

# 매장문화재조사비용의 원인자책임원칙에 관한 연구\*

배진성\*\* · 이기춘\*\*\*

## 목 차

- I . 머리말
- II . 선행연구와 판례의 검토
  - 1. 선행연구의 현황
  - 2. 현재의 판례와 비판적 검토
- III . 한국과 독일의 규정 사례
  - 1. 현재의 우리나라 법제
  - 2. 독일의 문화재보호법상 원인자책임원칙
- IV . 「매장문화재법」상 원인자책임원칙의  
법률적 근거와 한계
  - 1. 「위험방지법」상 원인자책임원칙의  
전통적 의미와 본질
  - 2. 「매장문화재법」상 원인자책임원칙의  
전제조건
  - 3. 원인자책임원칙의 이론적 근거
    - 상태책임론과 공법상 위험책임론 -
  - 4. 상태책임의 한계
    - 수인한도론 -
- V . 맺음말

\* 이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2015S1A5A2A03047663).

\*\* 부산대학교 인문대학 고고학과

\*\*\* 부산대학교 법학전문대학원

## | 국문초록 |

● ○ 본고는 매장문화재조사비용 원인자책임원칙의 문제는 고고학과 법학 두 분야가 함께 고민해야 한다는 문제인식에서 출발한 학제간 공동연구의 결과물이다. 현재의 판례에서도 원인자책임원칙은 합헌으로 판결되고 있지만, 매장문화재조사비용에 대한 수인가능 범위와 그 초과가능성이 전혀 고려되지 않고 있는 점은 문제가 있다.

원인자책임원칙은 위험방지법의 원칙에 따라 때, 보호이익으로서 ‘공공의 안녕·질서’에 대한 위험의 존재, 그 보호이익에 대한 ‘위험’의 존재, 그 위험발생에 대한 ‘책임’이 인정되어야 한다. 매장문화재에 대한 보호는 공공의 안녕과 질서에 포함되며, 건설공사를 위한 발굴조사의 경우 해당 매장문화재의 훼손이나 파괴 가능성이 있어 위험 요건도 충족될 것이다. 원인자책임원칙이 더욱 정당화되기 위해서는 가장 핵심적인 ‘책임’ 요건이 충족되어야 한다. 위험방지법에서 말하는 원인자로서의 책임에는 ‘행위책임’·‘상태책임’·‘공법상 위험책임’이 있다. 행위책임 법리는 사업시행자의 매장문화재조사비용을 정당화하기 어려운데 비해, 상태책임과 공법상 위험책임 법리는 지표조사 및 발굴조사 비용을 개발사업 시행자에게 전적으로 부담시키는 법률조항의 이론적 근거로서 적합성이 있다.

이와 관련하여 독일연방헌법재판소의 판결에서 수인한도의 범위를 밝히고 있는 점에 주의할 필요가 있다. 이것은 사업시행자에게 무제한의 비용책임을 지우는 것은 불합리하다는 것인데, 근래에는 한국의 헌법재판소에서도 토양환경보전법과 관련하여 과잉금지원칙 위반을 판시한 사례가 있다. 독일의 문화재보호법에 있는 원인자비용책임규정들에는 예외 없이 “수인한도의 범위 내에서”라는 점을 명시함으로써, 과도한 비용책임으로 인한 희생이 발생하지 않도록 하는 형평규정을 두고 있다. 이제는 한국에서도 매장문화재조사비용의 원인자책임원칙에 대해 무제한적 상태책임이 아니라 수인한도 초과 문제를 고려한 법 개정이 필요하다. (매장)문화재의 보호와 보존은 우선시되어야 할 헌법적 책무이지만, 개발에 따른 매장문화재조사비용의 원인자책임원칙이 일방적으로 강요되는 측면도 있다. 또 이것이 사회적 갈등의 요인이 된다면, 현 시점에 맞는 근원적이고 합리적인 해결책을 모색하여야 한다.

| 주제어 : 매장문화재법, 원인자책임원칙, 위험방지법, 상태책임, 수인한도

## I. 머리말

매장문화재는 그 특성상 지표에 노출되어 있지 않으며, 일부 흔적이 확인되더라도 땅속의 상황을 제대로 파악하기 어려운 경우가 대부분이다. 그러다 보니 현대사회의 크고 작은 개발행위와 상충하고 재산권 침해의 문제까지 제기되면서 사회적 갈등으로 번지기도 한다. 여기에 가장 직접적으로 관련되는 것이 ‘매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률’(이하 ‘매장문화재법’이라 한다) 제11조 제3항에 있는, 건설공사에 따른 발굴조사의 경우 해당 공사의 시행자가 조사비용을 부담한다는 이른바 ‘원인자책임원칙’이다.

이에 대해 정부나 고고학계에서 매장문화재조사비용을 둘러싼 사회적 갈등을 해결하기 위해 법적 근거를 면밀히 검토하려는 노력은 미약하였다. 법리적인 측면에서 관심을 기울여야 할 법학계 역시 토지법이나 건축법 등의 개발사업법에 치중하여 왔고, 환경법학계에서도 환경문제가 아니라는 이유로 매장문화재와 관련된 문제에는 많은 관심을 보이지 않았다.

본고는 이같은 원인자책임원칙의 문제는 고고학과 법학 두 분야가 함께 고민해야 한다는 인식에서 출발한 학제간 공동연구의 결과물로서, 법률적 관점에서 매장문화재조사비용의 원인자책임원칙을 논하였다. 우선 관련 판례의 검토에서 출발하여 이에 대한 법리적 검토를 통해 매장문화재조사비용을 부담지우는 근거와 그 타당성을 살펴볼 것이다. 이어서 개발사업자에 대한 조사비용책임의 수인한도에 대해 중점적으로 논의하면서 매장문화재조사비용 문제에 접근해 보고자 한다.

## II. 선행연구와 판례의 검토

### 1. 선행연구의 현황

개발에 따른 매장문화재의 조사비용에 대해서는 최근에도 정리되었듯이(최민정 2017: 159), 1973년 문화재보호법이 일부개정되면서 원인자이자 수혜자인 개발사업시행자가 부담하도록 규정되어 이른바 ‘원인자책임원칙’ 혹은 ‘원인자부담원칙’이 수립되기 시작하였다. 그렇지만 이에 대한 법적 성격이 뚜렷하게 정립되었다기 보다는 근거법조문을 해설하는데 그치는 경향이 있다(김창규 2010: 239).

그런데 최근 고고학계에서 사회적 갈등 요인이 되기도 하는 매장문화재조사비용에 대한 문제제기 및 대안제시가 잇따르고 있다. 매장문화재조사비용의 현황을 소개하면서 국가부담확대의 필요성을 강조하거나(최민정 2017), 정부의 적극적인 개입을 통한 매장

문화재부담금제도의 도입을 주장한(김권구 2016; 최민정 2017) 연구 등이 대표적이다.

그러면 공법학계는 이 문제에 대해 어떠한 노력을 기울여 왔을까? 필자들의 노력부족인지 몰라도 공법학적 관점에서 수인한도 초과 가능성의 문제를 품고 있는 이 주제를 다룬 것으로는 우성기(2011)의 연구가 거의 유일하지 않은가 한다. 이 연구는 정통적인 공법적 관점에서 헌법상 문화국가원리와 국가의 책무 검토를 통해 문화재보호법제 필요성을 거시적으로 제시하면서 이에 따른 문제점을 구체적으로 지적하고 있는데, 매장문화재 발굴조사비용에 대해서는 부담 주체인 사업시행자에게 손실보상을 제공해 줄 수 있는 법제의 도입을 주장하였다(우성기 2011: 12). 이에 더해 독일이나 프랑스 등에서 원인자책임원칙을 이해하는 태도는 문화재 보호에 대한 책무를 분담한다는 관점에서 접근함으로써 사업시행자에게 전적으로 부담시키지 않는 반면, 우리나라처럼 원인자책임원칙을 사업시행자에게 발굴비용을 부담시키는 근거로만 해석하는 태도에는 문제가 없지 않다고 보았다. 그 대안으로 국가부담의 광범위한 확대, 매장문화재 구제발굴에 따른 유물 발견보상의 확대 필요성, 토지매수청구권의 인정확대 등을 언급하였다(우성기 2011: 14).

그러나 고고학계와 법학계 모두 원인자책임원칙의 도입 근거와 이에 관련된 책임의 한계 등 보다 본질적인 이론적 접근이 부족한 채 현상적인 문제해결에만 치우쳐 있다. 그러다 보니 매장문화재조사비용을 둘러싼 사회적 갈등은 늘 잠재되어 있고, 풍납토성 문제를 비롯하여 후술하는 사례처럼 사회의 표면 위로 갈등이 드러나기도 한다. 이에 본고는 근본적인 문제의 발생 지점이라고도 할 수 있는 원인자책임원칙이라는 이론적 부분에 초점을 맞추어, 근래의 관련 판례에 대한 검토 및 독일의 사례들을 살펴봄으로써 매장문화재를 둘러싼 사회적 갈등 해결에 접근해 보고자 한다.

## 2. 현재의 판례와 비판적 검토

- 서울중앙지법 2006가합93132와 헌재 2008헌바74 사건

### 1) 사건의 개요와 결과

가) 청구인은 1994. 4. 19.경 문화체육부장관으로부터 경주 보문단지에서의 경주 경마장 설치계획을 승인받고 1994. 6. 8.경 경주시장에게 경마장 예정부지인 경주시 손곡동 및 천북면 일대의 문화재 매장 가능 여부에 대하여 확인을 요청하여 1994. 6. 11.경 경주시장으로부터 경마장 예정부지에는 신라 요지(窯址)가 소재하지 않아 경마장 건설사업에 지장이 없다는 회신을 받았으며, 이에 같은 달 16.경 문화체육부장관에게 경주 경마장 건설사업 시행허가신청을 하여 같은 달 28.경 문화체육부장관으로부터 '경마장 건설도중 매장문화재 발견 시 문화재보호법에 의한 문화재 보호조치 철저히 시행'을 유의사항

으로 하여 경주 경마장 건설사업 시행허가를 받았다.

나) 문화재관리국장은 1994. 12. 22.경 청구인에게 위 경마장 예정부지 중 '유적의 중심 연대가 5세기 말에서 6세기 초의 고분군 7개소, 토기가마터 2개소, 유물산포지 1개소 등 10개 지역군(건설부지의 약 30% 지역)에 유적이 분포한다.'는 내용의 지표조사결과를 통보하면서 발굴조사를 적법절차에 따라 실시하고 발굴조사 결과를 토대로 중요 유적 등의 보존대책을 수립할 것을 요청하였다.

다) 문화체육부장관은 1995. 3. 3.경 청구인에게 '계획대로 부지 매입 등 사업에 조속히 착수하라.'는 내용의 공문을 보냈고, 이에 청구인은 1995. 8. 1.경 경주시장으로부터 문화재보호법에 의한 시·발굴을 위한 인허가 절차를 밟은 후 발굴을 시행하여야 하며 발굴된 유물에 대하여는 보존대책을 수립할 것을 인가조건으로 하여 경주 경마장 건설사업 시행자 지정 및 실시계획 인가를 받았으며, 1995. 3. 7.경부터 1996. 4.경까지 경주시를 통하여 경주 경마장 사업부지로 경주시 손곡동 및 천북면 일대 446필지 930,934㎡(이하 '이 사건 건설부지'라 한다)를 매수하였다.

라) 한편, 청구인은 1995. 5. 6.경 경주시장과 경주 경마장 건설을 위한 문화유적 시굴조사 위·수탁 협약을 맺었고, 경주시장은 1995. 5. 9.경 위 협약에 따라 경주문화재연구소에 시굴조사를 의뢰하고, 1995. 5. 19.경 경상북도지사를 통하여 문화재관리국장에게 이 사건 건설부지 내 문화유적을 시굴조사하고자 한다며 '시굴자는 청구인, 소요경비 530,000,000원은 청구인이 부담'하는 것으로 하여 시굴조사 허가신청을 하였고, 이에 문화재관리국장은 1995. 5. 24.경 경상북도지사에게 '발굴대상 문화유적에 대하여 시굴조사를 실시하여 문화유적의 규모·분포 범위를 규명한 후 발굴기간, 발굴조사단 구성, 발굴범위 등 발굴계획을 재수립하여 보고하되 발굴조사단은 유적관련 전문가를 충원 조정할 것'을 허가조건으로 하고 '발굴경비부담자는 청구인, 발굴기간은 착수일로부터 243일간'으로 하여 시굴허가를 하도록 하였다.

마) 경주문화재연구소는 위 의뢰에 따라 1995. 8. 16.경부터 1996. 6. 15.경까지 이 사건 건설부지 내 문화유적 시굴조사를 하였고, 청구인은 위와 같은 위·수탁협약에 따라 경주시장에게 시굴비용으로 405,581,620원을 지급하였다.

바) 문화재관리국장은 1996. 8. 31. 경주시 손곡동 64필지 중 청동기~조선시대 유적지 약 21,741평에 대해, 발굴기간은 착수일로부터 600일간으로 하고, '발굴완료 후 발굴지 주변정리 및 원상복구를 철저히 할 것'을 허가조건으로 하여 청구인에게 발굴허가를 하였고, 이에 청구인은 경주시와 1996. 10. 31. 일부 지역에 대하여 발굴조사비를 2,421,709,000원으로, 1997. 3. 7. 나머지 지역에 대하여 발굴조사비를 각 676,964,000원, 3,884,729,000원으로 하여 이 사건 건설부지 내 문화유적 발굴조사 위·수탁 협약을 체결

하였으며, 그에 따라 경주시장은 경주문화재연구소, 한국문화재보호재단, 동국대학교 경주캠퍼스 박물관에 의뢰하여 발굴조사가 이루어졌다.

사) 문화재청장(1999. 5. 24. 법률 제5982호 정부조직법 개정으로 문화재관리국장에서 명칭이 변경되었다)은 2001. 2. 9. 이 사건 건설부지 대부분을 사적으로 지정하였고, 같은 해 4. 28. 사적 제430호로 지정하였으며, 이에 따라 청구인은 경주시장에게 경주 경마장 건설사업 추진을 포기한다고 밝히고, 2001. 7. 7.경 농림수산부에 경주 경마장 건설사업 폐지승인 신청을 하여 같은 달 11.경 폐지승인을 받았다.

아) 한편, 문화재청장은 2001. 6. 5.경 청구인에게 위 발굴조사 지역에 대하여 원상복구를 명하는 행정명령을 내렸고, 이에 청구인은 2001. 6.경부터 2001. 11.경까지 복토, 배수로 및 막음보 설치 등의 원상복구를 하였다.

자) 청구인은 이 사건 문화재 시·발굴조사로 인한 비용 4,116,698,698원과 발굴조사지역 원상복구비용 181,514,40원을 부담하는 손해를 입고, 국가는 법률상 원인 없이 위 금액 상당의 부당이득을 얻었으므로 국가는 청구인에게 위 금액 상당을 반환할 의무가 있다는 등을 청구원인으로 하는 소송을 제기하였는데(서울중앙지방법원 2006가합93132호), 위 소송 계속 중에 구 문화재보호법(2005. 1. 27. 법률 7365호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정되기 전의 것, 이하 '2005. 1. 27. 개정 구 문화재보호법'이라 한다) 제44조 제7항에 대한 위헌법률심판제청신청(서울중앙지방법원 2007카기8222)을 하였으나, 위 법원이 2008. 5. 28. 위 신청을 기각하고 위 소송의 청구를 기각하자, 2008. 7. 17. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

차) 결론적으로 헌법재판소는 당시 개발사업시행자에 대한 조사비용부담 규정과 손실보상규정은 헌법에 위반됨이 없다고 결정하는 주문을 발표하였다. 그리고 이 문제의 계기가 된 서울중앙지방법원도 원고의 청구를 기각하였다(서울중앙지방법원 2008. 5. 28. 선고 2006가합93132).

그러나 위와 같은 현재의 결정에 대해 반대의견을 낸 소수의 재판관들(이강국, 조대현)도 있었다. 이들은 국가가 자신의 책무로서 직접 발굴을 하거나 대행자를 시켜 발굴하게 하고 그 비용을 부담하는 것이 헌법에 명시된 국가의 문화재 보호의무에 합당한데, 그렇지 않고 건설사업자에게 발굴비용을 전적으로 부담지우는 것은 재산권 침해의 소지가 있다고 보았던 것이다.

## 2) 비판적 검토

헌법재판소는 위의 결정에서 무분별한 개발사업으로 인한 문화재 훼손을 막고, 동시에 그 개발유인을 억제하여 매장문화재를 보호한다는 취지를 입법목적의 정당성으로 강조

하였다. 매장문화재조사비용을 사업시행자에게 부담시킴으로써 사업시행자의 편의보다는 매장문화재의 보호를 우선시하였던 것이다. 국가나 지방자치단체가 조사비용을 부담하거나 일부 보조한다고 해도 경제논리를 앞세우는 사업시행자의 경우 공사지연손해를 회피하기 위해 불법행위를 저지를 유인은 여전히 잠재할 것이므로, 조사비용을 국가가 부담한다고 해도 이것이 불법행위가능성을 배제하는 수단이 될 수 없다고 보았다. 또 예외적으로 대통령령으로 발굴조사비용을 국가 등으로 하여금 부담하게 할 수 있는 완화규정을 두고 있다는 점에서 기본권의 침해를 최소화하는 수단도 마련하고 있으므로 침해의 최소성에도 위반이 없다고 하였다.

그리고 각종 개발행위로부터의 문화재 보호라는 공익이 청구인이자 사업시행자인 한국마사회의 불이익보다 상당히 크기 때문에, 이는 수인 가능한 기본권 제한으로 볼 수 있으므로 법익균형성에도 문제가 없다고 보았다. 또 대통령령에 예외규정을 정하도록 위임한 것도 포괄위임금지원칙 위반이 아니며, 예외인정 범위와 관련하여 평등원칙 위배도 없다고 결정하였다.

그렇지만 소수의 반대의견에도 있듯이 이러한 현재의 결정에는 비판의 소지도 다분히 내포되어 있다. 헌법 제9조에 의하면, 문화국가의 이념을 천명함과 동시에 국가는 전통문화의 계승·발전 및 민족문화의 창달을 위해 노력할 의무가 있다. 이에 따라 국가는 문화재를 보호할 의무가 있고, 그에 따라 제정된 문화재보호법에는 국가 및 지방자치단체는 각종 개발사업에서 문화재가 훼손되지 않도록 노력해야 한다고 규정하고 있다. 앞의 현재 결정은 이같은 헌법의 취지와 일견 어긋나 보일 수도 있다. 물론 문화재 보호를 우선시한다는 원칙에 입각한다면, 개발사업자에 대한 재산권 보호나 구제발굴조사비용의 부과에 대해 충분한 고려가 적은 점을 꼭 불합리하다고 할 수는 없을 것이다.

그러나 여기서 특히 지적하고 싶은 것은 수인가능범위와 그 초과가능성을 전혀 고려하지 않았다는 점이다. 이 문제는 위험방지법 혹은 안전법의 관점에서 접근해야 할 문제인데(Martin/Kautzberger 2017: 318, Rn. 132), 개발사업자로 하여금 개발의욕을 포기하라는 식으로 입법목적은 강조하는 것은 비현실적인 접근법이라고 할 수 있다. 위 판례의 내용을 보면, 한국마사회보다 오히려 문화체육관광부와 경주시가 열악한 지방재정 확충 및 관광도시의 발전을 위해 문화재 훼손의 위험을 야기(惹起)시킨 측면도 엿보인다. 이런 상황에서 개발에 따른 모든 조사비용책임과 무손실보상이라는 불이익을 모두 원고인 한국마사회에 전가하는 것은 수인가능범위를 초과하는 것으로 볼 수 있다.<sup>1)</sup>

1) 위 판례사례 외에도 서울중앙지방법원 2009. 8. 21. 선고 2008가합96685와 현재 2011. 7. 28. 2009헌바244에 계류되었던 사례도 있었다.

무분별한 개발은 당연히 지양되어야 하지만, 문화재보존원칙만을 강조하다보면 위와 같이 수인한도를 초과하는 사례가 발생할 수 있다. 이에 대해서는 이미 독일 등의 문화재 법제와 독일연방헌법재판소의 사례에서 시사점을 얻을 수 있다. 이하에서는 독일의 관련 규정이나 사례를 살펴보면서 개발사업시행자가 부담하는 책임이 단지 경제적·재정적 관점에서만이 아니라, 문화재를 위한 위험방지법 내지 안전법의 관점에서도 검토되어야 함을 논해보고자 한다.

### Ⅲ. 한국과 독일의 규정 사례

#### 1. 현재의 우리나라 법제

현 문화재보호법<sup>2)</sup>은 제12조에서 건설공사 시 문화재보호라는 제목 하에 “건설공사로 인하여 문화재가 훼손, 멸실 또는 수몰(水沒)될 우려가 있거나 그 밖에 문화재의 역사문화환경 보호를 위하여 필요한 때에는 그 건설공사의 시행자는 문화재청장의 지시에 따라 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 그 조치에 필요한 경비는 그 건설공사의 시행자가 부담한다.”라고 하여 여전히 문화재보호를 위한 필요조치의 비용을 문화재 훼손의 원인을 유발한 건설공사의 시행자부담주의를 선언하고 있다.

과거 문화재보호법에 있었던 매장문화재 규정을 독립법으로 한 「매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률」<sup>3)</sup>은 제7조에서 지표조사 절차 등이라는 제목 하에서, “③지표조사에 필요한 비용은 해당 건설공사의 시행자가 부담한다. 다만, 국가와 지방자치단체는 사업의 규모 및 성격 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 건설공사에 대하여 예산의 범위에서 그 비용의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다.”<sup>4)</sup>

이러한 지표조사 외에, 제11조에서 매장문화재의 발굴허가 등이라는 제목 하에서도, “③매장문화재 유존지역을 발굴하는 경우 그 경비는 제1항 제1호·제2호 및 제4호의 경우에는 해당 문화재의 발굴을 허가받은 자가, 같은 항 제3호의 경우에는 해당 공사의 시행자가 부담한다. 다만, 대통령령으로 정하는 건설공사로 인한 발굴에 사용되는 경비는

2) 2018.5.29. 시행될 법률 제15065호의 법률이다.

3) 2018.6.13. 시행될 법률 제15172호의 법률이다.

4) 동 조항의 나머지 조항으로 “①지표조사는 제6조에 따른 건설공사의 시행자가 요청하여 제24조에 따른 매장문화재 조사기관이 수행한다. ②건설공사의 시행자는 제1항에 따라 지표조사를 마치면 그 결과에 관한 보고서(이하 “지표조사 보고서”라 한다)를 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 사업지역을 관할하는 지방자치단체의 장과 문화재청장에게 제출하여야 한다. ④지표조사의 방법, 절차 및 지표조사 보고서 등에 관한 세부적인 사항은 문화재청장이 정하여 고시한다.”라고 규정하고 있다.

예산의 범위에서 국가나 지방자치단체가 지원할 수 있다.”라고 하여 여전히 개발공사 시행자가 부담함을 원칙으로 하고, 예외적으로 대통령령으로 정하는 소규모 건설공사에서의 발굴경비를 ‘예산의 범위 내에서’ 국가나 지방자치단체가 지원할 수 있음을 규정하고 있다.<sup>5)</sup>

## 2. 독일의 문화재보호법상 원인자책임원칙

독일 16개 주(Länder)의 문화재보호법상 조사비용부담에 관한 원인자책임원칙 규정의 유무를 보면 아래의 <표 1>과 같다.<sup>6)</sup> 매장문화재에 한정하지 않고 문화재 전체에 적용되는 일반 비용책임규정들이다.

<표 1> 독일 16개 주의 원인자책임원칙 규정의 有無

BW	BY	BE	BB	BR	HH	HE	MV
없음	없음	제8조 ②, 제11조 ④	제7조 ③	제9조 ②	제7조 ⑤	제18조 ⑤	제6조 ⑤
Nds	NW	RP	SL	ST	SN	SH	TH
제7조	제29조	제2조, 제21조 ③	제7조 ①	제14조 ⑨, 제15조 ②	제13조 ②, 제14조 ③	제8조 ②, 제11조	제7조 ④

표에서 보듯이 바덴-뷔르템베르크 주(Baden-Württemberg)와 바이에른 주(Bayern) 문화재보호법에는 원인자책임원칙의 규정이 존재하지 않는다. 특히 바덴-뷔르템베르크 주 문화재보호법의 이러한 태도에 대해서는 원인자책임원칙을 도입하도록 권고한 말타 협약(Konvention von Malta)을 국내법에 도입해야 할 의무가 있는데도 이를 이행하고 있지 않아서 다른 주들과 같이 이를 명시하는 규정을 도입해야 한다는 주장이 있다. 이에

5) ① 매장문화재 유존지역은 발굴할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 문화재청장의 허가를 받은 때에는 발굴할 수 있다.

1. 연구 목적으로 발굴하는 경우
2. 유적(遺蹟)의 정비사업을 목적으로 발굴하는 경우
3. 토목공사, 토지의 형질변경 또는 그 밖에 건설공사를 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 부득이 발굴할 필요가 있는 경우
4. 멸실·훼손 등의 우려가 있는 유적을 긴급하게 발굴할 필요가 있는 경우

② 문화재청장은 제1항 단서에 따라 발굴허가를 하는 경우 그 허가의 내용을 정하거나 필요한 사항을 지시할 수 있으며, 허가를 한 경우에도 대통령령으로 정하는 바에 따라 발굴의 정지 또는 중지를 명하거나 그 허가를 취소할 수 있다.

③ 발굴조사의 방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 문화재청장이 정하여 고시한다.”라고 규정하고 있다.

6) Martin, D. J./Mieth, S./Spennemann, J. 2014: 23에서 발췌한 것임, BW는 바덴-뷔르템베르크 주 문화재보호법, BE는 베를린 주 문화재보호법, BB는 브란덴부르크 주 문화재보호법, BR는 브레멘 주 문화재보호법, HH는 함부르크 주 문화재보호법, HE는 헤센 주 문화재보호법, MV는 메클렌부르크-포어포메른 주 문화재보호법, Nds는 니더작센 주 문화재보호법, NW는 노르트라인-베스트팔렌 주 문화재보호법, RP는 라인란트-팔츠 주 문화재보호법, SL은 자를란트 주 문화재보호법, ST는 작센-안할트 주 문화재보호법, SN은 작센 주 문화재보호법, SH는 쉴레스비히-홀슈타인 주 문화재보호법, TH는 튀링겐 주 문화재보호법을 칭하는 표기이다.

따르면 바덴-뷔르템베르크 주 문화재보호법은 명시적 규정이 없는 상태에서 문화재청은 건축허가를 할 때 건축시행자가 자신에 의해 초래된 고고학적 작업의 비용을 부담하여야 한다는 조건(Auflage)<sup>7)</sup>을 부가하는 방법으로 원인자책임원칙을 실현하고 있다고 한다 (Strobl, H./ Sieche, H. 2010: 30, a).

그리고 베를린 주 문화재보호법(Berlin DSchG) 제8조 제2항을 보면, “처분권자는 관할 문화재청에 의하여 문화재의 보존을 위한 일정한 조치를 취할 의무를 부담하게 된다. 처분권자가 제1항 제1문에 따른 의무를 이행하지 않고 그로 인하여 문화재에 직접적 위험을 우려케 하는 경우에는 관할 문화재청은 필요한 조치를 스스로 취하거나 취하게 할 수 있다. 처분권자는 수인한도의 범위 내에서 발생한 비용의 상환을 요구할 수 있다. 임차인, 조각인 및 기타 사용권자는 조치의 실행을 수인하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 여기서 ‘처분권자(Verfügungsberechtigte)’라 함은 매장문화재 조사지역의 개발사업시행자나 토지소유자 등의 권리자로서 건축주를 의미한다(Martin, D. J./Mieth, S./Spennemann, J. 2014: 23). 그리고 이들은 문화재보존조치를 취해야 할 의무를 부담하는데, 스스로 이행하지 않고 문화재에 위험이 발생하도록 하는 경우 문화재청이 직접 혹은 제3자로 하여금 보존조치를 취하고 그에 소요된 비용을 “수인한도의 범위 내에서(im Rahmen des Zumutbaren)” 상환하도록 명할 수 있다고 규정하고 있음을 알 수 있다.

브란덴부르크 주 문화재보호법(Brandenburg DSchG) 제8조 제3항은 “문화재가 일정한 간섭을 당하는 경우에, 그 간섭의 개시자(Veranlasser)는 수인한도의 범위 내에서 그 문화재의 보존, 전문적 수리나 구제 및 기록보존을 위해 소요되는 비용을 부담하여야 한다.”라고 규정하면서, ‘원인자(Verursacher)’라는 표현을 쓰지 않고, ‘간접원인제공자 혹은 개시자(Veranlasser)’라는 용어를 쓰고 있다. 그리고 역시 수인한도의 범위 내에서 부담할 뿐임을 강조한다.

헤센 주의 문화재보호법은 2016년 개정을 통해 이와 같은 규정을 제18조 제5항에 도입하였다.

브레멘 주 문화재보호법(Bremen DSchG) 제9조 제2항은 “공공의 건축계획에서 문화재 보호를 위해 소요된 비용은 건축비용의 일부이다.”라고 규정하고 있다. 이에 앞서 제1항은 “보호될 문화재들의 소유권자와 기타 처분권자는 문화재를 보호하여야 하며 그들의

7) 독일 용어인 ‘Auflage’는 행정법학에서는 ‘부담(負擔)’을 의미한다. 우리나라 법령, 행정실무에서는 ‘조건’이라고 하는데, 학문적으로 ‘조건’은 “발생이 불확실한 사실의 발생에 따라 인·허가의 효력이 발생하거나(정지조건) 소멸토록 하는 부관(해제조건)”이라고 하고, ‘부담’은 행정기관이 인·허가를 하면서 개별적인 상황에 탄력적으로 대응하기 위해 작위·부작위·급부 및 수인의 의무를 명하는 부관을 의미한다. 결론적으로 위 ‘조건’이란 실무용어이고, 행정법 학문적 개념으로는 ‘부담’을 의미한다. 이러한 행정행위의 부관에 대하여 대표적으로 김남진, 김연태, 2018: 267, 269, 271 참고.

수인한도 범위 내에서 보존하여야 한다. 브레멘 주와 소속 시청들은 예산에 따라 보조금(Zuschüsse)을 통해 문화재의 보존과 보호에 기여한다.”라고 규정하고 있다. 문화재보호 비용을 건축비용에 당연히 포함시켜 규정하는 특징을 보여준다.

함부르크 주 문화재보호법(Hamburg DSchG) 제7조 제5항에서 “어떤 문화재가 간섭을 당하는 경우 혹은 그 지점에서 이탈되거나 제거될 경우, 그 간섭의 원인자(Verursacher)는 수인한도의 범위 내에서 그 문화재의 보존, 전문적 수리, 구제 및 학문적 기록보전에 소요된 모든 비용을 부담하여야 한다.”라고 규정한다. 위의 법들과 달리 ‘원인자’라는 표현을 쓰고 있지만, 내용은 위의 브란덴부르크법 제7조 제3항과 크게 다르지 않다. 그리고 메클렌부르크-포어포메른 주 문화재보호법(Mecklenburg-Vorpommern) 제6조 제5항도 이 함부르크법과 거의 동일하다.

라인란트-팔츠 주 문화재보호법(Rheinland-Pfalz DSchG) 제2조 제1항은 “소유권자, 기타 처분권자 및 점유자는 수인한도의 범위 내에서 문화재를 보존하고 보호할 의무를 부담한다.”라고 하여 수인한도의 범위 내에서 조사비용을 부담한다고 제21조 제3항에서 규정하고 있다. 이하 나머지 주의 문화재보호법들도 위와 유사한 규정을 두고 있다.

이상에서 보듯이 위의 법률들에는 건설공사 등에 의한 (매장)문화재조사비용을 원인자에게 부담시킬 경우에는 “수인한도의 범위 내에서” 하도록 규정하고 있음을 알 수 있다.

## IV. 「매장문화재법」상 원인자책임원칙의 법률적 근거와 한계

### 1. 「위험방지법」상 원인자책임원칙의 전통적 의미와 본질

원인자책임원칙은 ‘오염자부담원칙(polluter pays principle)’의 의미로서 환경법상 기본 원칙 중 하나로 널리 알려져 있는데, 사실상 공공의 안녕·질서에 대한 위험방지법, 즉 전통적으로는 일반경찰질서법, 최근에 와서는 안전법이라고 불리는 범영역의 기본원칙 중 하나이다. 앞으로 위험방지법이라고 할 때, 이 범영역에는 경찰법·환경법·건축질서법·특별경찰법으로서 재난법 등 공공의 안녕·질서에 대한 ‘위험’을 예방하고 제거하는 목표를 가진 법들이 모두 포함된다.<sup>8)</sup>

문화재보호법·매장문화재법상 문화재의 안전보호를 위한 규정들, 특히 그 중에서도

8) 이러한 원인자책임원칙은 전통적으로 공공의 안녕질서에 대한 위험방지법을 학문적으로 포괄하는 경찰질서법에서는 ‘경찰책임의 원칙’으로 불리고 있다. 이에 대해서는 대표적으로 김남진·김연태 2018: 301; 홍정선 2018: 468, 다른 범영역의 사례로 특히 재난법과 관련해서는 이기춘 2015: 465-486을 참조할 수 있다.

개발사업시행자에 대한 지표조사비용책임, 그의 비용을 통한 원상회복명령과 관련된 규정은 문화재에 대한 위협의 원인을 직접적으로 제공한 자에 대해 스스로 그 위협방지를 하라는 원인자책임원칙의 구현이라는 점은 전통적으로 논의되어 왔다. 그러나 이 원칙이 통용되는 문화재보호법령들은 위와 같은 위협방지법 중의 하나이고, 그러한 위협방지법의 기본원칙·각종 책임의 요건·내용·한계는 위협방지법의 법원칙에 따라 결정되어야 한다는 점에 대해서는 한국의 고고학계나 공법학계에서 간과해왔음을 부인할 수 없다. 이에 비해 독일의 문화재보호법에 관한 대표적인 문헌은 그것을 직접적으로 언급하고 있다(Martin/Krautzberger 2017: 318, Rn. 132).<sup>9)</sup>

원인자책임원칙은 위협방지법의 원칙에 따를 때, 다음의 세 가지 요소를 갖추어야 한다. 첫째, 보호이익으로서 ‘공공의 안녕·질서’에 대한 위협이 존재하여야 한다. 둘째, 그 보호이익에 대한 ‘위험’이 존재하여야 한다. 셋째, 그 위험발생에 대한 ‘책임’이 인정되어야 한다. 이 세 가지가 인정되면 그 위협의 발생 또는 제거에 책임이 있는 자에게 위협방지 및 제거를 위한 조치를 취하게 하고, 그에 따른 비용책임을 부담시킬 수 있다는 것이 바로 위협방지법상 원인자책임원칙의 내용 및 근거이다.

## 2. 「매장문화재법」상 원인자책임원칙의 전제조건

그렇다면 매장문화재법에서 원인자책임원칙이 인정되는지를 검토해 보자.

첫째, 문화재이든 매장문화재이든 그것은 순수한 공공재로서 국가적·사회적으로 보호되어야 할 헌법적·문화재법적 이익임은 말할 것도 없다. 따라서 매장문화재에 대한 보호는 위협방지법상의 ‘공공의 안녕·질서’ 개념<sup>10)</sup>에 포함될 수 있다.

둘째, 문화재에 대한 ‘위험’ 요건이 충족되어야 하는데, 위협방지법에서의 ‘위험’이란 공공의 안녕·질서라는 보호이익에 대한 손해발생의 충분한 개연성을 의미한다(홍정선 2018: 390). 따라서 문화재나 매장문화재 모두 그 중요성으로 인하여 일반적인 물건에 대한 손해발생의 가능성이 조금 낮다고 하여도 이 위험요건을 충족할 수 있다. 특히 「매장문화재법」 제11조 제1항 제3호에 따라 건설공사를 위해 발굴허가를 받아 매장문화재 유존지역을 발굴하는 경우, 해당 매장문화재에 대해서는 그 훼손이나 파괴 가능성으로 인하여 이 ‘위험’ 요건은 용이하게 충족된다.

9) 이 문헌에서 직접 “(독일 각 주들의) 문화재보호법률들은 공공의 안녕질서법영역에 속한다.”라고 명시하고 있다. 공공의 안녕질서법 이 바로 전통적으로 경찰질서법이라고 불리는 현대적 위협방지법을 의미함은 앞서 언급한 바 있다.

10) 위협방지법에서 ‘공공의 안녕’ 개념이란, 개인의 생명·신체·자유·재산과 같은 개인적 법익이 침해받지 않으며, 다른 한편으로는 국가적 공동체의 존속과 기능이 방해받지 않고 정상적으로 활동하는 상태를 말한다. 이에 대해서는 김남진·김연태(2018: 296)의 연구를 참조할 수 있다. 쉽게 말하면 객관적 법질서에 의하여 보호되는 이익이나 상태를 의미하는데, 헌법과 문화재보호법, 매장문화재법에 의해 보호되는 문화재들이 이에 해당함은 의문의 여지가 없다.

그런데 ‘매장문화재’는 일반 건축문화재 등과는 달리 대부분 지하에 묻혀 있어 지상에 노출되지 않기 때문에 그 유존지역 및 범위를 특정하기 어렵다. 이 때문에 대규모 개발공사 외에 일정 면적 이하라도 과거에 매장문화재가 출토되었거나 발견된 지역에서 시행되는 건설공사 등에 대해 건설공사시행자는 사전에 매장문화재 지표조사를 실시하여야 한다(「매장문화재법」 제6조, 동법 시행령 제4조). 이러한 상황을 위해 위험방지법은 ‘위험의 의심’ 법리를 두고 있다.

‘위험의 의심’이란 담당 공무원이 상황을 합리적으로 판단할 때 위험을 인정하기 위한 근거가 존재하는 동시에 위험의 존재에 대한 의문도 드는 경우, 즉 현재 상황의 사후적 전개에 대한 ‘불확실성’이 존재할 때를 의미하며(김남진·김연태 2018: 299), 이에 대해 일정한 잠정적 위험의 존재여부를 위한 조치명령이 허용된다.<sup>11)</sup> 이때 위험방지법의 학설상 의문의 여지가 있을 수 있지만, 대규모 공사나 과거 문화재 출토지역이라는 점을 근거로 매장문화재에 대한 훼손 가능성이 불확실하지만 증대된다는 점에서 「매장문화재법」 제6조 제1항의 매장문화재 지표조사는 정당화될 수 있고, 그에 따른 제7조의 지표조사비용의 건설공사시행자부담도 정당화될 가능성이 높다.

### 3. 원인자책임원칙의 이론적 근거 - 상태책임론과 공법상 위험책임론 -

위의 원인자책임원칙이 더욱 정당성을 얻기 위해서는 가장 핵심적이라고 할 수 있는 ‘책임’ 요건이 충족될 필요가 있다. 위험방지법은 전통적으로 이 ‘책임’ 요소를 인정하기 위하여 고의나 과실과 같은 주관적 귀책사유 혹은 비난가능성을 별도로 요구하지 않으며, 이는 독일의 문화재보호법률들에서도 그러하다(Martin·Krautzberger 2010: 318, Rn. 132).

위험방지법에서 원인자로서의 책임은 몇 가지로 구분된다. 하나는 어떤 사람이나 그의 보호·감독 하에 있는 사람이 자신의 행위로 위험을 직접적으로 초래한 경우 그 위험을 방지 또는 제거하여야 하고, 제3자나 국가 혹은 지방자치단체가 대신 방지·제거하였다면 그 비용을 부담하여야 한다는 ‘행위책임’의 법리이다. 또 하나는 토지 등의 물건이 위험을 조성하고 있는 경우 그 물건에 대한 소유권이나 사실상의 지배권을 행사하고 있는 사람에게 그 위험을 방지 또는 제거하거나 비용을 부담시키는 ‘상태책임’의 법리이다(홍정선 2018: 476). 이 이외에 다른 루트 즉 프랑스의 법제로부터 발전되어 온 무과실 책임론인 ‘공법상 위험책임’의 법리도 있다.

먼저 ‘행위책임’ 법리를 통해 매장문화재 지표조사나 발굴조사에 소요되는 비용책임은

11) 이러한 위험의 의심 개념에 대하여 자세하게 논구한 것으로는 김성태(2018: 157)의 연구를 들 수 있다.

보면, 일단 건설공사 시행자나 그의 보조인들이 그들의 '행위'로 인해 '직접적으로' 매장문화재에 대한 위협을 야기하였어야 한다. 앞의 판례인 서울중앙지법 2006가합93132과 현재 2008헌바74 사건을 통해 알 수 있듯이, 매장문화재조사비용을 부담한 한국마사회가 매장문화재에 대한 훼손이나 파괴가능성을 초래한 직접적인 위협야기자로서의 원인자인지에는 의문점이 없지 않다. 지표조사의 경우 직접적인 위협초래행위가 있기 전에 사전의 의심 단계에서 조사비용에 대한 책임을 지는 것이다. 발굴조사의 경우 매장문화재 유존지역을 발굴할 때 소요되는 경비에 대한 책임을 지는데, 이는 분명히 문화재청장의 허가를 받아 발굴하는 것으로 그 발굴을 통하여 매장문화재에 위협이 야기된다 하더라도 이는 '적법한 발굴조사'로 인해 발생하는 불가피한 결과이기도 하다.<sup>12)</sup> 그래서인지 최근 독일의 유력한 문화재법학자는 '원인자책임원칙(Verursacherprinzip)'이라는 용어 보다는 '간접원인제공자 책임의 원칙(Veranlasserprinzip)'이라는 용어가 더 타당하다고 강조한다.<sup>13)</sup>

나아가 직접원인자가 아니어도 직접원인제공의 기회를 의도적으로 간접제공한 자에게 행위책임을 근거지울 수 있도록 한 의도적 간접원인제공자(Zweckveranlasser) 개념법리(이기춘 2004: 515)에 따르더라도, 개발공사시행자가 처음부터 매장문화재의 훼손이나 파괴를 의도하였음을 설명하기는 현실적으로 어렵다. 따라서 '행위책임'으로서 원인자책임 법리를 통해 「매장문화재법」상 사업시행자의 조사비용책임을 정당화하기는 어렵다.

다음으로 '상태책임' 법리를 통해 이 문제를 살펴보자. 전통적 '상태책임' 법리는 어떤 위험초래 물건의 소유자나 기타 재산권자 및 사실상의 지배권자는 그 물건으로부터 초래된 위협을 방지·제거하고, 그에 소요된 비용을 무제한적으로 부담하며, 그로부터 발생한 손실에 대해서는 국가나 지방자치단체에 대하여 보상청구를 하지 못한다는 법리이다(서정범 2010: 479). 이 책임의 근거는 물건에 대한 지배로서 영향력행사가능성이라는 점과 물건으로부터 이익을 얻는 자는 그 물건으로부터 발생하는 위험에 대하여도 원칙적으로 책임을 부담하여야 한다는데 있다(김현준 2004: 377). 즉 물건의 이익-부담연계원칙에 따른 것이고 그 근본적인 실정법적 근거는 재산권의 내용과 한계를 법률로 정한다라고 규정하고 있는 우리 헌법 제23조 제1항 제2문과 재산권의 사회적 기속을 규정한 동 조 제2항이 된다(이기춘 2003c: 420).<sup>14)</sup> 또한 다른 법률과 비교할 경우, 「토양환경보전법」

12) 위험방지법상 '행위책임'에 관하여 독일과 한국의 지배적 견해는 '직접원인설'인데, 이 학설은 '위법원인설'에 의하여 보완되어 '직접적 원인야기자'라고 하여도 '적법'하게 자신의 권리를 행사하는 사람은 책임자가 될 수 없다는 것이 현대적 위험방지법의 지배적 견해이다(Schenke, W-R. 2013: 162, Rn. 242).

13) Martin 교수의 연구가 대표적 사례이다(Martin, D. J./Mieth, S./Spennemann, J. 2014: 74). 그는 2001년 논문에서부터 이를 주장해오고 있으며, 문화재보호법상 원인자책임원칙을 논하는 대부분의 문헌에서 인용되고 있다(Martin, D. J. 2001a, 2001b).

14) 이것은 독일연방헌법재판소의 견해이기도 하다. 2000.2.16. 판결로 선고된 BVerfG, JZ 2001, 37 이하 참고.

제10조의4 제1항의 제2호, 제4호<sup>15)</sup>, 「건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률」 제45조 제1항 제2호<sup>16)</sup> 등이 자신의 직접적 행위원인을 야기하지 않더라도 비용책임을 부담하게 할 상태책임을 인정하게 하는 실정법률상 사례들이다.

우리나라의 「매장문화재법」에서 소규모 건설공사에 따른 발굴조사비용 지원을 위한 예외조항을 제외하고, 지표조사 및 발굴조사 비용을 개발사업시행자에게 전적으로 부담시키는 법률조항의 이론적 근거로는 이 상태책임 법리가 가장 적합할 것이다.

마지막으로 ‘공법상 위험책임’ 법리를 이론적 근거로 논의해 볼 수 있다. ‘위험책임’이란 위험한 시설이나 부지의 관리를 통해 이득을 얻는 기업 등은 그 잠재적 위험이 현실화되거나 그 위험물로부터 손해가 발생한 경우, 기업의 과실 유무에 관계없이 기업활동에 내재된 위험성에 연결하여 손해배상책임을 지도록 하는 것이며, 손해의 공평분담 취지에 부합한다는 명분을 가진다. 이는 과실책임주의를 원칙으로 하는 민법상 불법행위론의 예외가 된다는 점에서 특별한 법률근거를 필요로 하는데, 「환경정책기본법」 제44조 제1항, 「토양환경보전법」 제10조의 3 제1항, 「원자력손해배상법」 제3조 제1항 등이 그 실정법률 사례들이라고 한다(박균성·함태성 2017: 157-158). 그리고 대규모 개발사업으로 인한 수익은 건설업체에 돌아가기 때문에 ‘소음방지’ 비용 역시 건설업체가 부담하는 것이 수익자부담원칙에 부합된다고 한 서울지법의 판례도 결국 이러한 ‘위험책임’ 법리인데, 앞서 본 상태책임 법리에 따라 설명될 수 있는 사례이다.

매장문화재의 훼손위험성을 인식하고 감수하면서 그로부터 수익을 취하거나 그러할 가능성이 높은 경우 수익자의 위험부담으로서 매장문화재조사비용의 책임을 지도록 하는 것으로 본다면, 이 ‘위험책임’으로 「매장문화재법」상 건설공사시행자의 조사비용책임 귀속을 정당화하는 것은 합리적일 수 있다. 이와 같은 위험책임론은 ‘무과실의 손해배상’ 책임을 설명하기 위한 것이라는 반론이 있을 수 있지만, 독일에서 수입된 상태책임 법리를 이 위험책임 법리로 설명하려는 유력한 견해가 독일에서도 있는 것을 보면 큰 무리는 없어 보인다.<sup>17)</sup>

15) 제10조의4(오염토양의 정화책임 등) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 정화책임자로서 제11조 제3항, 제14조 제1항, 제15조 제1항·제3항 또는 제19조 제1항에 따라 토양정밀조사, 오염토양의 정화 또는 오염토양 개선사업의 실시(이하 “토양정화등”이라 한다)를 하여야 한다.

2. 토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자 또는 운영자

4. 토양오염이 발생한 토지를 소유하고 있었거나 현재 소유 또는 점유하고 있는 자

이 조항이 상태책임의 귀속을 위한 규정임을 확인하는 견해로 안경희 2013: 23; 박종원 2013: 105, 111; 박균성/함태성 2017: 640 참조.

16) 제45조(방치폐기물의 처리명령) ① 시·도지사는 건설폐기물 처리업자가 제43조 제1항에 따른 방치폐기물의 처리명령을 이행하지 아니한 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 그 방치폐기물의 처리를 명하여야 한다.

2. 제21조 제3항에 따른 건설폐기물 처리업의 허가를 받은 자에게 허가받은 사업장 부지를 임대하여 준 자

이에 대해서는 이기춘 2009: 149; 박균성/함태성 2017: 607 참조.

17) 이에 대해서는 이기춘 2003a: 30, 특히 각주 87 참고.

#### 4. 상태책임의 한계 - 수인한도론 -

위의 상태책임과 공법상 위험책임 법리는 모두 일정한 이득을 거두는 자는 그에 따른 비용부담도 책임져야 한다는 인식에 기반하고 있다. 특히 상태책임 법리는 독일에서 특유하게 발전되어 일본·미국·한국에까지 수입되어 토양환경보전의 문제를 해결하는데 큰 역할을 하였다. 그런데 자신의 행위원인 기여도가 없거나 사소한 간접원인제공에 불과할 뿐인데도, 무제한의 위험방지를 위한 비용책임을 지는 것에는 문제가 있다. 독일에서는 1970년대부터 이 문제를 해결하기 위해 노력하기 시작하였으며, 그 결과 독일연방헌법재판소(BVerfGE)는 과거 오염부지(Altlasten)임이 밝혀져 아무런 원인행위에 기여한 바 없는 현 소유자에게 상태책임자로서 과도한 정화비용책임을 지게 하는 것은 수인한도(Zumutbarkeit)를 초과하였으므로 위헌이라는 결정을 내리기에 이르렀다.<sup>18)</sup>

이 독일연방헌법재판소의 수인한도에 관한 판결은 토지 등 물건을 지배하는 자가 부담하여야 할 수인한도의 범위를 밝혔다는 점에서 큰 의의가 있다. 동 재판소는 토지로부터 발생하는 위험이 상태책임자로 논의되는 자의 지배력과는 무관하게 자연현상에 기인한 경우, 일반인들이 원인자인 경우, 아무런 토지이용권한이 없는 제3자가 관련될 경우에 토지소유권자나 지배권자에게 무제한의 비용책임을 부담시키는 것은 수인한도를 초과하는 것이라고 하였다(김현준 2004: 377). 그리고 위해제거비용이 그 문제된 물건이나 토지의 시가에까지 이를 경우 자칫하면 당사자나 기업의 파산을 초래할 수도 있으므로 역시 수인한도를 초과하는 것이 된다고 하였다.

그러나 독일연방헌법재판소는 토지소유권자나 지배권자가 그 토지가 이미 오염된 부지임을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 수인한도를 적용하지 않았다. 그리고 거래가치를 넘는 비용의 부담이 수인한도 내에 있다 하더라도, 소유권자 등은 모든 경제적 능력으로 부담할 필요가 없다고 판시하였다고 한다(김현준 2004: 378; 손재영 2010: 326).

이러한 사례는 독일에서만 보이는 것은 아니다. 한국의 헌법재판소에서도 토양환경보전법과 관련하여 구 토양환경보전법상 무제한적 상태책임 규정은 과잉금지원칙<sup>19)</sup>에 위반되므로 2012.8.23.에 위헌이라고 판시하기도 하였다(박균성·함태성 2017: 627).<sup>20)</sup>

Ⅱ 장의 사례에서 한국의 헌법재판소는 합헌결정을 내렸지만, 독일 각 주들의 문화재보호법에 있는 원인자비용책임규정들을 보면 예외 없이 “수인한도의 범위 내에서”라는

18) BVerfGE 102, S. 1 이하; 이에 대해서는 이기춘 2003c: 409; 김현준 2004: 375 이하 참고.

19) 과잉금지원칙은 수인한도의 원칙과 큰 차이가 없는 것이므로 표현의 차이일 뿐이다. 즉 전자는 행정정이 과도한 조치를 취하면 안 된다는 원칙이고, 후자는 일정한 조치명령이나 그것을 대신한 비용납부명령으로 불이익을 입은 시민 측을 중심으로 한 원칙일 뿐이다.

20) 헌재 2012.8.23., 2010헌바167 결정(마산주유소사건).

점을 명시함으로써, 과도한 비용책임으로 인한 희생이 발생하지 않도록 하는 형평규정을 두어 위헌의 요소를 감쇠시키고 있다. 이제 한국에서도 무제한적 상태책임은 재산권자의 정당한 권리를 과도하게 침해할 수 있다는 인식이 조금 더 정착되어 갈 필요가 있지 않을까 한다.

형상변경을 수반하는 각종 개발행위가 진행되는 현대사회 속에서 (매장)문화재의 보호와 보존은 당연히 우선시되어야 할 헌법적 책무이다. 그렇지만 개발에 따른 매장문화재 조사비용의 원인자책임원칙이 일방적으로만 강요되는 측면이 있는 것도 사실이다. 이것이 계속해서 사회적 갈등을 일으키는 요인이 된다면, 국가나 지방자치단체는 물론 고고학과 법학계에서도 현 시점에 맞는 근원적이고 합리적인 해결책을 모색하기 위해 노력해야 한다. 이런 관점에서 볼 때, 최근 고고학계에서 매장문화재조사비용에 대한 국가 부담 확대 및 매장문화재부담금제도 도입의 필요성을 주장한(김권구 2016; 최민정 2017) 연구는 시의적절한 것 같다.

## V. 맺음말

이상과 같이 매장문화재조사비용의 원인자책임원칙은 고고학과 법학이 함께 풀어나가야 한다는 문제의식에서 관련 판례를 비판적으로 검토하고, 독일의 관련 규정을 참조하면서 원인자책임원칙의 근거와 타당성을 확보하는 동시에 문제점에 대한 해결책을 모색하고자 하였다.

그 결과 매장문화재법상의 원인자책임원칙이 타당성을 얻기 위해서는 공공의 안녕·질서에 대한 위험과 문화재에 대한 위험 요건이 충족되어야 하며, 그 위험발생에 대한 책임이 인정되어야 한다. 이때 가장 핵심적인 요건은 ‘책임’이며, 그 중에서도 상태책임과 공법상 위험책임이라는 법리에 비추어 볼 때, 조사비용에 대한 원인자책임원칙은 나름의 정당성을 확보할 수 있다. 그러나 독일의 사례에서도 알 수 있듯이 사업시행자의 수인한도를 초과하는 과도한 비용책임을 부담시키는 것은 문제가 있다. 따라서 매장문화재조사비용에 대한 원인자책임원칙의 타당성을 인정하면서도 수인한도의 초과를 고려하는 법 개정이 필요한 시점이 아닌가 한다.

▶논문접수일(2018. 4. 26) ▶심사완료일(2018. 5. 28) ▶게재확정일(2018. 6. 7)

## | 참고 문헌 |

### 국문

- 김권구, 2016, 「매장문화재부담금제도의 도입」, 『문화재』 제49권 제3호, 국립문화재연구소.
- 김남진·김연태, 2018, 『행정법Ⅱ』, 법문사.
- 김성태, 2018, 「위험에 대한 의심과 위험여부의 확인 - 법치주의에서의 안전을 위한 시론적 고찰-」, 『행정법연구』 제51호, 행정법이론실무학회.
- 김창규, 2010, 『문화재보호법개론』, 동방문화사.
- 김현준, 2004, 「경찰법상의 상태책임」, 『토지공법연구』 제22집.
- 박균성·함태성, 2017, 『환경법』, 제8판, 박영사.
- 박종원, 2013, 「헌법불합치결정에 따른 토양정화책임조항 입법론」, 『환경법과 정책』 제10권, 강원대학교 비교법학연구소.
- 서정범, 2010, 「상태책임의 한계에 관한 고찰 -이른바 연계원칙의 종언(終焉)」, 『토지공법연구』 제48집, 한국토지공법학회.
- \_\_\_\_\_, 2014, 「경찰비용의 국민에의 전가가능성에 관한 법적 고찰」, 『홍익법학』 제15권 제4호, 홍익대학교 법학연구소.
- 손재영, 2010, 「상태책임의 귀속과 제한」, 『법학논고』 제33집, 경북대학교 법학연구원.
- 안경희, 2013, 「토지 소유자 상태책임의 헌법불합치 결정에 대한 민사법적 평가와 향후 전망」, 『환경법과 정책』 제10권, 강원대학교 비교법학연구소.
- 이기춘, 2003a, 「위험방지를 위한 협력의무로서 경찰책임의 귀속에 관한 연구」, 고려대학교 박사학위논문.
- \_\_\_\_\_, 2003b, 「경찰질서법상 위험개념 및 표현위험과 위험의 의심 -독일경찰법학의 위험개념 검토를 중심으로-」, 『공법연구』 제31집 제4호, 한국공법학회.
- \_\_\_\_\_, 2003c, 「독일경찰법상 상태책임의 근거 및 제한에 관한 고찰」, 『토지공법연구』 제18집, 한국토지공법학회.
- \_\_\_\_\_, 2004, 「경찰법상 의도적 책임유발자개념의 무용론」, 『공법학연구』 제5권 제3호, 한국비교공법학회.
- \_\_\_\_\_, 2009, 「건설폐기물과 토지소유자의 처리책임에 관한 소고」, 『환경법연구』 제31권 제3호, 한국환경법학회.
- \_\_\_\_\_, 2012, 「판례를 통해서 본 토지임대인에 대한 폐기물처리책임 귀속의 문제」, 『환경법연구』 제34권 제3호, 한국환경법학회.

- \_\_\_\_\_, 2013, 「토양환경보전법의 무과실책임조항에 대한 헌법재판소 결정에 관한 소고」, 『공법연구』 제41집 제3호.
- \_\_\_\_\_, 2015, 「독일재난법 회피원칙과 원인자책임원칙에 관한 연구」, 『토지공법연구』 제72집, 한국토지공법학회.
- 최민정, 2017, 「매장문화재 조사비용의 국가부담 확대」, 『한국고고학보』 제105집, 한국고고학회.
- 홍정선, 2018, 『행정법원론(하)』, 박영사.

## 판례

- 대법원 2012.10.11. 2010두7604[하수도원인자부담금부과처분취소].
- 서울중앙지방법원 2009.8.21. 2008가합96685[채무부존재확인].
- 서울중앙지방법원 2008.5.28. 2006가합93132[손실보상금].
- 헌법재판소 1998.12.24. 89헌마214등병합 전원재판부[도시계획법제21조에대한위헌소원].
- 헌법재판소 2010.10.28. 2008헌바74[구문화재보호법44조7항위헌소원].
- 헌법재판소 2011.7.28. 2009헌바244[문화재보호법55조1항위헌소원].

## 외국어

- Baumgart, D. 2010, Das Niedersaechischen Denkmalschutzgesetz im Lichte der Eigentumsgarantie., Peter Lang.
- Frein, K. 2000, “Nochmals: Verfassungsrechtliche Grenzen des Denkmalschutzes.”, NVwZ.
- Götz, V. 2013, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., C.H.Beck.
- Hammer, F. 2000. “Verfassungsrechtliche Grenzen des Denkmalschutzes”, NVwZ.
- Kröniger, H. 1996. “Zur Verfassungsmäßigkeit der Denkmalschutzgesetze der Länder.”, NVwZ.
- Martin, D. J. · Krautzberger, M. 2010, Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege – einschließ lich Archäologie –, 3. Aufl., C.H.Beck.
- \_\_\_\_\_, D. J. · Mieth, S. · Spennemann, J. 2014, Die Zumutbarkeit im Denkmalrecht – Eigentumsgrundrecht und Denkmalschutz in der Praxis –, Verlag W. Kohlhammer.
- Pieroth, B. · Schlink, B. · Kniesel, M. · Kingreen, T. · Poscher, R. 2014, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 8. Aufl..
- Poscher, R. 2001, “Der Gefahrverdacht – Das ungelöste Problem der Polizeirechtsdogmatik”, NVwZ.

- Schenke, W.-R. 2013, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., C.F.Müller.
- Schoch, F. 2009, “Der Zweckveranlasser im Gefahrenabwehrrecht”, Jura.
- Strobl, H. · Sieche, H. 2010, Denkmalschutzgesetz für Baden-Württemberg – Kommentar und Vorschriftensammlung, 3. Aufl., Kohlhammer.
- Weiß, W. 1997, “Der Gefahrerforschungseingriff bei Altlasten – Versuch einer Neubestimmung.”, NVwZ.

# A Study on the Causer-pays-principle of the Buried Cultural Properties Investigation Cost

**Jin-sung Bae**

(Pusan National University)

**Kee-chun Lee**

(Pusan National University)

This paper is the result of interdisciplinary joint research that started from recognition of the problem that both archeology and law should be considered together. In the case of the Constitutional Court, the causer-pays-principle is ruled as constitutional, but there is a problem that no consideration is given to the limit of tolerability of the buried cultural property investigation cost and possibility of exceeding it.

The causer-pays-principle is that, in accordance with the principle of risk prevention law, the existence of a risk to 'public safety and order' as protection interests, the existence of 'risk' and 'liability' to the risk must be admitted. The protection of buried cultural properties is included in the concept public safety. In the case of excavation survey for construction work, the buried cultural property could be damaged or destroyed, and the risk requirements will be satisfied. In order to justify the causer-pays-principle, the most important 'liability' requirement must be met. Liability to burden as a causer in the risk prevention law is divided into 'the behavior-liability-theory', 'the liability theory of state of things like lands' and 'the risk liability theory in public law'. While the behavior-liability-theory is difficult to justify the cost of investigating buried cultural properties, the liability theory of state of things like lands and the risk liability theory in public law is appropriate as a rationale for the legal provisions that levies the costs of land survey and excavation investigation entirely to a builders and developers.

In this regard, it is necessary to note that the scope of the limit of tolerability is revealed in the judgment of the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany. It is unreasonable to charge unlimited liability for the builders and developers. In recent years, the Constitutional Court of Korea has also ruled that it has violated the principle of excessive prohibition or of proportion in relation to the Soil Environmental Conservation Act. The provisions of liability under the German Cultural Properties Protection Act stipulates that "within the scope of the limit of tolerability", without exception, there is an equitable provision to avoid sacrifices due to excessive liability. Now, also in Korea, the unlimited state liability theory should not be recognized as a theory for the causer-pays-principle that causes excessive burden of cultural property investigation, and it is necessary to amend the law to take into consideration the problem of excess. Of

course, the preservation and preservation of (buried) cultural properties is a constitutional obligation that should be given priority. However, if the burden of over-exploitation of buried cultural assets due to development is unilaterally imposed and these situations become a risk factor for social conflicts and cultural property itself, a fundamental and reasonable solution should be sought.

**Key Words** : Act on protection and inspection of buried cultural heritage, The causer-pays-principle, risk defense law, state liability, limit of tolerability