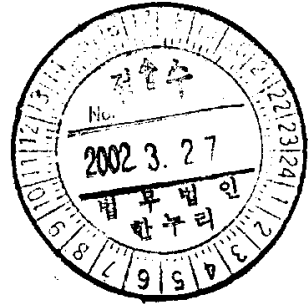


38

결	담당	담당	담당	사무장	변호사
재	林	이	꽃	장	이

상 고 이 유 서



사 전 2002다 12338 부당이득금
 원고(피상고인) 전 동 일
 피고(상 고 인) 대한불교조계종 천은사

위 사건에 관하여 피고(상고인) 소송대리인은 다음과 같이 상고이유를 개진합니다.

다 음

1. 원심판결 이유 및 상고이유의 요지

가. 기초사실

원심이 판단의 기초로 삼은 사실관계는 아래와 같습니다(원심판결 2~4면).

(1) 피고는 전통사찰보존법상의 전통사찰로 지정되어 그 등록을 마친 대한불교조계종 소속의 사찰이다.

(2) 피고는 전남 구례군 광의면 방광리 일대의 토지 11,588,356㎡ 및 그 중

- 1 -

법무법인 지평
 HORIZON LAW GROUP





위 방광리 70 지상에 위치한 '천은사 본사'를 비롯하여 같은 리 71 지상의 '천은사 방장선원', 같은 리 13 지상의 '삼일암', 같은 리 69, 69-2 지상의 '도계암', 같은 리 산 1-30 내지 1-32 지상의 '수도암', '상선암' 등의 부속 건조물들을 소유하고 있는바, 위와 같은 건조물들이 건립되어 있는 토지들은 대부분 피고 사찰의 경내지(불교의 의식, 승려의 수행 및 생활과 신도의 교화를 위하여 사찰에 속하는 토지로서 소정 요건을 구비한 토지)이다.

(3) 피고 소유의 건조물들이 소재하고 있는 위 방광리 일대는 '지리산국립공원'으로 지정되어 있고, 피고는 보물급 국가지정문화재인 '천은사 극락전 아미타후불탱화', 시·도유형문화재인 '천은사 나옹화상원불', '천은사 극락보전', 문화재자료인 '천은사' 등 문화재보호법 소정의 문화재를 소유하고 있으며, 한편 국립공원구역을 횡단하여 전남 구례읍과 남원시 산내읍 사이를 연결하는 도로인 861번 지방도(이하 '이 사건 도로'라고 한다)가 피고 사찰의 경내지를 관통하고 있는바, 구례읍 방면에서 이 사건 도로를 따라 이동하면 피고 사찰의 일주문을 통과하여 피고 사찰의 경내지로 진입하게 되어 있고, 계속해서 이동하면 '시암재', '성삼재', '궁궐터', '반선' 등을 거쳐 산내면 내령리 방면으로 지리산국립공원 구역을 빠져나가도록 되어 있으며, 이 사건 도로의 양 옆으로 천은사 본사, 방장선원, 삼일암, 도계암 등 피고 소유의 건조물들이 위치하고 있다.

(4) 소의 국립공원관리공단(이하 '관리공단'이라고 한다)은 이 사건 도로를 따라 피고 사찰의 일주문을 통과하여 피고 사찰의 경내지로 진입한 지점에 '지

리산국립공원 천은매표소(이하 '이 사건 매표소'라고 한다)를 설치하여 운영하고 있는데, 관리공단과 피고는 상호 협의에 따라 그 소속 직원들로 하여금 이 사건 매표소에서 이 사건 도로를 이용하여 국립공원으로 입장하는 사람들의 출입을 통제하면서 1인당 국립공원입장료 1,000원과 피고 소유의 문화재관람료 1,000원을 통합하여 징수하고 있다.

(5) 원고는 2000. 4. 30. 차량을 이용하여 이 사건 도로를 따라 위 방광리 방면에서 위 산내면 방면으로 이동하면서 이 사건 매표소에서 국립공원입장료와 문화재관람료 합계 2,000원을 납부하였다(한편 원심판결은 “원고는 실제로 피고 소유의 문화재를 관람하지는 아니하였다”라는 사실인정을 하였으나, 이는 ‘원고를 피고 소유의 문화재에 대한 관람자로 볼 수 있는지 여부’에 관한 법률판단의 결과에 따라 가려져야 할 것이므로 위와 같은 원심의 판시는 사실인정의 문제와 법률판단의 문제를 혼동한 것이라고 하지 않을 수 없습니다).

(6) 한편 이 사건 도로는 도로법에 의하여 지방자치단체인 전라남도가 노선인정을 한 도로로서 전남 구례읍과 남원시 산내면 사이를 연결하는 최단거리의 도로이기는 하나 주로 국립공원 진입도로로 이용되고 있고 산악도로인 관계로 위 구간을 연결하는 다른 우회도로와 비교하여 위 구간 운행에 소요되는 시간은 그리 차이가 나지 아니한다(이 사건 도로의 개설 경위와 이용현황, 다른 우회도로와의 통행조건 및 통행시간의 비교에 관하여는 아래 2.의 다.항 참조 - 아래 2.의 다.항에서 보는 바와 같이 구례읍에서 남원까지의

구간을 이동함에 있어서는 이 사건 도로와 우회도로 사이에 소요시간이 그리 차이가 나지 않는 정도가 아니라 우회도로를 이용할 경우 이동시간이 훨씬 더 절약됨을 알 수 있습니다).

나. 원·피고 쌍방 주장의 요지

(1) 원고 주장의 요지

원고는 단지 이 사건 도로를 이용하여 이동할 목적으로 이 사건 매표소를 통해 지리산국립공원에 입장한 것이지 위 국립공원 내에 소재하고 있는 피고 소유의 문화재를 관람할 의사가 없었고 실제로 관람하지도 않았음에도 피고가 관리공단과의 상호협약에 따라 원고가 지리산국립공원에 입장한다는 사실만으로 문화재를 관람하는 것으로 취급하여 아무런 법적 근거없이 국립공원입장료와 문화재관람료를 통합징수한 것은 부당하므로 피고에 대하여 납부한 1,000원의 문화재관람료는 부당이득에 해당한다고 주장하며 이 사건 소를 제기하였습니다.

(2) 피고 주장의 요지

이에 대하여 피고는 다음과 같은 점들에 비추어 볼 때 이 사건 문화재관람료의 징수는 문화재보호법에 근거하여 적법하게 이루어진 것이라고 주장하며 원고의 주장을 다투었습니다.

① 문화재보호법은 문화재의 소유자 등에게 문화재를 공개하는 대가로 관람
자로부터 문화재관람료를 징수할 수 있는 권한을 부여하고 있는바, 문화재의
소유자 등에게는 문화재보호법의 규정을 일탈하지 않는 범위 내에서 관람료
징수방법의 선택에 관한 일정 범위의 재량권이 부여되어 있다고 보아야 하
고, 문화재의 소유자 등이 택한 관람료 징수방법이 위와 같은 재량권의 범위
내에 있는지 여부는 당해 문화재의 특성 및 문화재보호법 내지 문화재관람
료 징수제도의 취지를 고려하여 판단하여야 한다.

② 피고가 소유하고 있는 문화재 중 문화재자료 '천은사'에는 천은사 본사만
이 아니라 그 구성부분인 '천은사 방장선원', '삼일암', '도계암' 등의 산내 암
자들은 물론 위 사찰이나 암자들의 존엄과 풍치 보존을 위해 사용되고 있다
고 볼 수 있는 주변의 일정 범위의 토지가 포함된다고 보아야 한다(문화재자
료 천은사가 위와 같은 범위를 가진다는 점은 위 문화재의 수량이 '일원(一
圓)'으로 지정되어 있다는 데에서도 잘 드러난다).

③ 위와 같이 피고가 소유하고 있는 문화재, 특히 문화재자료 천은사의 특
성상 피고 소유의 문화재에 대한 관람행위를 일정한 공간 내에서 관람이 이
루어지는 박물관이나 미술관에서의 관람행위와 동일시하여 피고가 소유하고
있는 수종의 문화재별로 차폐시설을 설치하는 등으로 일일이 문화재 관람의
사의 유무를 확인하여 관람료를 징수하도록 요구하는 것은 사실상 불가능할
뿐만 아니라, 설사 가능하다고 하더라도 그와 같은 방법은 문화재의 주위 경

관을 훼손하고 관람자들이 문화재관람을 통하여 얻는 이익을 감소시키는 등
효과를 초래함으로써 문화재보호법의 목적이나 유지·관리비용의 조달을 통
한 문화재의 효율적, 지속적 보존·관리를 도모하고자 하는 문화재관람료 징
수제도의 취지를 몰각시키는 결과가 될 것이다.

④ 뿐만 아니라 이 사건 대표소는 피고 사찰의 일주문 안에 위치하고 있고
조금만 더 올라가면 천은사 본사의 경관이 보이게 되므로 이 사건 대표소를
통과하는 입장객들은 누구나 인근에 피고 사찰이 소재하고 있다는 점과 일
주문을 통과함으로써 피고 사찰의 경내지에 진입하였다는 점을 인식할 것이
고, 또한 이 사건 대표소를 통하여 입장한 사람들은 문화재자료 천은사를 포
함하여 피고 소유의 문화재 전부를 아무런 제한없이 관람할 수 있는 이상,
이 사건 대표소에서 관람료를 납부하고 입장한 사람들은 문화재보호법 소정
의 '관람자'에 해당한다고 보아야 한다. 특히 이 사건 도로는 '공간적 이동'
만을 목적으로 하는 일반 도로와는 달리 관광도로의 성격을 가지고 있으며
로 원고가 이동하고자 하는 구간을 연결하는 다른 도로가 존재하는 상황에
서 이 사건 도로를 따라 피고 사찰의 경내지에 진입한 원고에게는 피고 소
유의 문화재, 특히 문화재자료 천은사를 관람하려는 의사가 있었다고 보지
않을 수 없으며, 실제로 원고는 이 사건 도로를 따라 이동하는 과정에서 피
고 소유의 문화재들을 자연스럽게 감상하였을 것이라는 점에서도 원고는 문
화재보호법 소정의 '관람자'에 해당함이 명백하다.

⑤ 이와 같이 피고가 그 소유 문화재의 특성을 고려하여 피고 사찰의 일주

문 안쪽에 위치한 이 사건 때표소여 : 그들을 통과하는 문화재들을 관·자
로 취급하여 문화재관람료를 징수하는 방법을 택한 것은 문화재보호법에 의
하여 문화재 소유자인 피고에게 부여된 관람료 징수방법 선택에 관한 재량
권의 범위 내에 속하는 것으로서 문화재보호법의 규정을 일탈하지 않음은
물론 문화재보호법 내지 문화재관람료 징수제도의 취지에도 부합하는 것이
고, 또 실제로 원고는 문화재보호법 소정의 '관람자'에 해당함이 명백하므로
피고가 원고로부터 징수한 문화재관람료를 법률상 원인없는 부당이득이라고
볼 수는 없다. 또한 이와 같이 피고의 문화재관람료 징수가 법적 근거가 있
는 정당한 것으로 인정되는 이상 피고가 관리공단과의 협의에 따라 문화재
관람료와 국립공원입장료를 통합하여 징수하였다고 하여 그 문화재관람료가
부당이득이 된다고 볼 수도 없다.

다. 원심판결의 요지

위와 같은 원·피고 쌍방의 주장에 대하여 원심은 아래에서 보는 것처럼 피
고의 주장을 대부분 받아들이면서도 납득하기 어려운 공물이용관계에 관한
법리를 끌어들이어 앞서의 적법한 판단과 도저히 조화될 수 없는 부당한 결론
을 내리고 말았습니다.

(1) 국립공원입장료와 문화재관람료의 통합징수 문제 - 피고 주장 채택

국립공원입장료와 문화재관람료의 통합징수 자체가 위법하므로 피고가 원고

로부터 징수한 문화재관람료는 부당이득으로서 : : : : : 야 한 : : : : : 외
주장에 대하여 원심은 아래와 같이 판시하였습니다(원심판결 7~8면).

문화재관람료는 문화재보호법의 규정에 따라 문화재의 소유자 등이 '관람자'
로부터 징수할 수 있고, 국립공원입장료는 자연공원법 제26조에 의하여 공원
관리청이 그 '입장객'으로부터 이를 징수할 수 있게 되어 있어 그 근거법령,
징수주체, 징수대상 등이 상이하나, 이 사건에서와 같이 국립공원 입장과 문
화재관람의 기회가 동시에 제공될 수 있는 지역에서 국립공원입장료와 문화
재관람료를 각 징수주체가 개별적으로 징수할 것인지 아니면 상호 협의하에
통합하여 징수할 것인지 여부는 각 징수주체가 자율적으로 결정할 수 있는
것이지 반드시 법적 근거가 요구되는 것은 아니라고 할 것이므로, 국립공원
입장료와 문화재관람료의 통합징수 사실 자체가 부당이득의 성립을 좌우하
는 문제가 되는 것은 아니다.

(2) 문화재관람료 징수방법의 선택에 있어서 문화재 소유자 등이 가지는 재량권 - 피고 주장 채택

문화재 소유자 등의 관람료 징수권을 실질적으로 보장하기 위해서는 합리적
인 범위 내에서 문화재 소유자인 피고에게 관람료 징수방법의 선택에 관한
재량권이 인정되어야 할 것이다. 그런데 피고 소유의 문화재들 중에는 '천
은사 극락전 아미타후불탱화' 1폭, '천은사 나옹화상원불' 1구와 같은 동산이
나 '천은사 극락보전' 1동과 같은 특정 건조물과 같이 일반 공중의 출입을

용이하게 통제할 수 있는 문학과 역사 현은... 일련의 부속
기서 '일원'이라 함은 '천은사 문서' 외에 그 구성부분인 '천은사 방장선원',
'삼일암', '도계암' 등 피고 사찰의 경내지 내에 소재하고 있는 일련의 부속
건조물들을 포괄하여 이를 일체로 파악하는 수량 단위로 볼 수 있고, 아울러
위 방광리 일대는 자연적으로 형성된 수려한 풍경과 인위적으로 형성되어
역사적·예술적 가치가 있는 피고 소유의 문화재가 어우러져 그 입장객으로
하여금 정서적 안정, 심신의 단련, 문화체험의 기회 등을 동시에 제공할 수
있는 환경을 갖추고 있는 점 등을 고려할 때, 피고가 피고 사찰의 경내지 일
대에 산재하고 있는 수종의 문화재에 대하여 일일이 일반 공중의 출입을 통
제할 수 있는 관리소 등을 설치하여 개별적으로 관람료를 징수하는 방법을
택하지 아니하고 피고 사찰의 일주문을 통과한 지점에 소재한 이 사건 대표
소에서 피고 소유 문화재 전체에 대한 관람료를 일괄하여 징수하는 방법을
택한 것도 수긍할 수 있는 측면이 있다(원심판결 8~9면).

(3) 관람자성 유무의 판단기준 - 피고 주장 채택

피고가 원고로부터 관람료로 징수한 금원의 보유가 법적으로 정당화되기 위
해서는 원고를 문화재보호법상 관람료징수의 대상인 '관람자'로 볼 수 있어
야 한다(문화재보호법 제39조, 제58조 제2항). 그런데 문화재보호법상 '관람
자'라고 함은 일응 '주관적으로 문화재를 관람하고자 하는 의사를 가지고 객
관적으로는 문화재 관람행위를 행하는 자'라고 정의할 수 있겠으나, 다수의
공중을 대상으로 획일적 방법으로 관람료를 징수하여야 할 필요성을 고려하

어 문화재의 소유자인 피고가 선택한 통상적 관람료로 볼 수 있는 공중의 출입을 통제하면서 관람료를 징수하는 방법을 택한 것이 그 소유 문화재 전체에 대한 관람료를 일괄하여 징수하는 방법을 택한 것을 정당하다고 보는 이상, '관람자'에 해당하는지의 여부는 실제로 문화재를 관람하고자 하는 내심의 의사가 있었는지 여부 또는 관람료 납부 후에 실제로 관람행위를 하였는지 여부는 물론이고 그러한 의사나 행위가 없었다 하더라도 적어도 문화재가 공개되고 있는 장소에 임하여 그 문화재에 대한 물리적·장소적 접근 기회의 부여를 요구하는 외부적인 의사표시를 한 것으로 볼 수 있는지 여부까지 고려하여 객관적으로 결정되어야 할 것이다(원심판결 9~10면).

(4) 원고를 피고 소유 문화재들에 대한 관람자로 볼 수 있는지 - 피고 주장 배척

이상에서 살펴 본 것처럼 원심은 이 사건 청구의 당부를 가림에 있어 전제가 되는 사실인정이나 법률판단에 관하여 피고의 주장을 거의 대부분 수용하였음에도 불구하고, 정작 '원고를 피고 소유의 문화재들에 대한 관람자로 볼 수 있는지' 여부를 가리는 결론 부분에서는 아래와 같은 이유로 원고의 주장을 받아들이고 말았습니다.

원고는 2000. 4. 30. 차량을 이용하여 이 사건 도로를 따라 위 방광리 방면에서 위 산내면 방면으로 이동하였을 뿐 실제로 피고 소유의 문화재를 관람하

지는 : -한 참
관람자로 볼 수 :
대한 결론을 도출함에 있어서 판단의 근거 :지 :로가 될 수는 없다고
것입니다), 원고가 이 사건 매표소에서 문화재관람료를 납부하였다고 하더라
도 이는 통합징수되는 문화재관람료를 납부하지 않고서는 이 사건 도로를
이용할 수 없는 상황에서 도로 이용을 위하여 부득이 이루어진 것일 뿐 그
관람료 납부행위를 들어 원고가 피고에 대하여 피고 소유의 문화재에 대한
관람을 요구하는 외부적인 의사표시를 한 것으로 해석할 수는 없으며, 아울
러 피고의 주장과 같이 원고가 이 사건 매표소에 임하여 바로 인근에 피고
사찰이 소재하고 있다는 점과 피고 사찰의 일주문을 통과함으로써 피고 사
찰의 경내지에 진입하였다는 점을 인식하였고 나아가 차량을 이용하여 이
사건 도로를 따라 이동하는 과정에서 피고 소유의 문화재들 중 일부를 자연
스럽게 보게 되었다고 하더라도 이는 지방자치단체가 일반 공중의 통행에
제공한 공물(公物)인 이 사건 도로의 이용과정에 수반된 것일 뿐 그와 같은
사정을 들어 원고에게 피고 소유의 문화재에 대한 관람의사가 있었다거나
원고가 피고 소유의 문화재에 대한 관람행위를 한 것으로 볼 수 없음은 물
론 관람을 요구하는 의사표시를 한 것으로도 볼 수는 없는 점, 피고의 주장
과 같이 문화재관람료 징수제도의 취지가 유지·관리비용의 조달을 통한 문
화재의 효율적, 지속적 보존·관리를 도모하고자 하는 데 있고, 앞서 본 바
와 같이 피고 소유 문화재의 특성에 비추어 피고로 하여금 일반 공중을 대
상으로 일일이 관람의사 유무를 확인하여 관람의사가 인정되는 사람들로부
터만 관람료를 징수할 것을 요구하는 것은 현실적으로 무리가 있고 문화재

고로서는 획일적 방법으로 일정 범위의 사람들을 대상으로 관람료를 징수하는 방법도 있다고 보아야 할 것이며, 그와 같이 피고가 선택한 방법이 합리적이라고 인정되는 경우라면 그러한 방법은 피고에게 부여된 관람료 징수권의 범위 내에 속하는 것으로서 존중되어야 할 것이나, 이 사건 도로를 이용하는 사람들 중 단순히 도로이용자로만 보아야 할 사람들과 문화재관람자로 볼 수 있는 사람들을 구별하여 후자에 대하여만 관람료를 징수할 수 있는 보다 합리적인 방법의 강구가 불가능하다거나 그와 같은 방법이 피고에게 과도한 부담을 지우는 것이라고 단정할 수도 없는 이상(한편 원심은 위와 같은 대안의 하나로 “관람지역에 입장하는 사람들에게 일단 일괄적으로 문화재관람료를 징수한 다음 소정의 시간 내에 관람지역을 벗어나는 사람들에게 대하여는 관람료를 환불하여 주는 방법”을 제시하고 있습니다) 이 사건 도로가 피고 사찰의 경내지를 통과한다는 사실만으로 그 도로이용자를 예외없이 관람자로 취급하여 관람료를 징수하는 것은 합리성이 없다고 보이는 점, 아울러 이 사건 도로 외에도 원고가 이동한 구간을 연결하는 다른 도로가 존재하고 이 사건 도로가 지리산 관광이나 피고 소유의 문화재관람을 주된 목적으로 하여 개설되었다고 하더라도 이를 이유로 도로관리청인 전라남도가 이 사건 도로의 통행자로부터 통행료를 징수할 수 있는 것은 별론으로 하고 그 도로 부지의 소유자인 피고가 그 도로 통행자에 대하여 문화재관람료의 납부를 강제할 근거는 없는 점 등의 제반 사정에 비추어 보면, 이 사건에서 원고는 문화재관람에 대한 의사나 행위가 없었음은 물론 문화재관람에 대한 외부적인 의사표시를 한 것으로도 인정할

수 없어 위에서 말하는 등 ... 로 ...
고 아울러 원고를 '관람자'로 취급하여 원고로부터 ... 를 징수 ... 피고의
행위가 정당화되기도 어렵다고 할 것이다(원심판결 10~12면).

2. 상고이유 - 원심에는 문화재보호법상 '문화재관람' 및 '문화재관람자'의 의미와 범위에 관한 법리 오해, 이유 불비 및 이유 모순 등의 위법이 있습니다.

가. 원심은 문화재보호법상 '문화재관람', '문화재관람자'의 의미 및 범위에 관한 판단기준을 이 사건에 적용하는 과정에서 오류를 범하였습니다.

(1) 문화재보호법은 문화재 소유자 등이 그 소유 등 문화재를 공개하는 경우 관람자로부터 문화재관람료를 징수할 수 있도록 하고 있습니다(문화재보호법 제39조, 제58조 제2항). 이러한 문화재관람료 징수제도는 '문화재관람'이라는 편익제공에 대한 반대급부의 성격을 가지고 있으며, 문화재의 효율적이고 지속적인 보존·관리의 책임을 문화재 소유자 등에게 부담시키고 그 비용을 '당해 문화재에 대한 관람'이라는 편익을 누리는 수익자들로부터 조달하도록 하고 있는 우리 나라 문화재보호·관리정책의 근간을 이루는 것입니다.

(2) 어쨌든 이 사건에 있어서 피고가 그 소유 문화재들을 일반 공중에게 공개하고 있음은 분명하므로, 이 사건 청구의 당부는 피고에게 1,000원의 문화재관람료를 납부한 원고를 '피고 소유의 문화재에 대한 관람자'로 볼 수 있는지 여부에 따라 가려지게 될 것입니다.

를 판정하는 기준에 관하여, 원심은 「문화재보호법상 “조각작”은 “조각”을 용 ‘주관적으로 문화재를 관람하고자 하는 의사를 가지고 객관적으로는 문화재 관람행위를 행하는 자’라고 정의할 수 있겠으나, ... ‘관람자’에 해당하는지의 여부는 실제로 문화재를 관람하고자 하는 내심의 의사가 있었는지 여부 또는 관람료 납부 후에 실제로 관람행위를 하였는지 여부는 물론이고 그러한 의사나 행위가 없었다 하더라도 적어도 문화재가 공개되고 있는 장소에 임하여 그 문화재에 대한 물리적·장소적 접근 기회의 부여를 요구하는 외부적인 의사표시를 한 것으로 볼 수 있는지 여부까지 고려하여 객관적으로 결정되어야 할 것」이라는 기준을 제시하고 있습니다(원심판결 9~10면).

(3) 위와 같은 원심의 판시는 “문화재관람의 의사가 없었거나 관람료 납부 후에 실제로 관람행위를 하지 않았다 하더라도 적어도 문화재가 공개되고 있는 장소에 임하여 그 문화재에 대한 물리적·장소적 접근 기회의 부여를 요구하는 외부적 의사표시를 한 자는 문화재관람자로 보아야 한다”는 취지임이 너무도 분명합니다. 그리고 이는 곧 문화재를 공개하고 있는 문화재 소유자 등을 상대로 당해 구역, 즉 ‘공개되고 있는 문화재의 관람이 가능한 지역’ 안으로 진입할 기회를 부여해 줄 것을 요구하는 의사를 표시한 자는 문화재보호법상 문화재관람자에 해당한다는 것에 다름아닙니다.

이 사건의 경우 피고는 피고 소유의 문화재에 대한 제한없는 관람이 가능한

그역의 초안과 이 사건 재판기록은 다음과 같다.

피고는 바로 위 장소에 은하여 위 문화재에 대한 물리적·장소적 접근 기회의 보장을 요구한 것이 너무도 분명하므로, 문화재관람자 해당 여부에 관하여 위와 같은 판단기준을 채택하고서도 피고를 문화재관람자로 볼 수 없다고 본 원심의 결론은 그 자체로서 이유 모순의 위법을 범하였다고 보지 않을 수 없습니다.

(4) 설사 원심이 채택한 문화재관람자 해당 여부에 관한 판단기준이 위 (3)항에서 본 것과 같은 의미를 갖지 않는다 하더라도, 원심이 “외부적으로 드러난 객관적 사정에 기초하여 문화재관람의사의 유무나 문화재관람행위의 존부를 가리는 방법으로 문화재관람자 해당 여부를 판단하여야 한다”는 기준을 채택한 것만큼은 틀림없다 할 것입니다.

이는 피고가 1심과 원심을 통해 일관되게 주장하여 온 문화재관람자 해당 여부의 판단 기준과 전적으로 일치하는 것입니다(2000. 8. 31.자 준비서면 6~7면, 2001. 9. 19.자 준비서면 1~2면 등). 즉 문화재관람자란 ‘주관적으로 문화재를 관람하고자 하는 의사를 가지고 객관적으로는 문화재 관람행위를 행하는 자’라는 원칙 하에서, 다만 내심의 의사는 외부적으로 나타나는 객관적 요소에 의해 확인될 수밖에 없고 문화재관람행위라는 행태 역시 그 자체로서 명백한 것이 아니라 위 행위를 둘러싼 제반 사정들에 비추어 ‘평가’될 수밖에 없다는 점을 감안하여, 위와 같은 문화재관람의사의 존부, 문화재관람행위의 존부 등은 외부적으로 나타나는 객관적 요소들에 비추어 판단되어

같은 판단의 기준이 되는 객관적 사실은 문화재의 분포 상황, 문화재관람료 납부의 대가로 문화재관람서비스의 제공을 제의받은 자가 그 지위를 통하여 이동가능한 경로와 그 과정에서 당해 문화재와 맺게 되는 관계 등을 들 수 있으며, 아울러 ③ 문화재보호법의 입법취지, 문화재관람료 징수제도의 목적 등이 부수적으로 고려되어야 한다고 주장하였으며, 이러한 피고의 주장은 원심에 의해 전적으로 수용되었습니다.

그럼에도 불구하고 원심은 막상 위와 같은 법리를 이 사건에 적용하는 단계에서는 “피고 소유 문화재에 대한 관람 내지 관람의 가능성은 이 사건 도로 이용에 부수된 것에 불과하다”는 원고의 주장에 경도되어, 스스로 채택한 판단기준 내지 판단요소들에 의하지 아니하고 원고가 주장하는 내심의 의사만을 유일한 기준으로 삼음으로써 판단을 그르치고 말았습니다.

나. 원심은 피고 소유의 문화재, 특히 문화재자료 천은사의 범위 및 그 성격을 제대로 파악하고서도 그것과 문화재관람행위와의 상관관계를 전혀 고려에 넣지 못하였습니다.

(1) 문화재관람행위 내지 문화재관람자 해당 여부를 판정하기 위한 구체적인 기준들(위 가.항 참조) 중에서 가장 중요한 것은 ‘문화재의 분포 상황 및 그 성격’이라고 할 수 있습니다. 위 기준은 일차적으로 문화재관람의 ‘공간적

를 본

격에 따라 '관람행위'의 다양성 즉 관람자의 문화적 배경에 따라
'관람자와 문화재 사이의 관계' 등이 다양하게 발현될 수 있는데
그 중요성이 더욱 강조되어야 할 것입니다.

(2) 위와 같은 고려 하에 피고 소유의 문화재들, 특히 '문화재자료 천은사'가
갖는 특성을 정리하여 보면 아래와 같습니다.

먼저 문화재자료 천은사는 피고 사찰의 경내외에 걸쳐 폭넓게 분포하고 있
고, 그 관람구역을 획일적으로 정하기 어려울 뿐 아니라 만약 관람구역을 비
관람구역과 엄격히 구분할 경우에는 주위경관을 훼손하고 관람자들이 문화
재관람으로부터 얻는 편익을 감소시키게 된다는 특수성을 가지고 있습니다.

다음으로 문화재자료 천은사는 그에 소속된 사찰건물 각각이 독립하여 예술
적·역사적 가치를 가질 뿐 아니라 위 건물들이 소재하고 있는 사찰 전체와
그 수행환경, 주변의 자연적·문화적 환경 등이 일체가 되어 문화재로서의
가치를 발휘하고 있다는 점이 간과되어서는 안 될 것입니다. 다시 말해 문
화재자료 천은사는 '천은사 본사와 방장선원, 그 부속암자 등 따로 떨어져
서 있는 개개 사찰건물의 단순한 합'이 아니라, '단일한 종교적·문화적·자
연적 공간'으로서 존재하는 것이며 그러한 차원에서 비로소 문화재로서의 온
전한 가치를 갖게 된다는 점입니다.

또한 문화재자료 천은사는 가급적 세월이 걸쳐 문화재로서의 가치를 형성, 유지하여 왔다는 역사적 맥락이 사상되어서는 안 될 것입니다. 피고 사찰은 신라 중기에 창건된 이후 천년이 넘는 세월 동안 이곳 방광리 일대의 지리 산자락에서 주변의 자연환경과 어우러져 수많은 승려, 신도 및 일반인들의 정신적 안식처가 되어 왔습니다(참고자료 1 참조). 문화재자료 천은사의 가치는 바로 위와 같은 역사적 배경과 떼려야 뗄 수 없는 관계에 있으며, 피고 사찰이 문화재자료나 전통사찰로 지정된 것과는 무관하게, 그리고 이 사건 도로가 위 종교적 공간을 관통하여 개설되기 훨씬 이전부터 엄연히 존재하여 왔던 것입니다.

(3) 원심도 위와 같은 문화재자료 천은사의 특수성에 관해 정확히 이해한 것으로 보입니다. 「피고 소유의 문화재들 중에는 '천은사 극락전 아미타후불탱화' 1폭, '천은사 나옹화상원불' 1구와 같은 동산이나 '천은사 극락보전' 1동과 같은 특정 건조물과 같이 일반 공중의 출입을 용이하게 통제할 수 있는 문화재 외에 '천은사' 일원이 포함되어 있는바, 여기서 '일원'이라 함은 '천은사 본사' 외에 그 구성부분인 '천은사 방장선원', '삼일암', '도계암' 등 피고 사찰의 경내지 내에 소재하고 있는 일련의 부속 건조물들을 포괄하여 이를 일체로 파악하는 수량 단위로 볼 수 있고, 아울러 위 방광리 일대는 자연적으로 형성된 수려한 풍경과 인위적으로 형성되어 역사적·예술적 가치가 있는 피고 소유의 문화재가 어우러져 그 입장객으로 하여금 정서적 안정, 심신의 단련, 문화체험의 기회 등을 동시에 제공할 수 있는 환경을 갖추고 있는

의 문화재

물

을 설치하여 개별적으로 관람료를 징수할 수 있다.

사찰의 일주문을 통과한 지점에 소재한 이 사건 대표소에서 피고 소유 문화재 전체에 대한 관람료를 일괄하여 징수하는 방법을 택한 것도 수긍할 수 있는 측면이 있다」(원심판결 8~9면)는 판시 부분은 바로 위와 같은 문화재자료 천은사의 성격에 대한 이해에 터잡고 있다 할 것입니다.

(4) 한편 위 (1)항에서 언급한 것과 같이 공개되는 문화재가 어떤 성격을 갖고 있는지에 따라 그 문화재에 대한 관람행위의 태양과 의미는 달라질 수밖에 없습니다. 즉 원고가 예로 들고 있는 것과 같은 미술관이나 박물관에 소장되어 있는 문화재에 대한 관람행위, 피고 소유의 문화재들 중 동산이나 특정 건조물과 같은 개별적 문화재에 대한 관람행위, 이 사건에서 문제되고 있는 문화재자료 천은사에 대한 관람행위가 동일한 외관을 갖고 똑같은 방식으로 행해질 수는 없는 것이므로, 위와 같은 차이를 고려하지 않고 형식적·획일적 관점에서 하나의 기준에 의해 문화재관람자 해당 여부가 평가, 판단되어서는 아니될 것입니다. 다시 말해 문화재자료 천은사와 같은 유형의 문화재에 대한 관람행위는 '관찰하고 만져보는 식'이 아니라 '바라보고 그 안에서 느끼는 식'으로 이루어질 수밖에 없는 것입니다.

원심이 문화재자료 천은사의 범위나 특성, 이로부터 연유하는 문화재관람료 징수방법에 있어서 폭넓은 재량의 요청 등을 정확히 파악하였음에도 불구하고

차별성을 갖지

다. 원심은 이 사건 도로의 성격 및 그 이용행위의 의미에 관한 오해에 머물
고 있습니다.

(1) 원심은 이 사건 도로가 공중의 이용이 자유롭게 보장되는 공물에 해당하
며 피고 소유 문화재에 대한 관람행위에 해당하는지 여부가 논란이 되고 있
는 원고의 행위가 위 도로를 이용하는 과정에서 이루어졌다는 점을 절대시
하여 원고를 '문화재관람자'로 볼 수 없다는 결론을 내리고 말았습니다. 그
러나 이러한 결론은 아래에서 살피는 사정들에 비추어 볼 때 결코 정당하다
고 볼 수 없습니다.

(2) 우선 이 사건 도로는 공간적 이동을 목적으로 하는 일반 도로와는 그 성
격이 판이하게 다르며, 지리산국립공원 관광루트 개설 차원에서 확·포장되
어 실제로 위와 같은 관광 목적으로 이용되고 있습니다. 이 사건 도로는
1948. 여순사건 당시 군사작전도로로 개설되었던 것이 5·16 군사쿠데타 이
후 국토건설단에 의해 확장·보수되었다가 1986. 88서울올림픽을 앞두고 관
광진흥의 목적으로 확·포장공사가 시작되어 1988. 말에 준공을 마친 관광도
로입니다(2001. 9. 19.자 피고 준비서면 11면, 2001. 12. 11.자 피고 준비서면
1면, 을제9호증 참조).

구례읍

월까지의 관광철에만 운행을 하고 (반선에서부터 성삼재까지 약 20km 구간은 오직 자가용 차량을 이용한 통행만이 가능합니다(위 준비서면 2면). 또한 지리산을 기준으로 피고 사찰의 반대편에 있는 남원에서는 매일 시내버스가 운행하고 있으나 반선에서부터 성삼재까지 약 20km 구간은 오직 자가용 차량을 이용한 통행만이 가능합니다(위 준비서면 2면). 이러한 점에 비추어 볼 때에도 이 사건 도로의 관광도로로서의 성격은 분명히 드러난다고 할 것입니다.

(3) 또한 원심이 간과한 것은 관광 이외의 목적으로 이 사건 도로를 이용할 하등의 이유가 없다는 점입니다.

이 사건 도로의 통행조건과 통행시간 등에 관하여 피고는 2001. 12. 11.자 준비서면 3~5면에서 상세한 주장을 한 바 있습니다. 즉 이 사건 도로는 굴곡이 심한 산악도로로서 원고가 주장하듯이 거리상으로는 '구례-산내면 사이', '구례-칠선계곡, 백무동계곡이 소재한 함양군 사이'를 연결하는 최단거리 도로이지만, 이동시간이나 안전성, 비용 등의 측면에서는 제17번 국도, 제19번 국도, 제24번 국도 등을 이용하는 것이 더 유리합니다(을제10호증, 을제11호증, 을제18호증의 1 내지 5 각 참조). 참고로 아래 표는 구례에서 남원까지의 구간에 관하여 이 사건 도로와 제17번 국도를 이용할 경우의 거리 및 소요시간을 비교한 것입니다. 바로 그런 이유로 지리산국립공원관리소에서는

를

증 참조).

도로명	거리	소요시간
17번 국도	4차선 직선도로, 33km	시속 80km로 주행, 약 35분 소요
이 사건 도로	2차선 산악도로, 42.4km	시속 20~30km로 주행, 80~100분 소요

(4) 이 사건 도로 중 이 사건 매표소에서 시암재(성삼재 1km 전방)에 이르는 구간의 주위는 민가나 농경지 등이 전혀 없는 피고 소유의 임야입니다. 그리고 이 사건 도로 주변에는 단순히 천은사 본사와 방장선원, 도계암, 수도암 등의 부속암자들이 '산재'하여 있는 것에 그치지 않고(피고 제출의 비디오 테이프에 대한 검증결과 참조) 문화재자료 천은사라는 단일한 '종교적, 문화적, 자연적 공간'이 펼쳐져 있습니다. 실제로 이 사건 매표소를 통과하여 이 사건 도로를 이용하는 사람들은 천은사 일원의 관람과 지리산의 경관 감상 및 정신적 휴식을 목적으로 하는 관광객이 거의 대부분입니다. 그 경우 관광의 대상은 '피고 사찰이 속해 있는 지리산 자락'이며, 바로 피고 소유의 '문화재자료 천은사'가 그 상당 부분을 차지하고 있는 것입니다.

(5) 통행조건이 위와 같이 열악함에도 불구하고 이 사건 도로가 이용되는 이유는 그 이용자들이 바로 위 도로 주변으로 펼쳐져 있는 지리산국립공원의

입니다).

그렇다면 이 사건 매표소를 통해 입장하여 이 사건 도로를 이용해서 성삼재
방면으로 이동하였다는 것은 그 자체로 피고 소유의 문화재에 대한 관람의
사를 징표하고 있다고 하지 않을 수 없으며, 피고 소유의 문화재자료 천은사
의 한가운데를 통과하는 위 도로를 이용하는 것은 위 문화재의 공개로 인해
부여되는 문화재관람의 편익을 향유하려는 의도 내지 목적 하에, 이를 실제
로 향유하는 행위라고 보아야 할 것입니다.

라. 원심은 이 사건의 해결과는 전혀 무관한 '공물이용에 관한 법리'를 끌어
들었으며, 공물이용의 법률관계와 문화재관람의 법률관계를 혼동하고 말
았습니다.

원심은 「원고가 이 사건 매표소에 임하여 바로 인근에 피고 사찰이 소재하
고 있다는 점과 피고 사찰의 일주문을 통과함으로써 피고 사찰의 경내지에
진입하였다는 점을 인식하였고 나아가 차량을 이용하여 이 사건 도로를 따
라 이동하는 과정에서 피고 소유의 문화재들 중 일부를 자연스럽게 보게 되
었다고 하더라도 이는 지방자치단체가 일반 공중의 통행에 제공한 공물(公
物)인 이 사건 도로의 이용과정에 수반된 것일 뿐 그와 같은 사정을 들어 원

하는 식으로 법원을 설득하여 판결을 이끌어내려는 행위를 하고 있는
한 법리를 실시하고 있음

비서면 3면 이하의 원고 주장에 착안하여
있는 대법원판결(대법원 1992. 9. 22. 선고 91누10012 호)과
과 아무런 관계가 없음은 물론이고 “피고 사찰이 이 사건 도로에 관하여
떠한 특별사용관계도 가지고 있지 않다”는 점을 이 사건 문화재관람료 징수
의 부당성과 연결짓고 있는 부분 역시 무의미한 주장에 불과합니다.

그러나 공물이용에 관한 법률관계와 문화재관람에 관한 법률관계는 상호간
에 어떠한 영향을 미칠 여지도 없는 별개의 것이므로, 전자에 관한 법리를
후자의 해석을 위해 끌어낸 원심의 판시는 도저히 납득이 되지 않습니다.
피고 역시 원고를 비롯한 우리 나라 국민들이 이 사건 도로를 자유롭게 통
행할 수 있다는 점에 관하여 이견이 없습니다. 그러나 위 도로를 이용하는
행위가 피고가 공개하고 있는 문화재, 특히 문화재자료 천은사에 대한 관람
행위의 성격을 갖는 이상 그 관람자는 당연히 피고에게 문화재관람료를 납
부하여야 하는 것이며, 이 사건 도로를 자유롭게 이용할 권리가 있다거나 위
관람행위가 공물이용행위과 함께 이루어졌다는 등의 이유만으로 관람료 납
부의무가 면제될 수는 없는 것입니다. 만약 원심이 이 사건 도로를 통해 문
화재자료 천은사를 가로지르며 그 경관을 감상한 원고의 행위가 위 문화재
에 대한 관람행위에 해당하지 않는다고 판단하였다면 그것만으로 원고에게

한편 원심이 제시한 공물에 관한 법리에 의하더라도, 앞서 본 것과 마찬가지로 문화재자료 천은사의 분포상황이나 그 특성, 이 사건 도로의 성격과 그 이용행위의 의미 등에 비추어 볼 때, 원고가 피고 소유의 문화재자료 천은사를 관람한 것이 이 사건 도로의 이용행위에 단순히 수반되었다고 보는 것은 그야말로 주객이 전도된 판단이라고 하지 않을 수 없습니다.

마. 원심의 결론대로라면 피고는 문화재자료 천은사에 대한 관람료를 징수할 도리가 없게 되며 이는 원심이 적법하게 인정한 문화재관람료 징수에 관한 법리에도 모순되는 것입니다.

원심은 피고 소유 문화재의 분포 상황, 문화재자료 천은사의 특성, 문화재 소유자 등에게 문화재관람료 징수방법의 선택에 관한 재량이 보장되어야 한다는 등의 이유를 들어 「피고가 피고 사찰의 일주문을 통과한 지점에 소재한 이 사건 매표소에서 피고 소유 문화재 전체에 대한 관람료를 일괄하여 징수하는 방법을 택한 것도 수긍할 수 있다」고 해 놓고서는(원심판결 9면), 다시 「단순한 도로이용자와 문화재관람자를 구별하여 후자에 대하여만 관람료를 징수할 수 있는 보다 합리적인 방법의 강구가 불가능하다거나 그와 같은 방법이 피고에게 과도한 부담을 지우는 것이라고 단정할 수 없다」는

그러나 원심이 '합리적 대안'으로 제시하고 있는 사항들에 대하여 일단 일괄적으로 문화재관람료를 징수할 수 있는 시간 내에 관람지역을 벗어나는 사람들에게 대하여는 관람료를 환불하여 방법'은 자세히 살펴 보면 이 사건에 적용될 합리적 징수방안으로 보기 어렵습니다. 왜냐하면 위 방안은 천은사 본사 쪽으로 입장하거나 중간에서 차를 내려 상당한 시간 동안 천은사 경내에서 머무는 경우 이외에 이 사건 도로를 이용하여 이동하면서 문화재자료 천은사를 관람하는 관람객들은 문화재 관람자에 해당하지 않는다는 것을 전제하고 있는바 그러한 전제가 부당함은 말할 나위가 없기 때문입니다. 또한 위 대안이라는 것은 원고가 제시한 바 있는 남한산성의 사례에 착안한 것으로 보이나(2000. 9. 28.자 원고 준비서면 3면), 861번 지방도가 문화재자료 천은사의 한가운데를 통과하고 있어 위 도로의 이용행위가 곧 문화재관람행위로 평가될 수 있는 이 사건과 위 남한산성의 경우가 동등하게 비교될 수도 없습니다.

따라서 원심의 결론대로라면 피고는 천은사 본사 입구에 관람료 징수창구를 설치할 수밖에 없으며 결국 문화재자료 천은사라는 문화재에 대해서는 그 공개의 대가로 관람자들로부터 관람료를 징수하는 것을 포기할 수밖에 없습니다. 이러한 결론은 문화재자료 천은사의 특성을 감안하여 일주문을 통과한 지점에서 문화재관람료를 징수하는 것이 정당하다고 인정하는 한편 합리

혹히 모순되는 것이며, 문화재보호법의 취지에 부합하지도 볼 수도 없습니다. 이처럼 판결이유가 서로 용납할 수 없는 모순된 내용을 담고 있다는 점에서도 원심판결은 위법하다는 비난을 면치 못할 것입니다.

바. 소결론

그렇다면 원심은 문화재자료 천은사의 범위와 특성, 이 사건 도로의 성격 및 그 이용행위의 의미 등을 제대로 파악하지 못한 결과 문화재보호법상 문화재관람행위 및 문화재관람자의 범위에 관한 해석을 그르치고 이유 모순의 위법을 범하였다고 보지 않을 수 없습니다.

오히려 1심과 원심 및 본 상고이유에서 자세히 적시한 여러 가지 사정들에 비추어 볼 때 원고는 피고 소유의 문화재, 특히 문화재자료 천은사를 관람하였다고 보는 것이 마땅하며, 따라서 피고가 원고로부터 징수한 문화재관람료가 부당이득이 될 여지는 없다고 할 것입니다.

3. 결 론

이상에서 본 것과 같이 원심은 문화재보호법상 문화재관람행위 및 문화재관람자의 의의와 범위에 관한 법리 오해, 이유 모순 등의 위법을 범하였음이 분명하므

로 마땅히 파기되어야 합니다.

부디 이 사건 상고이유를 깊이 헤아리시어 피고에게 다시 한번 정당한 판단을 받을 기회를 허여하여 주실 것을 당부드립니다.

2002. 3. 22.

피고(상고인) 소송대리인

법무법인 지평

담당변호사 강 금 실



담당변호사 양 영 태



담당변호사 박 영 주



담당변호사 배 성 진



대법원 제1부(차) 귀중

- 28 -

법무법인 지평

HORIZON LAW GROUP

서울시 강남구 대치동 890-12 다보타워빌딩 10층 ☎ 135-280
대표전화 : (02) 3430-4300 팩시밀리 : (02) 3430-4200 e-mail : lit@horizonlaw.com