

법적측면에서 본 문화재 관리

(法的側面 文化財管理)

—그 법적성질(法的性質)과 관리기관(管理機關)—

李尙圭

法制處法制官·中央大講師

- 一. 序言
- 二. 文化財管理機關
- 三. 文化財管理의 法的特性

1. 서언(序言)

현행법상(現行法上) 문화재(文化財)라 함은 유형(有形)·무형(無形)임을 가릴 것 없이 문화적소산(文化的所産)으로서 우리나라의 역사상(歷史上) 또는 예술상(藝術上) 가치(價値)가 큰 것과, 사적지(史蹟地)·경승지(景勝地) 또는 동식물(動植物)이나 광물(鑛物)로서 우리나라의 역사상(歷史上)·예술상(藝術上)·학술상(學術上) 또는 관상상(觀賞上) 가치(價値)가 큰 것, 및 일정한 풍속습관(風俗習慣)과 이에 사용되는 의복(衣服)·기구(器具)·가옥(家屋) 기타의 물건(物件)으로서 국민생활(國民生活)의 추이(推移)를 이해(理解)함에 불가결(不可缺)한 것(註) 문화재보관법제이조(文化財保管法第二條)을 뜻한다. 그러나, 이들 넓은 의미의 문화재(文化財) 가운데 그의 관리(管理)와의 관계에서 중요한 의의(意義)를 가지는 것은 이른바 지정문화재(指定文化財), 즉 중요유형문화재(重要有形文化財)·중요무형문화재(重要無形文化財)·중요기념물(重要記念物) 및 중요민속자료(重要民俗資料)이며, 일반적으로 문화재(文化財)라 불리우는 것도 이것들이다. 따라서 본고(本稿)에서는 문화재(文化財)라는 용어(用語)를 지정문화재(指定文化財)라는 뜻으로 국한(局限)시켜 사용하기로 한다.

문화재(文化財)는 그 자체를 직접 공공용(公共用)이나 공용(公用)에 공(供)하는 것이 아니라, 그 소유권자(所有權者)가 누구인가에 관계없이 특정한 물건(物件) 등이 간직하고 있는 역사적(歷史的)·학술적(學術的) 또는 예술적(藝術的)인 가치(價値)를 보존(保存)함으로써 문화발전(文化發展)에 이바지하기 위하여 보존(保存)하는 물건(物件) 또는 무형(無形)의 문화적(文化的) 소산(所産)을 말한다. 그러므로, 문화재(文化財)는 음악(音樂)·무용(舞踊)·공예(工藝)·기술(技術) 등과 같은 무형(無形)의 것을 제외하고는 강학상(講學上)의 보존공물(保存公物)에 속하는 것이다. 보존공물(保存公物)은 행정주체

(行政主體)가 직접으로 공공(公共)의 이익(利益)을 위하여 유지(維持)·관리(管理)하는 개개(個個)의 유체물(有體物)이라는 점에서도 공공용물(公共用物) 및 공용물(公用物)과 같은 공물(公物)(öffentliche Sache)과 다를 바 없으나, 보존공물(保存公物)은 공공용물(公共用物)이나 공용물(公用物)과는 달리 일반공중(一般公衆) 또는 행정청(行政廳)의 현실적인 사용에 공(供)하는 것이 아니라, 공물(公物)인 당해 물건(物件) 자체를 보존(保存)하는 것이라는 점에 보존공물(保存公物)인 문화재관리(文化財管理)의 법적특색(法的特色)이 있다.

여기에서는 먼저 현행법(現行法) 아래에서의 문화재관리기관(文化財管理機關)에 관하여 살펴 본다음, 문화재관리(文化財管理)의 법적(法的)인 특수성(特殊性)에 논급(論及)하고자 한다.

2. 문화재관리기관(文化財管理機關)

1. 문화재관리권(文化財管理權)의 배분(配分)

공물(公物)을 관리(管理)할 수 있는 권한(權限)을 가리켜 공물관리권(公物管理權)이라 하며, 그러한 권한(權限)을 가진 행정청(行政廳)을 공물관리청(公物管理廳) 또는 공물(公物)의 관리자(管理者)라 하는 바, 문화재관리기관(文化財管理機關)이란 공물(公物)의 일종(一種)인 보존공물(保存公物)에 속하는 문화재(文化財)의 관리권(管理權)을 가지는 행정기(行政機) 또는 그 위임(委任)을 받은 자(者)를 뜻한다. 문화재보호법(文化財保護法)은 주(主)된 문화재관리기관(文化財管理機關)을 문교부장관(文敎部長官)으로 규정(規定)한 다음, 부수적(附隨的)인 또는 권한(權限)의 위임(委任)에 의한 문화재관리기관(文化財管理機關)으로서 문화재관리국장(文化財管理局長)·지방자치단체(地方自治團體) 및 당해 문화재(文化財)의 소유자(所有者)나 관리자(管理者)를 들고 있다. 이들 문화재관리기관(文化財管理機關) 가운데 지방자치단체(地方自治團體)는 문화재(文化財)의 소유자(所有者)가 불명(不明)하거나 그 소유자(所有者)나 관리자(管理者)에 의한 관리(管理)가 부적당(不適當)하다고 인정하는 경우에 문교부장관(文敎部長官)의 지정(指定)에 의하여 문화재관리기관(文化財管理機關)이 되며(문화재보호법(文化財保護法) 제(第)19조(條)), 문화재(文化財)의 소유자(所有者)나 관리자(管理者)는 당해 문화재(文化財)에 대한 선관 의무(善管義務)를 가진다는 면(面)에서 문화재관리기관(文化財管理機關)의 입장에 서는 데에 그치는 것이다(동법(同法) 18조(條)). 그러므로, 본연(本然)의 문화재관리기관(文化財管理機關)으로서의 지위(地位)에 있는 것은 문교부장관(文敎部長官)과 문화재관리국장(文化財管理局長)이며, 여기에서도 이들에 관하여만 살펴 보기로 한다.

문화재관리국(文化財管理局)은 문화재관리(文化財管理)에 관한 사무(事務)를 관장(管掌)하게 하기 위하여 문교부장관(文敎部長官) 소속하(所屬下)에 설치(設置)된 외국(外局)(정부조직법(政府組織法) 29조(條) 5항(項))이다. 다시 말하면, 문화재관리국(文化財管理局)은, 문화재관리사무(文化財管理事務)의 특수성(特殊性)에 비추어, 문화재(文化財)의 관리(管理)에 관한 사무(事務)는 일반의 문교행정(文敎行政)으로부터 분리(分離)시켜 어느 정도 독자적(獨立的)으로 처리할 수 있도록 함으로써 그 전문성(專門性)을 확보(確

保)하기 위하여 설치(設置)한 문교부장관(文敎部長官)소속의 외국(外局)인 것이다. 따라서, 문화재관리국(文化財管理局)은 그 명칭(名稱)은 보조기관(補助機關)인 국(局)과(정부조직법(政府組織法) 2조(條) 2항(項) 후단(後段))같으나, 그의 법(法)의 지위(地位)는 국세청(國稅廳)·산림청(山林廳)·특허국(特許局)·중앙계량국(中央計量局) 등과 같은 중앙행정기관(中央行政機關)(정부조직법(政府組織法) 2조(條)2항(項) 전단(前段))인 것이며, 문화재관리국장(文化財管理局長)은 그 자체로서 문화재관리사무(文化財管理事務)에 관한 제(第)1차적(次的) 중앙행정관청(中央行政官廳)으로서의 지위(地位)에 선다.

그러나, 위에서 본 바와 같은 정부조직법(政府組織法)에 의한 문화재관리국(文化財管理局)의 지위(地位) 및 관장사무(管掌事務)와는 달리, 문화재관리(文化財管理)에 관한 기본법(基本法)인 문화재보호법(文化財保護法)은 문화재관리(文化財管理)에 관한 사무(事務), 즉 문화재(文化財)의 지정(指定) 및 지정(指定)의 해제(解除)를 비롯하여 지정문화재(指定文化財)의 유지(維持)·관리(管理) 등에 관한 각종(各種)의 권한(權限)을 문교부장관(文敎部長官)에게 부여하고 있을 뿐, 문화재관리국장(文化財管理局長)에게 직접 일정한 문화재관리권(文化財管理權)을 부여한 예(例)는 찾아볼 수 없다. 그러므로 문화재관리법(文化財管理法)에 의하면, 정부조직법(政府組織法)에 의하여 문화재관리(文化財管理)에 관한 사무(事務)를 관장(管掌)하게 하기 위하여 설치(設置)된 문화재관리국장(文化財管理局長)의 존재(存在)에도 불구하고 문화재관리(文化財管理)에 관한 행정행위(行政行爲)는 문교부장관(文敎部長官)이 하지 않으면 아니된다는 결과가 된다. 위 양법(兩法) 사이의 이러한 모순(矛盾)을 해결하기 위하여 채택된 수단(手段)이 곧 권한(權限)의 위임(委任)(delegation of powers)이다.

권한(權限)의 위임(委任)이란 행정관청(行政官廳)이 그의 권한(權限)의 일부(一部)를 다른 행정관청(行政官廳)에 이양(移讓)하여 수임행정관청(受任行政官廳)의 권한(權限)으로서 행(行)하도록 하는 것을 말한다. 권한(權限)의 위임(委任)에 있어서는 그 권한(權限)은 위임(委任)의 범위내에서 수임관청(受任官廳)의 권한(權限)이 되며, 수임관청(受任官廳)은 그것을 자기의 권한(權限)으로서 그의 명의(名義)와 책임(責任)으로 행사(行使)하게 된다. 권한(權限)의 위임(委任)은 이와 같이 당해 권한(權限)의 귀속(歸屬) 자체를 변경하는 것이기 때문에, 권한(權限)의 대리(代理)와 다름은 물론, 이른 바 내부위임(內部委任)과도 다르다. 왜냐 하면, 내부위임(內部委任)은 행정관청(行政官廳)의 내부적(內部的)인 사무처리(事務處理)의 편의를 도모하기 위하여 보조기관(補助機關)이나 하급행정청(下級行政廳)으로 하여금 그의 권한(權限)을 행(行)하게 하는 것인 바, 이 경우에 위임(委任)은 내부적(內部的)인 것에 그치고 권한(權限)의 이전(移轉)을 가져오는 것은 아니며, 수임자(受任者)는 자기의 명의(名義)와 책임(責任)으로 당해 권한(權限)을 행사(行使)하는 것이 아니라 위임관청(委任官廳)의 이름으로 행(行)한다. 그런데, 권한(權限)의 위임(委任)은 위에서 설명한 바와 같이 법률(法律)이 특정한 행정청(行政廳)에 부여한 권한(權限)을 다른 행정청(行政廳)에 이전(移轉)하는 행위(行爲)이므로, 법률(法律)의 근거가 있는 경우에 한(限)하여 가능하다는 것은 말할 나위 조차 없다.

문화재보호법(文化財保護法)은 문화재(文化財)의 지정(指定) 및 지정(指定)의 해제(解除)를 포함하여 각종(各種)의 관리권(管理權)을 문교부장관(文敎部長官)에게 부여함으로써 본연(本然)의 문화재관리권자(文化財管理權者)를 문교부장관(文敎部長官)으로 하는 일방(一方), 동법(同法) 제(第)58조(條)는 「문교부장관(文敎部長官)은 본법(本法)에 규정(規定)된 직권(職權)의 일부(一部)를 문화재관리국장(文化財管理局長) 또는 서울특별

시장(特別市長)이나 도지사(道知事)에게 위임(委任)할 수 있다」라고 하여 문교부장관(文敎部長官)이 가지는 문화재관리권(文化財管理權)의 위임(委任)을 인정하였다. 이와같이 문교부장관(文敎部長官)이 가지는 문화재관리권(文化財管理權)의 위임(委任)을 인정한 문화재보호법(文化財保護法) 제(第)58조(條)에 의거하여 문화재관리권(文化財管理權)의 대부분을 문화재관리국장(文化財管理局長)에게 위임(委任)함으로써(문화재관리법(文化財管理法) 시행령(施行令) 29조(條)의2)¹⁾ 문화재관리기관(文化財管理機關)으로서 문화재관리국(文化財管理局)을 설치(設置)한 정부조직법(政府組織法)과 문화재관리권(文化財管理權)을 문교부장관(文敎部長官)에게 부여한 문화재관리법(文化財管理法)과의 모순(矛盾)을 현실적으로 조정(調整)한 셈이다.

그러므로 문교부장관(文敎部長官)은 문화재(文化財)의 관리방법(管理方法)의 지시(指示)라거나 문화재(文化財)의 수출(輸出) 또는 일정한 구역외(區域外)로의 반출(搬出) 등의 허가(許可) 등과 같이 문화재관리국장(文化財管理局長)에 대하여 위임(委任)한 이외의 문화재관리권(文化財管理權)을 가지며, 그 범위안에서 문화재관리청(文化財管理廳)이 된다. 그와 동시에, 문화재관리국장(文化財管理局長)은 문화재(文化財)의 지정(指定)과 그 해제(解除)를 비롯하여 문교부장관(文敎部長官)으로부터 위임(委任)받은 문화재관리권(文化財管理權)을 그 자체의 권한(權限)으로서 가짐과 아울러, 문화재관리(文化財管理)에 관한 업무(業務)중 특히 문교부장관(文敎部長官) 기타의 행정청(行政廳)의 권한(權限)에 속하도록 명시(明示)되지 아니한 업무(業務)를 관장(管掌)하는 문화재관리청(文化財管理廳)이 되는 것이다. 따라서, 우리나라의 문화재관리(文化財管理)에 관한 중앙행정기관(中央行政機關)은 상(上)·하급관계(下級關係)에 있는 두 개의 행정관청(行政官廳)으로 이루어져 있다고 할 수 있다.

2. 문교부장관(文敎部長官)과 문화재관리국장(文化財管理局長)과의 관계

문교부장관(文敎部長官)과 문화재관리국장(文化財管理局長)은 문화재관리(文化財管理)에 관한 중앙행정기관(中央行政機關)이라는 점에서는 같으나, 문화재관리국(文化財管理局)은 문교부장관(文敎部長官) 소속하에 있는 외국(外局)이라는 점에서 상(上)·하급관청(下級官廳)의 관계에 있는 것이다. 다시 말하면 문교부장관(文敎部長官)과 문화재관리국장(文化財管理局長)은 한편에서는 각각 단위행정조직(單位行政組織)으로서 별개(別個)의 행정관청(行政官廳)을 이루고 있으나, 다른 면(面)에서는 행정(行政)의 통일적인 수행을 위한 계층관계(階層關係)(hierarchy)에 놓여 있는 것이다. 이들 양행정관청(兩行政官廳)은 상(上)·하(下)의 계층관계(階層關係)에 있기 때문에 그들 사이의 법률관계(法律關係)는 원칙적으로 일반의 상(上)·하급관청(下級官廳) 상호간(相互間)의 법률관계(法律關係)와 다를 것이 없다.

원래 상(上)·하급관청(下級官廳) 상호간(相互間)의 법률관계(法律關係)는 권한(權限)의 위임(委任) 및 감독관계(監督關係)로 이루어져 있으며, 이 중에서 특히 중요한 것은 상급관청(上級官廳)과 하급관청(下級官廳) 사이의 지휘감독관계(指揮監督關係)이다. 즉, 상급관청(上級官廳)은 하급관청(下級官廳)의 권한(權限)의 행사(行使)등에 대한 지휘감

註 1) 文化財保護法에 의한 文敎部長官의 權限중 寶物, 國寶, 重要無形文化財, 史蹟, 名準, 天然記念物 및 重要民俗資料의 指定과 그 解除, 觀覽料의 徵收, 所有者 保有者 등으로부터의 報告徵收와 職權에 의한 現況調査 또는 關係機關에의 調査要請 및 埋藏文化財의 處理에 관한 權限은 文化財管理局長에게 委任되었다.

독권(指揮監督權)을 가지며, 하급관청(下級官廳)은 소속상급관청(所屬上級官廳)으로부터 지휘감독(指揮監督)을 받을 의무(義務)를 지는 것인 바, 이를 명시(明示)한 것이 곧 행정조직법(組職法) 제(第)5조(條)제(第)1항(項)인 것이다. 여기에서 권한(權限)의 지휘감독(指揮監督)이란 상급관청(上級官廳)이 하급관청(下級官廳)의 위법(違法), 부당(不當)한 권한행사(權限行使)를 예방(豫防), 교정(矯正)함과 아울러, 행정(行政)의 통일을 도모하기 위하여 하급관청(下級官廳)의 권한(權限)의 행사(行使)에 대하여 일정한 구속(拘束)을 가(加)하는 것을 말하며, 그 지휘감독(指揮監督)의 일반적인 수단(手段)으로서는 감시(監視)·인가(認可)·훈령(訓令)·권한쟁의(權限爭議)의 결정(決定) 및 취소(取消)·정지(停止)를 들 수 있다.

위에서 본 바와 같은 지휘감독권(指揮監督權)은 상급관청(上級官廳)이 하급관청(下級官廳)에 대하여 일반적으로 가지는 권한(權限)이기 때문에, 그에 관한 개별적(個別的)인 법령(法令)의 근거를 필요로 하는 것은 아니다. 다만, 상급관청(上級官廳)의 하급관청(下級官廳)에 대한 지휘감독권(指揮監督權)의 범위는 피감독행정청(被監督行政廳)의 지위(地位)라거나 직무(職務)의 성질(性質)등에 따라 한결같지 아니하다. 예(例)컨대, 권한(權限)의 독립(獨立)이 보장된 합의회관청(合議制官廳)에 대하여는 지휘감독관계(指揮監督關係)의 예외(例外)가 인정된다거나(감사원법(監査院法)2조(條)), 법무부장관(法務部長官)은 준사법기관(準司法機關)인 검사(檢事)에 대하여는 일반적(一般的) 감독권(監督權)을 가지는데 그친다는 것(검찰청법(檢察廳法)14조(條))등이 곧 그것이다.

그런데, 현행(現行) 정부조직법(政府組職法) 제(第)5조(條)는 위에서 설명한 바와 같이, 일면(一面)에서는 상급관청(上級官廳)의 하급관청(下級官廳)에 대한 지휘감독권(指揮監督權)을 일반적으로 인정함과 아울러, 타면(他面)에서는 행정각원(行政各院)·부(部)의 장(長)이 그에 소속되는 청(廳) 또는 외국(外局)에 대하여 가지는 지휘감독권(指揮監督權)의 범위에 제한(制限)을 가(加)함으로써(5조(條)3항(項)), 오직 예산(豫算)·3급(級) 이상 공무원(公務員)의 인사(人事) 기타 중요사항(重要事項)에 한(限)하여 그 청(廳) 또는 외국(外局)의 장(長)을 지휘(指揮)할 수 있도록 하였다. 정부조직법(政府組職法)이 청(廳) 또는 외국(外局)에 대한 소속장관(所屬長官)의 지휘감독권(指揮監督權)의 범위를 제한(制限)한 것은, 전문성(專門性)이 있거나 기타의 특수한 내용의 사무(事務)의 독자적(獨自的)인 처리를 위하여 행정각원(行政各院)·부(部)·처(處)와는 별도로 그에 소속하는 제(第)1차적(次的) 중앙행정기관(中央行政機關)으로서의 청(廳) 또는 외국(外局)을 설치(設置)한 의의(意義)를 살리기 위한 취지와 발로(發露)라고 할 수 있다.

그러므로, 문교부장관(文教部長官)과 문화재관리국장(文化財管理局長)은 상(上)·하급관청(下級官廳) 사이의 관계(關係)에 있으며, 문화재관리국장(文化財管理局長)은 문교부장관(文教部長官)에 소속되는 외국(外局)이라는 점에서, 문화재관리국장(文化財管理局長)에 대한 문교부장관(文教部長官)의 지휘감독권(指揮監督權)은 예산(豫算)과 3급(級) 이상 공무원(公務員)의 인사(人事) 및 기타의 중요사항(重要事項)에 한(限)하여 인정되는데 그치게 된다. 여기에서 예산(豫算)이란 예산안(豫算案)의 편성(編成) 및 예산(豫算)의 집행(執行) 등에 관한 사무(事務)를 뜻하며, 3급(級) 이상 공무원(公務員)의 인사(人事)란 3급(級) 이상 공무원(公務員)의 임용(任用)을 가리킨다는 것은 의문의 여지가 없으나 문제는 「중요사항(重要事項)」이 무엇을 뜻하는가에 있다. 「중요사항(重要事項)」은 소속장관(所屬長官)의 지휘권(指揮權)의 범위를 제한(制限)한 정부조직법(政府組職法) 제(第)5조(條)제(第)3항(項)의 취지에 비추어, 정책적(政策的)·일반방침적(一般方針的)인

사항(事項)을 뜻하는 것으로 해석(解釋)함이 온당할 것이다.

3. 문화재위원회(文化財委員會)

문화재위원회(文化財委員會)는 문화재(文化財)의 관리(管理)에 관한 문교부장관(文敎部長官)의 자문(諮問)에 응하게 하기 위하여 문교부(文敎部)에 설치(設置)된 자문기관(諮問機關)이다(문화재관리법(文化財管理法)3조(條)4조(條)). 자문기관(諮問機關)(advisory organ)이란 특정한 행정관청(行政官廳)의 자문(諮問)에 응하여 또는 자발적(自發的)으로 특정한 행정관청(行政官廳)의 의사결정(意思決定)에 참고(參考)될 의사(意思)를 제공(提供)하는 행정기관(行政機關)이다. 자문기관(諮問機關)은 그 자체로서 행정(行政)에 관한 의사(意思)를 결정(決定)할 수 있는 권한(權限)을 가지는 것이 아니며, 행정관청(行政官廳)은 자문기관(諮問機關)의 의사(意思)에 기속(羈束)·기속(拘束)되는 것이 아니라는 점에서 의결기관(議決機關)과 다르다. 문화재보호법(文化財保護法) 제(第)4조(條)에서는 「문화재위원회(文化財委員會)는 다음 사항(事項)을 의결(議決)한다」라고 규정(規定)함으로써, 마치 문화재위원회(文化財委員會)는 동법(同法) 제(第)4조(條)에 열기(列記)된 사항(事項)에 대한 의결권(議決權)을 가진 것과 같은 규정형식(規定形式)을 취하고 있으나, 문화재위원회(文化財委員會)의 설치(設置)와 아울러 그 성격(性格)을 명시(明示)한 동법(同法) 제(第)3조(條) 및 위 제(第)4조(條)에 열기(列記)된 사항(事項)에 관한 문화재관리법(文化財管理法)의 각(各)규(規)정(定)에서는 「자문(諮問)」이라는 용어(用語)를 사용하고 있는 점(동법(同法)7조(條) 내지 10조(條)11조(條))등에 비추어, 동법(同法) 제(第)4조(條)에서의 「의결(議決)」은 합의제자문기관(合議制諮問機關)인 문화재위원회(文化財委員會)가 문교부장관(文敎部長官)의 자문(諮問)에 응하기 위하여 그 자체의 내부적(內部的)인 의사결정(意思決定)을 위한 심의결정(審議決定)을 뜻하는 것으로 보아야 할 것이다.

문화재위원회(文化財委員會)가 문화재관리(文化財管理)에 관한 문교부장관(文敎部長官)의 자문기관(諮問機關)으로서, 문화재관리법(文化財管理法) 제(第)4조(條) 각호(各號) 및 문화재위원회규정(文化財委員會規定) 제(第)4조(條) 각호(各號)에 해당하는 사항(事項)을 심의(審議)한다는 점에 대하여는 일응 의문의 여지가 없다. 문제는 문화재보호법(文化財保護法)이 문화재위원회(文化財委員會)의 심의사항(審議事項)으로 규정(規定)하였거나 일정한 문화재관리권(文化財管理權)의 행사(行事)를 위하여는 미리 문화재위원회(文化財委員會)의 자문(諮問)을 거치도록 규정(規定)된 것중의 대부분이 문화재관리국장(文化財管理局長)의 권한(權限)에 속하도록 권한위임(權限委任)이 되었다는데 있다. 왜냐하면 문화재위원회(文化財委員會)는 문교부장관(文敎部長官)의 자문기관(諮問機關)으로서 문교부(文敎部)에 설치(設置)된 행정기관(行政機關)(문화재관리법(文化財管理法)3조(條))이며, 문교부장관(文敎部長官)에 소속하되 그 자체로서 제(第)1차적(次的) 중앙행정관청(中央行政官廳)의 지위(地位)에 서는 문화재관리국장(文化財管理局長)과는 적어도 법적(法的)인 면(面)에서는 아무런 직접적인 관계도 없는데 대하여, 문화재관리국장(文化財管理局長)에게 위임(委任)된 문화재관리권(文化財管理權) 중 문화재(文化財)의 지정(指定)이나 그 해제(解除)등은 문화재위원회(文化財委員會)의 자문(諮問)을 거쳐서 하지 않으면 아니되기 때문이다. 다시 말하며, A부장관(部長官)의 자문기관(諮問機關)인 B의 필요적(必要的) 자문사항(諮問事項)에 속하는 A부장관(部長官)의 특정한 권한(權限)을 C도지사(道知事)나 D청장(廳長)에게 위임(委任)한다고 하여도 별도(別途)의 규정(規定)이 없는한(限) 그의 자문기관(諮問機關)인 B가 C도지사(道知事)나 D청장(廳長)의

자문기관(諮問機關)이 되는 것은 아니라는 것이다.

이러한 경우에, 입법론적(立法論的)으로는 권한(權限)의 위임(委任)에 관하여 규정(規定)한 문화재관리법시행령(文化財管理法施行令)인 대통령령(大統領令)으로써 문화재위원회(文化財委員會)와 문화재관리국장(文化財管理局長)과의 자문관계(諮問關係)를 명시(明示)함으로써 행정조직상(行政組織上)의 관계(關係) 및 문화재관리(文化財管理)에 관한 행정절차상(行政節次上)의 문제 등을 쉽게 해결할 수 있을 것이다²⁾.

여하튼, 현행법(現行法) 아래에서 문화재관리국장(文化財管理局長)이 그에게 위임(委任)한 문화재관리권(文化財管理權)의 행사(行使)에 관하여 문화재위원회(文化財委員會)에 자문(諮問)할 수 없음은 물론, 문교부장관(文敎部長官)도 또한 문화재관리국장(文化財管理局長)에게 위임(委任)한 사항(事項)에 관하여 문화재위원회(文化財委員會)에 자문(諮問)할 수 없는 것이다. 다만 일정한 행정행위(行政行爲)를 하기 위하여 자문기관(諮問機關)의 자문(諮問)을 거치도록 한 것은 행정절차(行政節次)의 신중을 기하기 위한 것이 보통이므로 자문(諮問)을 거칠 사항(事項)에 대하여 소정(所定)의 법적(法的)인 자문(諮問)을 거치지 아니하였다는 것으로서 곧 위법(違法)한 행정행위(行政行爲)가 되는 것은 아니다. 그러므로, 문화재관리국장(文化財管理局長)은 권한(權限)의 위임(委任)에 의하여 그의 권한(權限)에 속하게 된 문화재관리(文化財管理)에 관한 사항(事項)중 문화재위원회(文化財委員會)의 자문사항(諮問事項)에 해당하는 것에 대하여는 사실상 문화재위원회(文化財委員會)에 자문(諮問)함으로써 적법(適法)·타당(妥當)한 관리권(管理權)의 행사(行使)를 할 수 있는 것이다.

3. 문화재관리(文化財管理)의 법적(法的) 특성(特性)

문화재(文化財)는 공물(公物)의 일종(一種)인 보존공물(保存公物)에 해당하므로, 문화재관리(文化財管理)는 곧 공물관리(公物管理)로서의 성질을 가진다. 원래, 공물(公物)의 관리(管理)는 위에서 설명한 바와 같이 공물주체(公物主體)가 일정한 공물(公物)을 공물(公物)로서의 목적을 달성하게 하기 위하여 행(行)하는 모든 작용(作用)을 뜻한다. 다시 말하면, 공물(公物)의 존립(存立)을 유지(維持)하고, 당해 물건(物件)을 공공목적(公共目的)을 위하여 공용(供用)함으로써 공물(公物)의 본래의 목적을 달성하도록 하는 작용(作用)을 공물(公物)의 관리(管理)라 한다. 그러므로, 공물관리(公物管理)에 있어서 공물관리청(公物管理廳)은 당해 공물(公物)을 직접 유지(維持)·관리(管理) 하는 것이 원칙이다. 그러나, 보존공물(保存公物)인 문화재(文化財)의 경우에는, 국유문화재(國有文化財)를 제외하고는, 당해 문화재(文化財)의 소유자(所有者)나 관리자(管理者)의 계속적인 소유(所有) 및 점유(占有)를 인정하고, 오직 그 소유권(所有權)이나 점유(占有)의 이전(移轉)을 한 때에는 그 뜻을 신고(申告)하게 하고, 문화재(文化財)의 수출(輸出) 또는 일정한 구역(區域) 외(外)로의 반출(搬出) 등을 하고자 하는 경우에는 허가(許可)를 받도록 하는 등의 규제방식(規制方式)에 의한 간접적(間接的)인 관리(管理)에 의하는 것이 일반적이며, 이 점에 보존공물(保存公物)인 문화재관리(文化財管理)의 특이성(特異性)을 엿

註：2) 文化財委員會는 法律인 文化財管理法에 의하여 設置되었다고 하더라도, 諮問機關의 設置 기타 그 職務範圍나 組織 등에 관한 事項은 大統領令事項에 속하므로 文化財委員會의 審議事項이나 所屬機關 등에 관하여 文化財保護法에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 大統領令으로 새로이 정할 수 있다.

볼 수 있다. 따라서, 공물관리(公物管理)의 비용(費用), 즉 문화재관리(文化財管理)에 소요(所要)되는 비용(費用)도 그 문화재(文化財)의 현실적인 관리자(管理者)인 소유자(所有者)·점유자(占有者) 기타의 관리자(管理者)가 부담(負擔)하는 것이 원칙이며, 문화재관리상(文化財管理上) 특히 필요하다고 인정되는 일정한 경우에는 국고(國庫)에서 그 경비(經費)의 전부(全部) 또는 일부(一部)를 보조(補助)하는데 그치는 것이다(문화재보호법(文化財保護法) 25조(條)).

또, 보존공물(保存公物)인 문화재(文化財)는 공공용물(公共用物)처럼 공공(公共)의 사용에 공(供)한다거나 공용물(公用物)과 같이 행정청(行政廳)의 직접적인 사용에 공(供)함으로써 공공(公共)의 이익(利益)에 기여(寄與)하는 것이 아니라, 문화재(文化財)로서의 외형(外形) 내지 문화적가치(文化的價值)를 유지(維持)·보존(保存)하는 자체로써 공익(公益)에 이바지 하는 것이기 때문에, 문화재(文化財)에 대하여는 원칙적으로 사용관계(使用關係)가 설정(設定)될 수 없고, 오직 문화재(文化財)의 공개(公開)(문화재보호법(文化財保護法)30조(條) 내지 36조(條))를 통한 관람관계(觀覽關係)가 있을 수 있을 뿐이다. 다만, 당해 문화재(文化財)의 보존(保存)에 지장이 없는 범위내에서 예외적으로 사법상(私法上)의 계약(契約)에 의한 사용관계(使用關係)가 성립(成立)될 수 있으나, 이 경우에 문화재(文化財)의 촬영(撮影)·모조(模造) 또는 녹음(錄音) 등 일정한 방법에 의한 사용(使用)을 내용으로 하는 것인 때에는 미리 문교부장관(文敎部長官)의 허가(許可)를 받아야 한다.

(문화재보호법(文化財保護法) 20조(條))