보부장관의 허가 규정), [제25조](#)(문화재 관리, 보호상 필요시의 문화공보부장관의 행정명령), [제27조](#)(문화재 현상 변경시의 문화공보부장관에의 신고의무)등에서 국가지정문화재의 보호구역에 대한 권리행사제한 및 의무부담을 규정하고 있고 이 규정들은 [신법 제58조 제2항](#)에 의하여 시, 도지정문화재에 준용하도록 규정하고 있으므로, [구법 및 신법은 모두 지방문화재(시, 도 지정문화재)에 대한 보호구역 지정에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 않으나, 보호구역의 지정이 당해 문화재의 보존 및 관리를 위한 부수적인 처분이라는 점, 문화재의 보존 및 관리에 지정문화재(국가지정문화재)와 지방문화재(시, 도지정문화재)의 차이가 없는 점, 또한 신법에서 시, 도지정문화재에 대하여도 보호구역에 관

한 권리행사의 제한규정을 준용하고 있고, 또 [신법 제75조](#)에서 지방자치단체의 장에게 보호구역 내의 토지에 대한 수용 또는 사용권을 부여하고 있는 점에 비추어 보면, 지방문화재(시, 도지정문화재)에 대한 보호구역의 지정은 [구법 제54조의2 제2항](#) 및 [신법 제55조 제5항](#)에 의하여 조례에 위임한 것으로 보아야 할 것이다] 구법 적용 아래서 지방문화재에 대하여 지정된 보호구역에 대하여도 위 규정들은 적용된다고 할 것이다.

따라서 구법하의 지방문화재에 대한 보호구역 지정처분도 보호구역 내에 있는 토지소유자에 대하여 권리행사의 제한 또는 의무부담을 주는 행정처분에 해당한다고 할 것인 바, 이와 견해를 달리 하여 구법에 의한 보호구역 지정처분은 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 아니한다고 본 원심판결에는 행정처분에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이고, 이 점을 지적하는 논지는 이유있다.

그러므로 나머지 상고이유에 대하여 판단할 것 없이 원심판결을 파기하고, 사건을 원심법원에 환송하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.