

문화유산법제 개선방안 연구

2000. 11.

연구자 : 전재경(연구위원)

한국법제연구원

목 차

제 1 장 총 설	5
제 1 절 문제제기	5
1. 개념 및 범주	5
2. 다 의 성	11
3. 입법적 과제	14
4. 세계문화유산	16
제 2 절 법제변천	18
1. 구 법 제	18
2. 신 법 제	23
3. 북한법제	41
제 2 장 발굴법제의 구조와 과제	43
제 1 절 유물·유적의 조사	43
1. 지표조사·관련절차	43
2. 정밀·시굴조사	48
제 2 절 매장문화재의 발굴	51
1. 제도상의 문제	51
2. 집행상의 문제	53
제 3 장 보호법제의 구조와 과제	55
제 1 절 보호제도	55
1. 기반조성	55
2. 지정·인정	56
3. 동산문화재	60

제 2 절 보호과제	62
1. 제도상의 과제	62
2. 운영상의 과제	63
제 3 절 역사경관의 보전	64
1. 역사경관의 개념과 법제동향	64
2. 법제분석	67
제 4 장 진흥법제의 구조와 과제	69
제 1 절 문화산업의 진흥	69
1. 정부와 시장의 협력	69
2. 기업활동의 진흥	72
제 2 절 산업기반의 구축	76
1. 조직 및 재정	76
2. 기반 및 여건조성	78
제 5 장 입법방안	83
제 1 절 법체계의 조정	83
1. 총 설	83
2. 발굴부문	89
3. 보전부문	96
4. 진흥부문	100
제 2 절 관련법제의 정비	105
1. 법령정비	105
2. 조례정비	107
참고문헌	109

제 1 장 총 설

제 1 절 문제제기

1. 개념 및 범주

문화는 일과 규범 및 신앙과 의례 그리고 놀이와 예술의 복합체로 나타난다. 종래 국제조약 및 한국의 실정법은 종래 ‘문학과 예술’을 문화의 중심 개념으로 설정하였다. 문화현상을 복합적으로 이해하기보다 단편적으로 이해하였다. “문화유산”의 경우 유형의 문화유물을 근간으로 한다. 이에 비하여 “문화재”는 유형·무형의 문화재를 모두 포함한다. 조약 내지 실정법들은 문화예술, 문화유산, 문화재 및 문화유적 등의 개념 및 범주를 약간씩 달리하여 이들에 대한 과학적·체계적 보호와 전승을 저해한다.

(1) 문 화

‘문화’라는 단어는 인간 생활과의 관계성을 내포하고 있다. 그러나 이러한 관계가 인간의 손에 의해서만 생산된 물건이나 예술품만이 여기에 속한다는 의미로 협소하게 이해되어서는 안된다. 이를테면 인간의 인류학적 발전에 대한 정보를 줄 수 있거나 질병과 사인에 대한 해명을 줄 수 있는 뼈조각도 문화사에 중요한 의미를 지니고 있다는 사실은 거의 의심할 바 없다. 식물이나 동물의 잔재도 그것이 인간 행위나 생활방식에 밀접한 관계를 가지고 있다면 과거 인간의 생활에 대한 정보를 줄 수 있다. 토양과 주변 환경의 변화도 중요할 수 있다. 사람들은 선사시대 채굴장의 작동체계만을 생각한다. 어떤 물질적인 유산이 없더라도 토지에서의 변색은 예전 인간의 행동에 대해 설명해 줄 수 있다.¹⁾

그러나 고생물학적 발굴물, 중유동 혹은 광물성의 형성체와 같이 지표면의 위나 아래에서 발견되는 자연적인 기념물 등은 고고학적 문화재에 속하지 않는다. 그러나 많은 경우에 둘 다 보호에 대한 관심이 비교될 수 있

1) Frank Fechner : 9

제1장 총 설

고, 위험에 처해있다는 면에서 고생물학적 발굴물과 자연적인 기념물을 - 학문적인 관심과 그 밖의 대중적인 관심이 존재하는 한 - 고고학적 문화재 보호를 위한 법규정에 포함시키는 것은 의미 있는 일일 수 있다. 마찬가지로 이런 보호를 할 만한 가치가 있는 물건들의 독자적인 보호는 한결같이 예정되어 있지는 않는다. 보호를 요구하는 것은 이런 물건들의 외관적 혹은 명목적 무가치 때문에 받아들여지기가 힘든 상황이다.²⁾

(2) 문화예술

1995년의 문화예술진흥법은 “문화예술”을 “문학·예술”과 유사한 개념으로 파악하고 있다. 같은 법(제2조제1호)에 의하면, “문화예술”은 문학, 미술(응용미술을 포함한다), 음악, 무용, 연극, 영화, 연예, 국악, 사진, 건축, 어문 및 출판을 말한다. 여기에서의 “문화”는 예술에 대한 수식어로 사용되었거나 문화중의 일부를 나타낸다. 그렇다면 문화예술진흥법에서 이해하는 “문화”는 가상세계에 중점을 둔 좁은 개념이다.

(3) 문화유산

1972년의 세계문화유산및자연유산의보호에관한협약(제1조)은 다음의 구분에서 보듯이 기념물, 건물의 집단 및 유적을 “문화유산”으로 규정한다. 문화유산의 범위는 고고학적 건조물이나 기념물에서 전통적인 삶이나 환경 등 문화환경(cultural landscape)까지 영역을 확대하는 경향을 보인다.³⁾

1. 기념물 : 건축물, 기념적 조각품 및 회화, 고고학적 성질을 가진 요소 또는 구조물, 비명, 동굴주거 및 조형물의 결합으로서 역사, 예술 또는 과학의 관점에서 현저한 보편적 가치를 가진 것.
2. 건물의 집단 : 분리 또는 연결된 건물의 집단으로서 그의 건축술, 균질성 또는 풍경내의 위치로 인하여 역사, 예술 또는 과학의 관점에서 현저한 보편적 가치를 가진 것.
3. 유 적 : 인조물 또는 자연과 인공의 결합물 및 고고학적 유적을 포

2) Frank Fechner : 10.

3) 강찬석, “유형문화재 보호실태와 개선방안” 월간민족예술 2000년 5월호(5/6) www.kpaf.org.

함한 지역으로서 역사적, 미학적, 인종학적 또는 인류학적 관점에서 현저한 보편적 가치를 가진 것.

독일 바덴-뷔르템베르크주의 문화유산보호법은 “예술, 역사 및 자연의 유적은 공공의 보호와 국가와 자치행정 구의 관리를 받는다”고 규정한 주 헌법(제86조)을 구체화시켰다. 이 법은 문화유산을 다음과 같이 정의하였다 : “학문적, 예술적 혹은 향토 역사적 이유로 인하여 그에 대한 보존에 공공 관심이 존재하는 물건, 물건 전체 및 물건의 일부”(제2조제1항).⁴⁾ 문화유산이라는 개념은 해당 전문가들의 지식에 의해 해석되며 재판을 통해 수정될 수 있는 미완의 법적 개념이다.⁵⁾ 관청은 이에 관한 판단 재량을 가지지 아니한다.

(4) 문 화 재

문화재라는 말은 산업혁명 이후 영국에서 천연자원의 개발이 활기를 띠게 됨에 따라 자연의 파괴와 역사적 문화유산의 손상, 파괴 및 소멸을 우려한데서 일어난 민간의 자연보호, 문화재보호운동의 과정에서 성립되었다.⁶⁾ 따라서 문화재란 근대적 개념이고 인류문화의 보존·보호를 위한 정책적 개념이며, 근대자본주의적 재화 의식을 바탕으로 한 경제적 개념이기 때문에, 근대 이전의 사회에서는 문화재의 대상은 있었으나 문화재라는 개념 자체는 존재하지 않았다.⁷⁾ 우리 나라에서는 1950년대까지 문화재라는 용어 자체가 쓰이지 않았고, 보물, 고적, 천연기념물이라든가 혹은 유적, 유물이라는 용어가 자주 쓰였다.⁸⁾

1) 문화재의불법적인반출입및소유권양도의금지와의예방수단에관한협약은 고학, 선사학, 문학, 예술 또는 과학적으로 중요함으로써 종교적 또는

4) 문화유적보호법의 ‘예술적 의미’와 ‘공적가치’ 개념에 대해서는 Namgalies, DÖV 1984, 239쪽, 이하 참조. 노르트라인-베르트팔렌주의 유적보호법이 규정하는 문화재의 ‘중요성’에 대한 추가적 준거에 대해서는 Erbguth/Paßlick, DBV1. 1984. 1984, 605쪽, 참조.

5) Moench, NVwZ 1984, 146쪽이하. Moench, NVwZ 1988, 304쪽.

6) 김봉건, 영국의 문화재보존정책, 『문화재』(문화재관리국), 1989, 313면.

7) 한국문화재보호협회, 앞의 책 7면.

8) 이장섭외 : 6.

제1장 총 설

세속적 근거에서, 각국에 의하여 특별히 지정된 재산으로, 다음 범주에 속하는 재산을 “문화재”로 규정한다(제1조).

1. 진귀한 수집품과 동물군, 식물군, 광물군, 해부체의 표본 및 고생물학적으로 중요한 물체
 2. 과학, 기술 및 군사의 역사와 사회사를 포함하여 역사와 관련되고 민족적 지도자, 사상가, 과학자 및 예술가의 생애와 관련되며 국가적으로 중대한 사건과 관련된 재산
 3. 고고학적 발굴 또는 고고학적 발견의 산물
 4. 해체된 예술적 또는 역사적 기념물 또는 고고학적 유적의 일부분
 5. 비문, 화폐, 판각된 인장 같은 것으로 100년 이상의 골동품
 6. 인종학적으로 중요한 물건
 7. 미술적으로 중요한 재산 : 회화 · 유화 · 도화 · 조상 · 조각물 · 판화 · 미술적 조립품
 8. 진귀한 고판본, 필사본과 고서적, 고문서 및 고출판물
 9. 우표, 수입인지 또는 유사 인지물
 10. 녹음, 사진, 영화로 된 기록물을 포함한 고문서
 11. 100년 이상된 가구와 오래된 악기
- 2) 1982년의 문화재보호법은 “문화재”를 유형문화재, 무형문화재, 기념물, 민속자료로 구분하면서(제2조제1항), 지정문화재의 종류로서 국가지정문화재, 시·도지정문화재, 문화재자료를 열거하였다(제2조제2항). 1999년 및 2000년의 개정법은 이 골격을 유지하면서 세부 내용을 약간 수정하였다.
1. 유형문화재 : 건조물 · 典籍 · 書跡 · 고문서 · 회화 · 조각 · 공예품 등 유형의 문화적 소산으로서 역사상 또는 예술상 가치가 큰 것과 이에 준하는 고고자료
 2. 무형문화재 : 연극 · 음악 · 무용 · 공예기술 등 무형의 문화적 소산으로서 역사적, 예술적 또는 학술적 가치가 큰 것
 3. 기념물 : 다음 각목에서 정하는 것
가. 寺址 · 고분 · 폐총 · 城址 · 궁지 · 요지 · 유물포함층 등의 사적지와 특별히 기념이 될 만한 시설물로서 역사적 · 학술적 가치가 큰 것

- 나. 경승지로서 예술적·경관적 가치가 큰 것
 - 다. 동물(그서식지·번식지·도래지를포함한다)·식물(그 자생지를 포함한다)·광물·동굴·지질·생물학적 생성물 및 특별한자연현상으로서 역사적·경관적 또는 학술적 가치가 큰 것
4. 민속자료 : 의식주·생업·신앙·연중행사 등에 관한 풍속·관습과 이에 사용되는 의복·기구·가옥 등으로서 국민생활의 추이를 이해함에 불가결한 것
- 3) 1982년의 문화재보호법은 제43조에서 “토지·해저 또는 건조물 등에 포장된 문화재”를 매장문화재로 규정하였다. 따라서 매장문화재는 그것이 “토지·해저 또는 건조물 등에 포장된” 것일 뿐 여전히 문화재보호법 제2조의 규정에 의한 문화재에 해당한다고 이해된다.
- 4) 일본 문화재보호법(제2조제1항)은, 문화재 종류의 주요한 것을 다섯 개의 유형으로 분류하여 예시하고, 각 유형에 포함되는 문화재를 유형문화재, 무형문화재, 민속문화재, 기념물, 전통적건조물군의 다섯 개의 유형으로 총칭하였다.
1. 건조물, 회화, 조각, 공예품, 서적(書跡), 전적(典籍), 고문서, 그 밖의 유형의 문화적 소산으로 일본에 있어서 역사상 또는 예술적으로 높은 가치가 있는 것(이러한 것과 일체가 되어 가치를 형성하고 있는 토지 그 밖의 물건을 포함) 또한 고고자료 및 기타 학술상 가치가 있는 역사자료[유형문화재]
 2. 연극, 음악, 공예기술 기타 무형의 문화적 소산으로 일본에 있어서 역사상 또는 예술상 높은 가치가 있는 것[무형문화재]
 3. 의식주, 생업, 신앙, 연중행사 등에 관한 풍속습관, 민속예능 또는 이에 쓰이는 의복, 도구, 가옥, 그 밖의 물건으로 일본 국민생활의 추이에 대한 이해를 돕기 위해 없어서는 안될 것[민속문화재]
 4. 패총, 고분, 도성적(都城跡), 성적(城跡), 구택 그 밖의 유적으로 일본에 있어서 역사상 또는 학술상의 가치가 높은 것, 정원, 교량, 협곡, 해변, 산악 그 밖의 명승지로 일본에 있어서 예술상 또는 관상상 가치가 높은 것, 동물(생식지, 번식지 및 도래지를 포함), 식물(자생

지를 포함), 또는 지질광물(특이한 자연현상이 일어나는 토지를 포함)로 일본에 있어서 학술상 가치가 높은 것[기념물]

5. 주위의 환경과 일체를 이루어 역사적 풍치를 형성하고 있는 전통적인 건조물군으로 가치가 높은 것[전통적 건조물군]

5) 독일의 각주들의 기념물보호법은 부분적으로 건축기념물, 지면 기념물, 가동 기념물 등으로 구분되는 ‘문화 기념물’(Kulturdenkmäler)이라는 개념을 사용한다. 이를테면 고고학적 문화재의 경우와 마찬가지로, 여전히 땅속에 있는 물건과 이미 발굴된 물건은 지면 기념물에 속한다.⁹⁾ 숨겨져 있거나, 완전히 드러난 지면 기념물도 여기에 포함된다. 그러나 수면 아래에서 있는 물건이 어느 정도까지 지면 기념물에 포함시켜야 하는지 불분명하다.¹⁰⁾ 이것은 지면 기념물의 개념을 획일적으로 사용할 수 없는 개별적 기념물 보호법이 지니는 문제이다.¹¹⁾

(5) 문화유물

북한의 문화유물보호법(1994·4·7)은 역사유적과 역사유물 그리고 생활도구와 조형예술품 등을 문화유물로 규정한다. 즉 ‘문화유물’에는 다음의 것들이 포함된다(같은 법 제2조 제2문).

1. 원시유적·성·봉수터·건물과 건물터·무덤·탑·비석
2. 도자기가마터·쇠부리터·생산도구·생활용품·무기
3. 조형예술품
4. 고서적·고문서·인류화석·유골

한편 북한의 천연기념물의 보호관리에 관한 규정(1990·6·30)에 의하면, 천연기념물은 (1)천연물 가운데서 오직 우리나라에만 있거나 (2)희귀하고 독특하며 학술교양적 및 풍치상 의의가 있는 것으로서 (3)국가가 기념물로 보호하게 되어 있는 (4)동식물, 화석, 광천, 동굴을 비롯한 자연물을 의미한다.

9) 갈렌(Gahlen), NVwZ 1984, 687쪽.

10) Frank Fechner:10.

11) 몇몇 주의 기념물 보호법은 인간에 의해 만들어진 물건만이 지면 기념물로 규정하고 있다.

독일 연방 주들의 유적보호법은 개별사항에서 드러나는 연방적 독립성에도 불구하고 질적으로 비슷하며 향토의 고고학적 유물을 보호하는데 전체적으로 보아 효율적인 체계를 마련한다.¹²⁾ 고고학적 발굴뿐만 아니라 우연한 발견물도 정확한 규정에 종속된다. 알려지기는 했으나 아직 발굴되지 않은 유적장소도 특별한 보호 지정을 받을 수 있다. 다소의 하자를 제외하면, 고고학적 문화유적의 고의적 혹은 우연한 훼손은 문화유적보호법의 문제점에 의한 것이라기 보다는 실정법의 위배를 충분히 처벌하지 않는데 기인한다. 모든 알려진 발굴처의 완벽한 감시는 현실적으로 불가능하며 더욱이 미지의 유적지에서 일어나는 도굴을 저지할 수 없으므로 이런 약점을 가능한 한 주 문화유적보호법의 제재조항을 철저히 시행함으로써 보완하여야 한다.

2. 다 의 성

1987년의 헌법 제9조 등의 문화국가에서의 과제영역은 여러 가지 있을 수 있으나 문화국가의 성격을 척도(barometer)처럼 결정해 주는 것이 문화재보호의 문제인데, 오늘날 『문화재』란 독일어의 Kulturgüter, 영어의 Cultural Assets, 불어의 Biens Cultures의 번역어로서 문화가치가 있는 사물 즉, 『보존할 만한 가치가 있는 민족문화의 유산』을 말한다.¹³⁾ 다시 말해서, 한 민족집단이 생활을 영위하면서 만들어 낸 모든 것 가운데에서 문화적으로 인류 보편적인 동시에 민족특수적인 성격을 띤 것이라고 정리할 수 있다. 문화재는 역사적으로 한 민족집단의 생활체험의 표현이며, 그 표현물 가운데에서 현재까지 남아있는 유산들이라고 하겠다. 물론 이러한 정의에 있어서도 보존할 가지나 한 민족집단의 생활체험의 표현물이 무엇을 의미하는가에 대해서 다양한 해석이 가능하기 때문에 문화재에 대한 획일적인 정의를 내리기는 어렵다.¹⁴⁾ 또한 시공간상의 제약이나 목적적 제약도 문화재 관리상의 한계로 작용한다.

12) Frank Fechner:37.

13) 한국문화재보호협회, 『문화재보호』, 1976, 6면.

14) 이장섭外 : 5.

(1) 시간적 제약

시대인식·역사인식은 상대적인 것으로 시대의 진전에 따라 변화한다. 따라서 현대의 시점에서 국민이 무엇을 문화재로서 인식하고 어떤 범위의 문화재를 법제도에 따라 보호해야 할 대상으로 생각하는가하는 것은, 대상이 되는 물건의 시대나 장르를 포함하여, 그 시점의 국민의식이라 하는 시대적 제약을 받고 있는 것이다. 일본에서 근대의 신사나 사원 건축의 조사와 지정이 1970년대 중반에 이르러 본격적으로 시작된 것이나 1960년대 중반에 거리풍경의 보존에 대한 움직임이 전국에서 일어난 일도 이러한 시대적 제약의 현상의 예로 볼 수 있는 것이다. 근대 또는 현대에 제작된 물건이 중요문화재로 지정을 받게 된 데에는, 이러한 근대, 현대의 물건이 일본 문화재보호법 제2조의 역사상 또는 학술상 가치가 높은 문화재로서 국민들 사이에 인식되기에 이르러, 국보 또는 중요문화재지정기준(1951년 문화재보호위원회 고시 제2호)에 정해진 『일본의 문화사상 귀중한 것』 또는 『일본의 회화사상 특히 의의있는 자료가 되는 것』에 해당되는 회화, 『각 시대 또는 유형의 전형이 되는』 『역사적 가치가 높은 것』 또는 『학술적 가치가 높은 것』등인 건조물로 판단되기에 이르렀음을 의미한다.¹⁵⁾

문자 기록을 통해서만 거의 해명될 수 없는 시대로 개념의 내용을 시간적으로 제한하는 것은 내용적인 기준과 더불어 바람직하지 못하다.¹⁶⁾ 이런 시대가 광범위한 문서적 자료를 통해 기록되었다 할지라도 이 시대는 고고학적인 조사를 통해 보충되고 비교될 수 있다. 문화재의 개념이 획일적으로 인정된 정의가 없는 국제법에서 이 개념이 주로 사용되지만, ‘고고학적 문화재’라는 단어의 사용이 물건의 중요성이 개별국가뿐만 아니라 전체 인류를 위해서도 강조될 경우에 국내법에서도 특히 의미가 있다.¹⁷⁾

15) 나카무라(中村賢二郎) : 3.

16) Frank Fechner:10.

17) 분쟁이 일어날 경우 문화재 보호에 대해서는 헤이그 협약 제1조를 참조하십시오. 거기에 반해 문화재를 무허가로 수출하는 것을 막는 유네스코 협약(제1조)은 각 국가가 자신의 문화재를 표시하게 각 국가에게 위임했다.

(2) 공간적 제약

문화재를 보호하는 외부환경에 대해서는 더욱 곤란한 문제가 존재한다. 건축물의 양식미를 감상하기 위해서는 일정한 외부공간을 확보할 필요가 있는데, 프랑스처럼 역사적 기념물의 시야보존에 관한 법규제의 제도가 없는 우리 나라의 경우, 이러한 양식미를 감상하기 위한 환경을 보존하는 것은 아주 어려운 일이다. 문화재보호법 45조에 중요문화재의 환경보존의 규정이 있지만 적용요건이 구체적으로 명시되지 않아 경관의 보호에 대해서도 적용될 수 있을지는 의문이다. 이러한 공간적 제약은 동식물인, 천연기념물의 생식지 지정 등에서도 문제가 되고 있다. 문화재를 둘러싼 다양한 환경 악화도 원인이 되어, 문화재 보호는 차제에 광역보호를 지향하는 경향이 있는데, 그에 따라 문화재의 공간적 제약이 한층 현저화 되었다고 말할 수 있겠다. 1975년의 법개정으로 창설된 전통적 건조물군 보존지구의 제도는 이 문제에 대한 하나의 해결수법이었다.¹⁸⁾

(3) 목적적 제약

문화재로서 가치를 가진 사물이 제사목적이나 종교상의 의례 등의 성질에 의해 문화재로서의 보호나 활용의 대상 외로 취급되는 경우가 있다. 사원의 비불(秘佛)이나 종교상의 의궤(儀軌)가 중요문화재나 민속문화재로서의 지정대상이 되기 어렵다든지, 또는 지정되어도 그 공개에 커다란 제약이 따르는 경우가 그 예이다. 이러한 경우에는 종교적인 목적이나 가치가 제일의가 된다. 이렇듯 문화재로서의 가치를 구비하고 있어도 그 사물의 본래 목적을 유지하는 것이 우선하는 일이 있어 문화재로서의 보호나 활용에 제약이 따르는 경우가 있다. 이러한 경우에는 문화재로서의 가치와 그 대상의 본래적 가치가 대립함에 의해 문화재로서의 가치발현에 제약이 따르는 것이다.¹⁹⁾

18) 나카무라 : 5.

19) 나카무라 : 6.

3. 입법적 과제

문화유산 내지 문화재등과 관련된 현행 국내법제에는 文化財保護法·文化藝術振興法·文化産業振興基本法·博物館및美術館振興法·史料의蒐集 및 保存등에 관한法律·유네스코活動에 관한法律·傳統寺刹保存法·鄉校財産法·民法·民事訴訟法·行政節次法·行政訴訟法 등의 법률들이 있다. 종래 傳統建造物保存法은 1999년에 폐지되었다. 이러한 법률들은 문화의 일상성과 다양성을 포섭하지 못하고 있다. 문화유산에서 말하는 “문화”는 일상 생활 전반과 관련된 매우 광범위한 주제이다. 또 “유산”은 재산가치보다 보전 가치를 중심으로 한다. 문화재보호법은 가장 포괄적인 일반법으로 기능한다. 그러나 이 법이 파악하는 문화재는 “재산적 가치”에 치중하고 있다. 문화산업진흥기본법은 “문화의 상품화”라는 관점에서 문화재와 관련된 산업을 일부 지원한다. 문화예술진흥법에서 말하는 문화는 그 개념이 매우 협소하다. 또한 전통사찰보존법·향교재산법등은 그 적용범위가 상당히 제한적이다.

(1) 개념과 범주

‘유형의 문화적 유산으로서 역사상 또는 학술상 가치가 큰 것’이라든가 ‘사적지로서 역사상·학술상 가치가 큰 것’이라는 규정은 지나치게 추상적이고 애매모호하다. 이러한 규정들은 행정법의 일반이론상 불확정법개념(unbestimmte Rechtsbegriffe)이라고 부른다.²⁰⁾ 이러한 불확정법개념들은 실은 그 해석·적용에 관한 행정권의 재량권을 부여한 것이 아니며 궁극적으로는 법원이나 헌법재판소 등 사법기관에 의한 해석을 통해 그 의미가 확정되는 것이라고 이해되고 있다. 그러나 다른 한편 전문가로 구성된 합의제행정기구에 의하여 그 내용이 구체화될 수 있다면 사실상 법원 등의 사법기관에서 이를 번복하기는 어렵다고 볼 수 있다. “문화예술”과 “문화유산” 그리고 “문화재” 및 “문화유물”에 관한 국제협약과 실정법상의 개념과 범주가 약간씩 다른 현상은 관련 국제법의 국내법화를 방해한다. 4

20) 홍준형 : 164

문화유산과 문화재에 관한 표준개념이 없고 범주가 다른 장차 남북한 간의 문화통합에도 문제를 야기시킬 소지가 있다. 지방자치단체의 문화조례의 제정 및 시행에 있어서도 혼선을 초래할 가능성이 있다.

(2) 정 체 성

1) 범영역의 구분

라드브루흐가 ‘법의 인간상’이라는 관념을 통하여 제시한 바와 같이 모든 법에는 그 법이 상징하는 중심인물 즉 법의 주인공이 있다. 주연과 조연의 구분이 있다. 현행 전통문화 관련법제는 법의 주인공이 모호하다. 이러한 사태는 사업대상 선정과 예산운영의 배분에 중대한 영향을 미친다. 행정청 내지 관리자들의 재량권의 남용도 우려된다. 누구를 위한 법인가에 관하여 진지한 검토가 요청된다. 아울러 지원법과 규제법의 차이를 분명하게 구분하여야 한다. 전통문화 내지 민속예술이라고 하여 지원만 존재하는 것은 아니다. 옥석을 가릴 수 있는 규제장치가 보완되어야 한다.

2) 문화·전통문화의 개념

문화를 실정법으로 획일적으로 정의함은 부적절하고 불필요하다. 그러나 문화관련 행정을 계획하고 집행하는 데 있어서는 최소한의 기준이 필요하다. 현행 전통문화 관련법제는 전통문화에 관한 포괄적인 정의가 미흡하고 전통 내지 예술에 관한 개념 정의가 불명확하다. 민속예술경연대회의 경우도 마찬가지이다. ‘민속예술’이라는 용어 자체는 직제규정(문화관광부와그소속기관직제 제12조제2항제14호 및 동시행규칙 제7조제5항제5호)에 근거할 뿐이다. 전통문화와 민속문화의 상관관계가 불명확한 것도 문제이다. 민속예술의 범주에 관한 규범체계의 정립이 필요하다.

(3) 통일법제상의 소유관계

현행법제는 문화재의 소유관계를 제1차적으로 민법에서 규율한다. 민법(제255조:문화재의 국유)에 의하면²¹⁾, ‘無主의 문화재’는 민법상의 일반원

21) 民法 제255조(文化財의 國有) ①學術, 技藝 또는 考古의 重要한 材料가 되는 物件에

칙인 ‘無主物 先占’의 원칙에도 불구하고 國有에 속한다. 이 때 해당 문화재의 습득자·발견자 등은 국가에 대하여 적당한 보상을 청구할 수 있다. 무주물이 아닌 문화재에 대하여서는 개인의 소유가 허용된다. 다만 소유자·점유자 등은 문화재보호법(제14조 내지 제18조)에 의한 관리·주의 의무를 진다. 문화재보호법은 소유관계에 관한 민법상의 원칙을 수정한다.

북한에서는 원칙적으로 국가가 모든 문화유물의 소유권의 주체이다(문화유물보호법 제3조 본문). 문화유물중 역사유물의 경우 상속받은 것에 한하여 개인의 소유를 예외적으로 인정한다(동조단서). 북한의 경우 문화유물에 대한 재산관계를 협소하게 인정하기 때문에 남북한 통합체제 하에서는 문화재의 개념과 범주를 통일하고 소유관계를 재조정하여야 한다.

4. 세계문화유산

(1) 국제협약체계

세계문화유산및자연유산의보호에관한협약은 세계문화유산의 보전을 위하여 당사국에 대하여 법적 조치를 취할 것을 요구한다. 세계문화유산을 보전하기 위한 법적조치는 관련 국제협약의 국내법화를 의미한다. 세계문화유산의 보전과 관련된 국제협약으로서 세계문화유산및자연유산의보호에 관한협약(1972년 11월 23일 파리에서 작성/1988년 12월 14일 대한민국에 대하여 발효 : 조약제966호)과 문화재의불법적인반출입및소유권양도의 금지와예방수단에관한협약(1970년 11월 14일 국제연합교육·과학·문화기구 제15차총회에서 채택/1983년 4월 30일 조약제809호)이 있다.

(2) 국내법적 조치

당사국은 자국의 영역내에 위치하는 문화유산 및 자연유산의 보호, 보존 및 공개를 위하여 효과적이고 능동적인 조치가 취하여지는 것을 보장할 목

대하여는 제252조제1항 및 前2조의 規定에 의하지 아니하고 國有로 한다. ②전항의 경우에 拾得者, 發見者 및 埋藏物이 發見된 土地 其他 物件의 所有者는 國家에 대하여 適當한 報償을 請求할 수 있다.

적으로(세계문화유산및자연유산의보호에관한협약 제5조 본문) 동 유산의 확인, 보호, 보존, 공개 및 복원에 필요한 적절한 법적조치를 취하도록(동 협약 제5조제'라'호) 노력하여야 한다. 문화재의불법적인반출입및소유권양도의금지와의예방수단에관한협약은 보다 많은 국내법적 조치들을 예정하고 있다.

1. 이 협약의 당사국은 중요 문화재의 불법적인 반입과 반출 및 소유권 양도의 방지를 확고히 하기 위한 법안·규칙안의 작성에 기여할 국가 기관을 갖추어야 한다(제5조).
2. 당사국은 불법적으로 반출된 문화재의 취득을 방지하도록 국내입법에 따라 필요한 조치를 취할 것을 약속한다(제7조제'가'호).
3. 당사국은 불법반출에 책임을 져야 하는 자에게 형벌 및 행정적 제재를 부과할 것을 약속한다(제8조).
4. 당사국은 형벌 또는 행정적 제재를 조건으로 하여 문화재등록부를 관리한다(제10조제'가'호).
5. 당사국은 문화재의 불법적인 반입과 반출 및 소유권의 양도를 금지하고 예방하기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다(제12조).
6. 당사국은 그 법률에 따라 (1)불법적인 문화재 소유권의 '양도'를 방지하고 (2)불법 반출된 문화재의 조기 '반환'을 용이하게 하는데 협력하고 (3)문화재의 회복을 위한 '소송'을 인정하는 한편 (4)특정문화재의 양도불능·반출불가를 선언하고 그 회복을 용이하게 하여야 한다(제13조).
7. 당사국은 당사국이 채택한 입법적·행정적 조치에 관한 정보를 제공하여야 한다(제16조).

(3) 중앙정부의 대응

문화재보호법은 국제협약에서 말하는 문화유산을 '문화재'의 일환으로 파악하고 문화재의 종류를 유형문화재, 무형문화재, 기념물 및 민속자료로 특정하는 한편(제2조제1항) 이를 국가지정문화재, 시·도지정문화재 및 문화재자료로 구분한다(동조제2항). 문화재보호법은 또 관련 국제협약의

제1장 총 설

국내법화를 위하여 문화유산관리기구로서 문화재위원회(제3조)를 설치하는 외에 여러 가지 구체적인 조치들을 취하고 있다. (1)사적·명승·천연기념물 지정(제6조) (2)국가에 의한 관리(제17조) (3)수출등의 금지(제21조·제76조) (4)중요무형문화재의 보호·육성(제24조) (5)매도제한(제26조) (6)직권에 의한 조사(제41조) (7)시·도지정문화재의 지정(제55조) (8)외국문화재의 보호(제78조) (9)벌칙조항(제7장) 등이 그 예에 속한다.

(4) 지방정부의 대응

지방자치단체의 조례들은 문화재보호법에서 말하는 ‘시지정문화재’의 보전을 목적으로 상위법[문화재보호법]의 입법체계에 따라 구체적인 법적조치들을 취하고 있다. 예컨대, 서울특별시의 문화재보호조례는 관리기구로서 서울특별시문화재위원회(제2장)를 두는 한편 문화재의 지정절차(제3장 제1절), 관리 및 보호방법(동제2절), 공개(동제3절), 조사(동제4절) 등의 조치를 규정하고 있다. 시지정문화재 역시 상위법의 취지에 따라 반출이 금지되고(제22조) 양도가 제한된다(제26조). 필요한 경우 직권조사(제40조)를 실시한다.

제 2 절 법제변천

1. 구 법 제

(1) 근세이전

근세 이전의 문화재들은 왕실이나 사찰 또는 문중의 가재(家財)나 재보(財寶)로서 보존·계승되어 왔다. 당시에는 문화재보호를 위한 국가적 제도가 존재하지 아니하였다. 국가적 문화재보호 제도는 근대국가 성립 및 발전과 더불어 문화재들의 일실 위기를 맞이하면서 실현된 것이다. 우리나라의 경우, 舊한말 및 개화기 때 자주적인 근대화를 추진하지 못함으로써 문화재의 국가적 관리기반을 마련하지 못하고 수탈과 망실의 시대상황을 연출하였다.

일본의 경우, 메이지 유신후의 歐化主義나 廢佛毀釋의 풍조 속에서 신사나 사원의 파괴 등에 의한 傳世 文化財의 위기, 메이지 말부터 大正 시대에 이르는 근대화의 발전에 따른 국토개발과 공업화의 발전에 의한 기념물 문화재파괴의 위기, 1865년대 이후의 경제성장에 따른 개발의 진행과 급격한 사회생활의 변화에 의한 문화재의 파괴와 쇠망 등이 그 시대배경이 되고 있다. 일본의 초기법제 발전을 살핀다.²²⁾

- 1) 古器舊物保存方 : 메이지유신 이후 서구화주의 폐불훼석의 풍조 속에서 일본의 전통문화가 경시되고 신사와 절의 파괴와 더불어 신사와 절의 재보(財寶), 건조물을 비롯하여 많은 문화재가 사라지거나 파괴될 위기에 직면해 있었다. 이러한 상황속에서 1871년 일본 정부는 『고기구물보존방(古器舊物保存方)』이라는 태정관(太政官)포고를 발하여 전국적으로 대대로 내려오는 고기구물(古器舊物)을 보전할 것을 통달함과 함께 각 지방관청에서 품목 소장인을 조사하여 정부에 보고하도록 지령하였다. 포고에서는 고기구물류를 31개부문으로 분류하고 필요에 따라서 여기에 포함되는 대상의 종류를 예시하고 있다. 이 분류는 그 후 박물관의 문화재분류의 기준이 되었다. 이것이 일본에서 최초로 소장자에의 계몽을 행하여 문화재보호사상의 보급을 도모한 정책이었다.
- 2) 古神社 및 절(寺) 보전금의 교부: 에도 말기인 1842년 법륭사는 황폐한 가람수리비용을 확보하기 위하여 두차례의 에도출개장을 했지만 수지는 적자로 끝나고, 목적을 달성할 수가 없었다. 1694년 에도출개장에서는 4,246兩의 총수익을 얻어 가람대수리를 실시했지만 결과는 크게 달랐던 것이다. 법륭사는 1876년 11월 고기물헌비어원(古器物獻備御願)을 정부에 제출하여 1878년 2월에 궁내성에서 수리되었다. 1775-6년의 나라박람회(帝室御物)로서 정창원에 수납되고 1882년 3월에 동경 우에노(上野)공원에 개관한 박물관에 12월에 이송되었다. 이 헌납으로 보수금 일만엔이 하사되어 법륭사가 목적인 문화재사보의 산일(散逸)방지와 가람수

22) 나카무라 : 13-14쪽.

리비용의 확보를 부분적으로 이룰수가 있었다. 법륜사의 예에서도 볼 수 있는 바와 같이 사원의 경제적 피폐는 심각하여 가람은 황폐하고 보물류도 눈깜짝할 사이에 외부에 유출되어 모두 흩어지는 상황이 되었다. 그래서 정부는 1880년경부터 1894년까지 약15년에 걸쳐 총액 12만 천엔을 전국의 539개에 달하는 신사나 절에 교부하여 그 적립금의 이자로 건조물의 유지수리에 충당토록 하였다.

- 3) 臨時全國寶物取調局의 설치: 1878년 동경대학이 채용한 외국인 교사로서 일본에 온 미국인 페노로사는 일본의 고미술조사와 수집을 하여 고미술감상의 계몽적 역할을 하였다. 그와 그에게서 사사한 강창천심(岡倉天心)은 1884년 문부성으로부터 교토, 오오사카 지방의 고신사, 절의 조사에 임명되어 이에 종사하였다. 이 때를 전후하여 강창천심 등은 일본미술보존의 필요성을 주장하였다. 이러한 움직임 속에서 1888년 국내성에 임시전국보물취조국이 설치되고 구귀용일(九鬼隆一)이 책임자, 강창천심 등이 중심이 되어 10년간에 걸쳐 전국의 고신사, 절을 중심으로 하는 보물조사를 행하였다. 그 수는 고문서 1만 7천여점, 회화가 7만 4천여점, 조각 4만 6천여점, 공예품 5만 7천여점, 서적(書跡) 1만 8천여점, 계 21만 5천여점에 이르렀는데 그 중 1만 5천점이 우량품으로 감사장(監査狀)이 부여되고 또는 참고부(簿)에 등록되었다. 이 조사를 통하여 교토, 나라의 신사나 절의 특히 훌륭한 보물이 많은데 파손 산일의 위험에 노출되어 있는 것이 드러나 그 보존을 위한 시설의 필요성이 대두되어 그 결과 1889년 5월 국내성에 의하여 동경의 도서료(寮)부속박물관을 제국박물관으로 개명함과 동시에 교토와 나라에도 제국박물관을 설치하도록 결정되어 제국 나라박물관은 1895년 제국교토박물관은 1897년에 개관되었다.

(2) 고적 및 유물 중심의 보전

우리 나라 문화재 보호입법은 1916년 7월에 朝鮮總督府令 제52호로 제정된 『古蹟및遺物保存規則』에서 그 연원을 찾을 수 있다.²³⁾ 이 보존규칙

23) 1910년에 『郷校文化管理規程』, 1911년에 『寺刹令』이 있었지만 주목적이 문화재보호에 있는 입법은 아니었다.

은 유적과 유물에 한하여 규정되었다. 이 규칙은 1933년 8월 9일에 조선 총독부 制令 제6호로 『朝鮮寶物古蹟名勝記念物保存令』이 제정되고, 同令 施行規則이 1933년 12월 5일 府令 제136호로 제정·시행되면서 폐지되었다.

일본은 1894년·1895년의 청일전쟁을 거치면서 고양된 민족의식을 배경으로 그 때까지 행해진 고신사보존대책을 더욱 진전시켜 1897년에 『古社寺保存法』을 제정하였다. 이 법은 건조물 또는 보물류의 유지, 수리가 불가능한 古神社, 절에 대하여 보존금지급을 범정하고 그 수리에 대하여 지방장관의 지휘감독권을 정하고 있다. 또한 신사, 절의 건조물 또는 보물류로 특히 역사의 증징(證徵) 또는 미술의 규범이 될만한 것을 내무대신이 특별보호건조물 또는 국보의 자격이 있는 것을 정하도록 하였다. 특별보호 건조물 또는 국보는 처분, 압류가 금지되고 신직(神職) 또는 주지(住職)에게 감수의무가 부과되는 한편 국보의 관립 또는 공립박물관의 출진(出陳) 의무, 훼손, 은닉, 처분 등의 행위에 대해서는 형벌 등이 부과되었다.²⁴⁾

1) 일본의 古社寺保存法の 제도는 그 대상이 신사나 절에 관한 것에 한정되어 있지만 국가에 의해 중요한 문화재의 지정이나 지정문화재에 관한 관리, 보호, 공개에 대한 규제 또는 중요한 문화재의 보존을 위한 국가의 조성을 처음으로 법률제도로서 정한 것으로 일본 문화재보호제도의 원형이 되는 것이라고 할 수 있다. 『古社寺保存法』은 내무성의 소관으로 그 때까지 국내성과 내무성으로 나뉘어져 있던 문화재보호행정이 내무성으로 일원화되고 그 후 종교행정은 문부성으로 이관됨과 함께 1913년 이후 문부성의 소관이 되었다. 또한 동법에 기초한 특별보호건조물 또는 국보의 자격이 있는 것의 선정은 1929년에 제정된 국보보존법의 인계되기까지 계속되어 각각 845건 및 3705건에 이르렀다.

2) 일본은 古墳의 보호에 관하여 1874년 태정관달(達) 『고분발견시 신고방법』을 공포하고 1880년에는 국내성달(達) 『인민사유지내의 고분

24) 나카무라 : 15.

등 발견시의 신고방법』을 공포하여, 개간 등에 의한 불시 발견시의 신고방법을 규정하였다. 또한 미국인 모스가 1877년 일본에 온 직후 발견한 오오모리패총에 관하여 일본 최초의 고고학적 발굴조사가 행해지고 1879년에 동경대학으로부터 『오오모리(大森)介墟古物編』을 간행한 이후 일본에서도 고고학이 점차 발전하게 되었다. 1899년에 제정된 일본의 유실물법은 매장물에 대해서도 동법의 규정을 적용하도록 했으나 동법의 시행에 따라 내무성훈령 『학술기예 또는 고고의 자료가 되는 매장물취급에 관한 건』이 공포되어 매장물로서 경찰서장에게 제출된 것 중에서 학술, 기예 또는 고고의 자료가 될만한 것을 발견한 경우, 석기시대의 유물은 동경제국대학에 고분관계품, 기타의 것은 궁내성에 통지하여 양 기관에서 요청이 있을 때에는 그 물건을 송부하도록 하는 취급법이 정해졌다.

(3) 보물·명승·기념물의 보전

1933년의 『朝鮮寶物古蹟名勝記念物保存令』은 보물과 명승·기념물까지 포용하는 포괄적 법이었다. 그러나 이 보존령은 물질적 또는 자연적인 문화재만의 보존을 위주로 하여 규정된 것이기 때문에 정신적 측면에서의 문화재의 보존에 대해서는 아무런 규정이 없었고 문화재의 적극적인 활용에 대해서는 전혀 규정하지 못하고 있었다. 이 보존령은 制憲憲法 제100조에 의거하여 계속 그 효력을 유지해 오다가 1962년 『文化財保護法』의 제정으로 폐지되었다.²⁵⁾

일본은 청일전쟁과 러일전쟁을 거치면서 급속한 근대화를 추진하였다. 메이지말인 1911년에는 귀족원으로부터 『사적 및 천연기념물보존에 관한 건의』가 제출되었다. 그 이유서에는 국세의 발전에 따라 토지의 개척, 도로의 신설, 철도의 개통, 공장의 설치 기타 인위적인 원인에 의해 사적이 나 천연기념물은 나날이 파괴되어 일본 고래의 미술공예품 등이 고신사, 절의 보존법에 의하여 보존의 길이 강구되고 있는데 반하여 이들이 방치되고 있는 것은 유감이므로 국가에 의한 보존의 방책을 강구하도록 제창하였

25) 이장섭外:24.

다.²⁶⁾ 일본 정부는 그 제창에 따라 준비를 거쳐 1919년 『史蹟名勝天然記念物保存法』을 제정·시행하였다.²⁷⁾

2. 신 법 제

(1) 조직의 정비

1961년 5·16군사구테타 이후 우리 나라 정부는 동년 10월2일에 舊皇室文化財事務總局과 文教部の 文化財保存課를 통폐합하여 文化財管理局을 설치하여 오늘날까지 문화재보호에 관한 행정을 관장하고 있다. 이러한 관점에서 우리 나라 문화재 관리행정의 획기적인 전환은 1961년 10월 舊皇室財産管理總局이 文化財管理局으로 개편, 文教部の 外局으로 발족한 이후부터라고 말할 수 있겠다(1968년 7월 文化公報部 산하 外局으로 개편). 문화재관리국 발족에 이어 1962년에 『문화재보호법』이 제정·공포되고, 이듬해인 1963년에는 『文化財管理特別會計法』이 마련되어 문화재 보존·관리를 위한 기구와 제정 및 법적인 제도가 완비되었다.²⁸⁾

(2) 일본법제의 영향

1949년 일본 나라지방의 범룡사에 있던 금당벽화 소실사건을 계기로 마련된 1950년에 제정된 일본의 문화재보호법은 우리 나라에 커다란 영향을 미쳤다.²⁹⁾ 일본에서는 1926년에 엄습한 심각한 경제불황 속에서 舊大名

26) 나카무라:16.

27) 日本의 史蹟名勝天然記念物保存法은 6개조로 이루어진 간단한 것이지만 동법을 적용하는 사적명승천연기념물은 내무대신이 지정하고 지정 전에 필요가 있는 경우에는 지방장관이 가(假)지정할 수 있다는 점, 사적명승천연기념물의 현상변경 또는 그 보존의 영향을 미치는 행위를 지방장관의 허가사항으로 한 점, 내무대신은 사적명승천연기념물의 보존에 관한 지역을 정하고 일정한 행위를 금지 또는 제한하고 또는 필요한 시설을 설치하도록 한 점, 내무대신은 지방공공단체를 지정하여 사적명승천연기념물의 관리를 할 수 있도록 정함과 동시에 현상변경 등의 제한 또는 환경보존명령의 규정위반에 대해서 벌칙을 둔 것이다. 이 법률에 기초한 지정은 1920년부터 문화재보호법에 의하여 지정제도가 대체될 때까지 1580건이 이루어졌다. 또한 이 법률에 관한 사무는 1928년 12월에 문부성으로 이관되고 주무대신은 문부대신이 되었다.

28) 이장섭外 : 24.

29) 오세탁, 『문화재보호법연구』, 단국대 박사논문, 1983, 35면.

家が 소장하고 있던 보물류가 흩어지는 등의 사태가 일어나고 구막부체제의 붕괴후 방치되어 온 성곽건축 등의 건조물이 수리를 필요로 하기도 하고 고신사·절보존법에 의한 보존의 대상인 신사·절 이외의 문화재보호에 대한 필요성이 높아졌다. 이러한 상황에 대응하여 1929년 국보보존법이 제정되고 古社寺保存法은 폐지되었다. 국보보존법은 건조물, 보물, 기타물건으로 특히 역사의 증징 또는 미술의 규범이 되는 것을 주무대신이 국보로 지정할 수 있도록 하고 고사사보존법에 의해 특별보호건조물 또는 국보는 국보보존법에 의해 국보로 지정된 물건으로 간주되었다. 동 법이 1929년 7월에 시행되면서 히메지성(城), 나고야성(城) 등의 성곽건축이 지정되고 신사나 절소유 이외의 회화 서적(書跡) 등도 급속히 지정되었다.³⁰⁾

일본의 古社寺保存法에 의하면, 내무대신의 허가를 얻어 공개전람장에 출진한 경우를 제외하고 특별보호건조물 및 국보의 처분 또는 압류가 금지되었다. 국보보존법은 이를 계승하여 신사 또는 사원소유의 국보에 대하여 처분, 담보제공, 압류를 금지하였다. 주무대신의 허가를 받은 경우에는 처분, 담보제공을 할 수 있도록 하였는데 허가 없이 이루어진 행위는 무효였다. 이러한 처분 등의 금지 및 무허가행위의 효력에 관한 규정은 신사 또는 사원소유의 국보에 한정되고 기타의 국보소유자에 대해서는 소유자변경에 관한 신고의무만 부과되었을 뿐이다.³¹⁾

일본은 국보보존법이 1929년 7월 실시됨에 따라 국가가 지정한 국보를 외국으로 수출하거나 본토이외로 이출이 금지되었다. 소관관청인 문부성에

30) 이에 따라 국보의 수출 또는 유출은 금지되고 주무대신의 허가를 얻은 경우에 한하여 금지가 해제되었다. 또한 국보의 현상변경도 주무대신의 허가를 받도록 되었다. 이러한 허가는 국보의 지정과 함께 국보보존회의 자문을 받도록 하였다. 고사사보존법에 있어서도 신사나 절에 대하여 관립 또는 공립박물관으로의 국보출진(出陳)의무가 부가되어 있었는데 이를 이어 받아 국보소유자에 대해서 주무대신의 명령에 의하여 황실, 관립 또는 공립박물관 또는 미술관에의 1년 이내의 국보출진의무가 부과되었다.

31) 신사 또는 사원이 국고를 유지, 수리하기 곤란한 때에는 국가가 보조금을 교부할 수 있도록 하고 특별히 필요가 있는 경우에는 신사나 사원소유 이외의 국보에 대해서도 보조금을 교부할 수 있도록 하였다. 매년의 보조금 및 보급금(補給金)은 15만엔 이상 20만엔 이하로 결정되었는데 특별히 필요한 경우에는 별도의 임시예산에 의하여 지출할 수 있도록 하였다. 무허가로 국보의 수출 또는 이출(移出) 국보의 손괴, 훼손(毀棄) 또는 은닉에 대해서 5년 이하의 징역 또는 금고, 벌금, 과료의 형사벌이 부과되고 무허가의 현상변경이나 소유자변경의 신고의무위반 등에 대해서는 과료가 부과된다.

서는 신법에 의하여 국보를 지정하였는데 미지정 물건의 해외유출이 계속 되어 1932년에는 『반대납언회권(伴大納言繪卷)』과 함께 약협국신파번궁(若狹國新八幡宮)에 비장되고, 그후 1923년까지 주정(酒井)가문에 전해져 오던 『길비대신입당회권(吉備大臣入唐繪卷)』(4권)이 보스톤미술관으로 팔려 유출되었다. 이를 계기로 미지정된 중요물건이 해외로 유출되는 것을 방지할 필요성이 강하게 인식되었고, 다음해 1933년에 『중요미술품 등의 보존에 관한 법률』이 제정되었다.³²⁾ 당시 일본의 국가인식의 고양을 배경으로 여론을 환기한 것도 이 법률의 제정에 큰 영향을 미쳤다.³³⁾

(3) 문화재보호법의 등장

1) 1962년의 문화재보호법

문화재를 보존하여 이를 활용함으로써 국민의 문화수준향상을 도모하는 동시에 인류문화의 발전에 기여하기 위하여 조선보물고적명승천연기념물보존령(1933·8·9, 制令 제6호)을 폐지하고 1962년1월10일에 문화재보호법을 새로 제정하였다. 이 법의 주요골자는 다음과 같다.

- ① 문교부에 문화재위원회를 둔다.
- ② 문화재를 유형문화재, 무형문화재, 기념물 및 민속자료의 4종으로 구분하고 이중 중요한 것은 지정문화재로 지정한다.
- ③ 지정 또는 가지정된 문화재의 관리보호상 필요할 때에는 그 소유자, 점유자 또는 관리자에 대하여 일정한 행위를 금지 또는 제한할 수 있다.
- ④ 지정문화재의 소유자 또는 관리자는 그가 소유 또는 관리하는 지정문

32) 이 법률은 벌칙을 포함하여 5개조로 이루어진 간단한 법률이다. 이 법률에 의하여 생존자가 제작한 것, 제작 후 50년을 경과하지 않은 것 또는 수입 후 1년을 경과하지 않은 것을 제외하고, 역사상, 미술상 특히 중요한 가치가 있다고 인정되는 미지정물건의 수출등은 주무대신의 허가를 얻도록 되어 있다. 허가를 요하는 물건은 주무대신이 인정하고, 관보로 고시함과 동시에 소유자에게 통지하도록 하였다. 허가신청이 있었던 경우에 있어서 허가를 하지 않을 경우에는 1년 이내에 국보로 지정하든지 또는 인정을 취소하지 않으면 안 된다. 동 법은 1933년 4월부터 시행되었는데 한해에 1,022건이 인정되고, 이후 1950년 문화재보호법이 제정되어 이 법률이 폐지될 때까지, 미술공예품 7,983건, 건조물 299건, 계 8,282건의 물건이 인정되었다.

33) 나카무라 : 18-19.

화재를 일반에게 공개할 의무를 진다.

- ⑤토지 기타 물건의 소유자, 관리자 또는 점유자가 소유 또는 관리하는 토지 기타 물건에 포장된 문화재를 발견한 때에는 신고하게 하고 매장 문화재를 발굴하고자 할 때에는 허가를 받는다.
- ⑥국유에 속하는 지정 또는 가지정문화재는 양도하거나 사권을 설정하지 못한다.
- ⑦문화재에 관한 특정한 행위에 대하여는 형벌이나 과태료를 과한다.

2) 1950년의 일본 문화재보호법

제2차 세계대전 당시 일본에서는 1943년 12월에 중요미술품 등의 인정과 명승·천연기념물의 지정사무가 정지되는 등 문화재보호행정도 정체될 수 밖에 없었다. 종전 직후인 1945년 10월에는 지정·인정의 사무가 재개되고 전후의 혼란속에서 해외유출의 가능성이 높은 물건의 인정을 서둘렀다. 그러나 전후의 경제적인 피폐와 혼란 농지개혁이나 화족제도의 폐지 등의 사회적 변혁과 패전에 의한 가치관의 급격한 변화 등이 맞물려 문화재의 산일이나 해외유출의 위기적 상황이 계속되고 있었다. 그러한 상황속에서 1949년 1월에 범룡사 금당화재가 발생하여 벽화가 소실하는 사태가 발생했다. 이것이 계기가 되어 그때까지 참의원 문부위원회에서 작가인 야마모토 유조 의원 등이 중심이 되어 검토되고 있던 신입법의 움직임이 본격화하여 1950년 5월 의원 입법에 의한 문화재보호법이 제정되어 8월에 시행되었다. 일본 문화재보호법의 특징은 다음과 같다.³⁴⁾

- ① 문화재의 통일법규: 새롭게 제정된『문화재보호법』은 그 때까지 『국보보존법』에 의해서 보호의 대상이 되고 있던 역사적, 미술적인 가치가 높은 건조물, 보물 등과 『사적명승천연기념물보존법』에 의하여 보호의 대상이 되고 있던 사적, 명승, 천연기념물을 『문화재』의 개념에 포섭하여 통일적인 보호법제도하에 두고 나아가 무형의 문화적 소산으로 여가적 또는 예술적 가치가 높은 것도 『문화재』로서 보호의 대상에 추가하였다. 또한 토지에 매장되어 있는 문화재에 대해서도 법률에 의한

34) 나카무라 : 19-22.

보호의 대상으로 하였다. 새롭게 보호대상에 추가된 무형문화재에 관해서는 국가가 조성조치를 강구해야 함을 정하는데 그치고 지정제도는 두지 않았다.

- ② 2단계지정제도의 창설: 문화재 보호법은 종전의 국보 및 사적 명승 천연기념물의 지정에 상당한 것으로 유형문화재 중에서 중요한 것을 중요문화재로 기념물 중에서 중요한 것을 사적, 명승 또는 천연기념물로 국가가 지정하는 제도를 만들어서 종전의 지정제도를 계승했다. 신법의 제정시행에 따라 구(舊) 두 법은 폐지되었지만 동시에 경과조치의 규정에 의하여 종전 국가가 양 법의 근거하여 행한 지정은 신법에 규정에 의한 지정으로 간주되었다. 또한 지금까지 지정물건의 증가에 따라 보호조치를 충분히 강구할 수 없는 것에 대한 대응으로서 중점보호를 강구하기 위한 제도로서 2단계지정제도가 채용되고 국가지정의 중요문화재 및 사적, 명승, 천연기념물 중에서 중요한 것을 국보 및 특별 사적, 특별 명승 및 특별천연 기념물로 지정할 수 있게 하였다.
- ③ 문화재보호위원회의 발족: 전쟁기간 중에 문화재보호의 행정조직은 문부성 내에서 한 계(係)로 축소되었다. 또한 1947년 5월에 제실(帝室)박물관이 문부성으로 이관되어 국립박물관이 되자 국보지정 등의 사무는 거기서 행해지게 되었다. 신법에 의해서 문부성의 외국(外局)으로서 행정위원회인 문화재보호위원회가 설치되어 사무국이 생겨났고 문화재보호행정을 일체적으로 수행하는 행정조직이 정비되었다. 신법에서는 국가지정의 문화재의 관리, 보호, 공개, 조사 등에 관한 제도가 정비되었지만 이에 따른 각종의 허가, 지휘감독, 명령 등의 행위에 관하여 도도부현 교육위원회 등에 권한위임을 할 수 있도록 하는 근거 규정이 마련됨과 동시에 법률에 근거한 국가의 각종 신고 등에 관하여 도도부현 교육위원회를 경유기관으로 하게 되었다. 1968년 6월 국가 행정조직의 간소화의 일환으로서 문부성의 문화국과 문화재보호위원회 사무국이 개편 통합되어 문화청이 설치되고 위원회의 소관사항은 문부성의 외국(外局)인 문화청으로 인계되었지만 위원회의 권한중 국가의 지정 및 지정해제의 권한은 문부대신에게 그 외의 권한은 문화청장관에게 인계됨과 동시에 새롭게 문부성의 자문기관으로서 문화재보호심

의회가 설치되었다.

- ④ 규제강화등의 제도정비: 신법에서는 주요문화재에 관하여 구법의 현상변경의 허가제에 더하여 소유자 등 이외의 자에 의한 공개를 국가의 허가를 받도록 하게 하고 국가지정의 사적 명승, 천연기념물에 관해서는 현상변경 및 보존의 영향을 미치는 행위에 대한 지방장관의 허가를 국가의 하가로 바꾸고 관리단체의 지정을 지방공공단체외에 법인에도 확대하여 중요문화재 및 사적 명승, 천연기념물의 관리에 관한 국가의 명령, 권고, 국보 및 특별사적 명승, 천연기념물의 수리, 또는 복구에 관한 국가의 명령, 또는 권고의 권한 및 중요문화재에 관한 국가의 선매권을 규정하는 등 전반적으로 국가지정 문화재에 대한 규제의 강화와 보호 등에 관한 정비가 이루어졌다.
- ⑤ 매장문화재: 매장문화재에 관해서는 1899년 제정된 유실물법의 시행에 따른 내무성훈령에 의한 행정지도로 그 취급방법이 정해져 있었지만 신법에서는 그 취급방법을 법률로 규정하고 매장문화재의 학술 조사를 위한 발굴에 관하여 국가에의 사전신고제를 규정하였다. 문화재 보호위원회는 신고에 따른 발굴에 대하여 금지·중지 명령이나 필요한 지시를 할 수 있도록 되었다.
- ⑥ 재산권의 존중: 문화재보호법은 제4조제2항에서 『문화재소유자 그 밖의 관계자는 문화재가 귀중한 국민적 재산임을 자각하고 이것을 공공을 위하여 소중히 보존함과 동시에 될 수 있는 한 이것을 공개하는 등 문화적 활용에 노력하지 않으면 안된다』고 훈시함과 동시에 동조제 3항에서 『정부 및 지방공공단체는 이 법률의 집행에 있어서 관계자의 소유권 그 밖의 재산권을 존중하지 않으면 안된다』라고 훈시하고 있다. 동법은 문화재의 공공적 성질에 기초하여 재산권의 내재적 제약을 근거로 소유자 등에 대하여 각종의 규제의무를 부과하고 있는데 한편 신헌법하에서 국민에게 보장된 재산권을 배려하여 국가에 의한 국보의 수리 등의 시공 중요문화재의 환경보전의 명령, 국가에 의한 공개 조사 등 국가에 의한 특별사적명승천연기념물의 복구, 국가에 의한 지정 기념물의 조사에 의하여 조사에 의하여 손해를 입은 자에 의한 손해배상제도를 정하였다. 또한 중요문화재 및 사적명승천연기념물의 환경보

전에 관한 제한, 금지, 명령이나 중요문화재의 공개에 따른 중지명령 등에 대하여 사전공개에 의한 청문절차를 국가에 대하여 의무지우고 있다.

- ⑦ 보조규정의 정비: 구법에 있어서는 국보에 대하여 신사, 절이 소유하고 있는 것중 특히 필요한 경우 그밖에 대해서도 유지, 수리를 위한 보조금의 교부, 사적명승천연기념물에 대해서는 관리단체로 지정된 지방공공단체의 관리비용의 일부보조를 할수 있도록 되어 있는데 신법에서는 넓게 중요문화재의 관리, 수리 및 사적명승천연기념물의 관리단체가 행하는 관리에 대하여 국가보조의 근거규정이 마련되었다.

(4) 문화재보호법의 변천

1) 변천요지

① 1963년의 개정법 : 조직정비 및 특별회계설치

1963년의 개정법은 문화재위원회의 각분과위원회의 분장사항을 재조정하는 한편, 국유문화재의 원활한 관리를 위하여 문화재관리특별회계를 설치하였다. 개정법의 요지는 다음과 같다 : 문화재위원회내에 설치되는 제1분과위원회 및 제3분과위원회의 관장사무를 조정한다. 발굴한 문화재에 관하여 국가가 발굴한 것과 기타의 자가 발굴한 것과의 구분에 따라 그 처리방법을 다르게 한다. 문교부에 문화재관리특별회계를 설치한다. 구황실재산법을 폐지하고, 종전의 구황실재산중 영구보존재산은 국유문화재로 하며, 기타 재산중 갑종재산은 행정재산으로, 을종재산은 보통재산으로 하고, 그중 갑종재산은 이를 처분하여 그 대금을 문화재관리특별회계에 전입한다.

② 1963년의 제2차개정법: 구황실재산의 처분

종전의 구황실재산중 갑종재산의 처분에 있어서 문교부장관은 특히 필요하다고 인정할 때에는 구황실의 기부행위로 설립된 재단법인숙명학원, 재단법인진명학원과 재단법인양정학원에 그 재산의 일부를 양여할 수 있으나 구황족에게는 그러한 혜택을 베풀 수 없는 점을 보완하기 위하여 앞으로

일본으로부터 귀국하게 될 구황족인 이은씨와 그 배우자에게도 구황실재산 중 잡종재산의 일부를 양여한다.

③ 1965년의 개정법: 잡종재산관리

종래 준용되어 오던 국공유재산처리임시특별법이 폐지(1965·6·30)됨으로써 문화재관리국소관 잡종재산처분 등에 관련되는 사항을 정비하였다. 개정법의 요지는 다음과 같다 : 문화재관리국소관 잡종재산은 재산처분심의위원회의 심의를 거쳐 처분한다. 잡종재산을 경쟁입찰에 의해 매각하되, 1962·7·14이전에 대여받았거나 점유 또는 경작한 자에게는 1966·12·31까지 수의계약으로 매각한다. 잡종재산의 처분가격은 시가를 기준으로 결정하되, 재무부 고시가격이상이어야 한다. 대금은 5년분할납부를 허용하되, 일시불의 경우에는 3할을 공제하도록 한다. 잡종재산의 점유자에게는 당해 재산의 매수를 요구한다.

④ 1970년의 개정법: 벌칙강화

개정법은 위반행위에 대한 관리방식과 벌칙을 강화하였다. 개정법의 요지는 다음과 같다 : 화재, 도난 및 훼손 등의 피해예방상 필요할 때 국보, 보물로 지정 또는 가지정된 문화재를 국가에서 직접 관리한다. 해외전시 등 문화재의 국제적 교류를 목적으로 하는 외에는 문화재의 국외수출이나 반출을 하지 못한다. 지정문화재 이외의 문화재중 향토문화 보존상 필요한 것은 지방문화재로 지정할 수 있도록 하고 소요경비는 국가 또는 당해 지방자치단체에서 부담하거나 보조한다. 문화재의 해외유출, 절취, 은닉, 훼손 기타 범법자에 대한 벌칙을 강화한다. 전시, 사변 또는 이에 준하는 국가비상시 문화재보호에 대한 특별규정을 신설한다.

⑤ 1973년의 개정법: 관람료징수관리·문화재이전및보존경비등

개정법은 문화재보호의 재정적 측면에 중점을 두었다. 개정법의 요지는 다음과 같다 : 관람료의 징수관리가 부적당할 때에는 문화공보부장관이 지정하는 지방 공공단체 또는 기타 법인이 징수관리한다. 토목 기타의 건설공사로 인한 발굴이나 훼손·멸실 등의 우려로 이전 및 보존할 경우의 소요경비는 건설공사 시행자가 부담한다. 문화재매매업자의 등록제를 허가제

로 한다. 범법자의 제보자 또는 체포자에 대한 보상금지급 제도를 신설한다. 지정문화재의 보호구역내에 있는 토지의 수용·사용에는 토지수용법을 준용한다.

⑥ 1982년의 개정법: 문화재의 재구분 및 보호구역제

문화재에 관한 효율적인 관리체제를 확립하고, 동산문화재의 등록제도를 폐지하는 등 비현실적인 규정을 현실에 맞게 정비·보완하였다. 개정법의 요지는 다음과 같다 : 문화재를 국가지정문화재, 시·도지정문화재 및 문화재자료로 구분한다. 천연기념물에 관한 보호를 철저히 하기 위하여 동물의 서식지·번식지·도래지와 식물의 자생지자체도 천연기념물로 지정한다. 사적·중요민속자료 등 기타 국가지정민속문화재에 대하여도 문화공보부장관이 멸실 등의 예방조치를 할 수 있다. 문화재의 보호상 특별히 필요한 경우에는 문화공보부장관은 “보호물” 또는 “보호구역”을 지정할 수 있다(제8조). 국보·보물의 모사·모조 및 중요무형문화재의 악보·대본제작행위 등을 허가사항에서 삭제한다. 중요무형문화재의 보호·육성을 위하여 중요무형문화재의 보유자로 하여금 전수교육을 실시할 수 있도록 하고 전수교육을 받는 자에 대하여는 장학금을 지급한다. 문화재매매업자의 자격·결격사유·준수사항 및 허가취소에 관한 사항을 규정한다.

⑦ 1984년의 개정법 : 동산문화재의 등록폐지

법에 의하여 지정되지 아니한 제작된 50년이상인 동산에 속하는 문화재에 대하여 소유자 또는 점유자가 문화공보부에 등록하도록 하는 의무규정을 두고 있는 바, 이러한 동산문화재는 매년 수백만점씩 증가할 것으로 예상되나 1970년부터 이 등록제가 실시된 이래 지금까지 등록된 동산문화재는 약 27만점에 불과하여 그 실효를 기대하기가 어렵고 또한 소유자들은 처벌을 두려워하여 문화재의 노출을 기피하고 은닉함으로써 동산문화재의 거래가 음성화하는 등 오히려 그 보존이나 관리하는데 있어 부작용이 크게 우려되므로, 개정법은 비현실적인 등록제도를 폐지하여 은닉된 문화재를 활발히 전시 공개하도록 유도하는 한편 그 유통을 양성화하여 동산에 속하는 문화재의 실태를 보다 더 구체적으로 파악하도록 규정하였다.

⑧ 1995년의 제1차개정법 : 매장문화재 관리

매장문화재를 건설공사의 시행자가 발굴하는 경우 그 문화재의 보존상 필요하다고 인정할 때에는 문화체육부장관이 직접 발굴하거나 그가 지정하는 자로 하여금 발굴할 수 있게 하고 그 발굴소요경비를 종전에는 공사시행자가 부담하도록 하였으나 개정법에서는 공사시행자가 이를 부담함을 원칙으로 정하되, 대통령령이 정하는 건설공사에 한하여는 국가 또는 지방자치단체가 부담하도록 규정하였다.

⑨ 1995년의 제2차개정법: 자격관리·문화재관람료·매매업허가권이양

문화재수리업무의 전문성 및 계속성을 제고하기 위하여 문화재수리업무에 장기간 종사한 공무원에게 문화재수리기술자 자격시험의 일부를 면제하도록 하고, 문화재의 관람료는 그 소유자 등이 자율적으로 결정할 수 있도록 하며, 문화재매매업의 허가에 관한 문화체육부장관의 권한을 지방자치단체의 장에게 이양하였다. 개정법의 요지는 다음과 같다 : 문화재수리업무를 담당할 수 있는 문화재수리기술자·문화재수리기능자 및 문화재수리업자의 자격과 그 등록 및 등록취소 등에 관한 사항을 종전에는 대통령령에서 규정하고 있었으나 앞으로는 이를 법률에서 직접 규정하도록 하여 문화재수리기술자 등의 권익보호에 만전에 기하도록 한다. 문화재수리업무에 10년이상 종사한 6급이상의 공무원으로서 문화재수리기술전문교육을 이수한 자에 대하여는 문화재수리기술자자격시험중 필기시험을 면제하고, 문화체육부장관은 문화재수리기술의 향상을 위하여 문화재수리기술자에 대하여 보수교육을 실시한다. 국가지정문화재의 현상을 변경하거나 그 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위를 하고자 하는 때에는 예외 없이 문화체육부장관의 허가를 받도록 하고 있으나, 앞으로는 도난경보시설의 보수 등 문화체육부령이 정하는 경미한 현상변경행위는 이를 허가대상에서 제외한다. 종전에는 국가지정문화재에 대한 관람료의 금액·징수 및 그 사용에 관한 사항을 문화체육부장관이 정하도록 하였으나, 앞으로는 이를 당해 문화재의 소유자 등이 결정하도록 함으로써 관람료의 금액결정 및 그 사용 등에 관한 규제를 완화하고 문화재관리에 있어서 자율성을 높인다. 현재 시·도지사에게 위임되어 있는 문화재매매업의 허가 및 그 취소에 관한 문화체육

부장관의 권한을 시장·군수·구청장에게 이양한다.

2) 규제완화

① 1997년의 개정법 : 행정절차개선

행정절차법이 1998년 1월 1일부터 시행됨에 따라 개정법은 행정절차법과 개별 법률에 중복 규정되어 있는 행정절차관련규정을 삭제하고, 개별 법률의 다양한 의견청취유형을 행정절차법에 맞도록 정비하며, 일정한 원칙과 기준에 따라 청문을 실시하는 처분을 명확히 개별 법률에 규정하였다. 개정요지는 다음과 같다 : 개별 법률에 의견제출·청문의 대상으로 다양하게 규정되어 있는 불이익처분중 당사자의 재산권·자격 또는 지위를 직접 박탈하는 허가·인가·면허 등의 취소처분과 그 법인·조합 등의 허가인가 취소 또는 해산을 명하는 중대한 불이익처분의 경우에는 엄격한 처분절차인 청문을 실시한다. 공사채등록법·관세법 등과 같이 당사자에게 중대한 불이익을 주는 인가 및 특허 등의 취소처분을 규정하고 있으나 청문에 관한 근거가 없는 경우에는 당해 처분의 성질에 맞게 청문실시의 근거를 신설한다. 의견진술·공청 등 행정절차법의 불이익처분절차에 맞지 아니하는 개별 법률상의 용어를 행정절차법에 적합하도록 정비하여 법 적용상의 혼란을 해소한다.

② 1999년의 개정법 : 사전보호강화 및 행정규제완화

민족의 문화유산의 문화재의 실효성 있는 보존·관리를 위하여 각종 개발사업으로 인한 문화재의 훼손을 사전에 예방할 수 있는 체제를 마련하고, 문화재사범의 단속을 강화하기 위하여 위법행위에 대한 벌금액을 상향 조정하는 한편, 국민에게 불편을 주는 행정규제완화를 위하여 행정편의 위주의 각종 신고 및 보고의무 등을 폐지하였다. 개정법(1999·1·29)의 요지는 다음과 같다 : 국가지정문화재의 관리에 관하여 국가만이 소유자·관리자 등에 대한 행정명령권을 가지고 있던 것을 지방자치단체도 국가지정문화재의 관리를 위하여 필요한 사항을 명령할 수 있도록 하는 등 그 권한의 일부를 부여한다(제25조). 국가 또는 지방자치단체 등은 문화재가

매장된 것으로 판정된 지역에서 개발사업을 하고자 하는 경우에는 문화관광부장관과 사전에 협의한다(제48조의2제1항). 건설공사의 시행자는 건설공사의 시행계획 수립시 당해 지역에 대한 문화재지표조사를 하도록 하고, 그 결과를 문화관광부장관에게 제출한다(제74조의2). 현상변경허가를 받지 아니하고 천연기념물을 표준 또는 박제로 제작한 자에 대한 벌칙을 신설하여 천연기념물의 보호·관리를 강화한다(제81조제3항). 국가지정문화재 소유자의 관리상황보고의무 및 공개의무, 문화재의 수리 등 착수 및 완료시 신고의무·외국문화재 국내반입시 신고의무, 문화재매매업의 허가제, 문화재수리기술자의 보수교육의무 등 비효율적인 각종 행정규제를 폐지 또는 정비한다(제40조등).

③ 2000년의 개정법 : 문화재보호구역제도개선·문화재공개제한

문화재보호구역의 지정에 따른 재산권행사의 제한을 줄이기 위하여 개정법은 종래 문화재보호구역 관련제도를 개선하고, 문화재수리기술자의 자격 취득 및 등록에 있어서의 행정규제를 완화하며, 문화재보호를 위하여 문화재의 공개를 제한할 수 있게 정비하였다. 개정요지는 다음과 같다 : 문화재청장은³⁵⁾ 문화재보호를 위하여 지정된 보호물 또는 보호구역에 대한 적정성 여부를 일정한 기간을 두어 검토하도록 하고 그 검토결과에 따라 보호물 또는 보호구역을 해제하거나 그 범위를 조정한다(제8조제2항 신설 및 법 제12조제4항). 문화재수리기술자가 되고자 하는 자는 실무 또는 연구경력 등 일정한 요건을 갖추고 자격시험에 합격하여야 하였으나, 앞으로는 자격시험에만 합격하면 누구나 문화재수리기술자가 된다(제18조의2제2항). 문화재수리에 관한 업무를 하기 위하여 등록한 문화재수리기술자가 그 등록이 취소된 경우 종전에는 5년이 경과한 후에 다시 등록할 수 있도록 하였으나, 앞으로는 2년이 경과하면 다시 등록한다(제18조의4제2항). 문화재청장은 국가지정문화재의 보호 및 훼손방지를 위하여 필요한 경우 당해 문화재의 공개를 제한하는 조치를 할 수 있도록 하고, 공개가 제한되

35) 문화재청은 1999년 5월 24일의 대통령령 제16347호(문화재청과그소속기관직제)에 의하여 설치되었다. 문화재청은 문화관광부의 외청으로 문화재의 보존·관리·활용·조사·연구 및 선양에 관한 사무를 관장한다(직제 제3조).

는 지역에 출입하고자 하는 자는 문화재청장의 허가를 받는다(법 제33조). 행정기관은 문화재가 있는 지역의 외부지역에서 시행하는 건설공사 중 조례로 정하는 지역안의 건설공사에 대하여는 그 건설공사의 인·허가 등을 하기 전에 당해 건설공사가 문화재보존에 미치는 영향을 검토한다(제 74조제2항 신설).

(5) 일본 문화재보호법의 변천

1) 제1차개정(1954년): 문화재지정제도

문화재보호위원회가 발족되고 문화재보호법에 기초하여 보호행정이 진행되는 속에서 보호제도가 한층 충실, 강화되어 신법시행 후 3년만에 정부제안에 의하여 법률개정이 이루어졌다.³⁶⁾

- ①중요문화재관리단체 제도: 사적명승천연기념물에 대해서는 구법당시로부터 지방공공단체를 관리단체로 지정하는 제도가 있었는데 구(舊)국보에 대해서는 그 제도가 없고 신법에 있어서도 마찬가지였는데 중요문화재에 대해서도 새롭게 관리단체의 제도를 두어 특히 필요한 경우에 한해서 지방공공단체 또는 그 밖의 법인을 지정하여 보존을 위하여 필요한 관리 이외에 수리, 공개에 대해서도 의무와 권한을 갖도록 하였다.
- ②무형문화재의 지정제도: 신법에 의하여 새롭게 법률상 보호대상으로 무형문화재가 추가되었는데 이 제도는 가치가 높은 것으로 국가가 보호하지 않으면 쇠망할 위험이 있는 것에 대하여 조성의 조치를 취해야 할 것에 대한 조치였다. 이에 대하여 새롭게 중요무형문화재지정제도가 설치되고 상황에 따라 조성조치를 강구하도록 개정하였다. 또 그 지정이 무형의 기술 그 자체인 경우 그 존재를 구체화하기 위하여 지정함에 있어서는 기술을 체현하고 있는 자연인인 보유자의 인정을 동시에 행하도록 하였다. 동시에 중요무형문화재 이외의 무형문화재에 대해서 기록선택의 제도가 만들어졌다.

36) 나카무라 : 22-23쪽.

- ③민속자료의 제도화: 종전의 민속자료는 유형문화재에 속하였는데 중요 문화재에 지정된 것은 없었다. 그리하여 가치의 관점을 달리하는 민속 자료를 무형의 것을 포함하여 독립된 문화재의 유형으로 보고 새롭게 예시를 가하여 정의함으로써 독립시켜 유형의 것에 대하여 중요민속자료의 지정제도를 신설하고 무형의 민속자료에 대해서는 기록선택의 제도를 두었다. 중요민속자료에 대해서는 중요문화재에 준하는 보호규정이 설치되고 현상변경 또는 유출에 대하여 사전신고제가 채택되었다.
- ④매장문화재의 보호의 강화: 당초의 신법에서 유형문화재의 장에 처음으로 법률에 의한 보호를 제도화한 매장문화재를 유형문화재로부터 분리 독립시킨 민속자료나 패총, 주거적(跡), 사적 등의 기념물에 토지에 매장되어 있는 것도 포함되는 것으로 하여 유형문화재로부터 분리시켜 독립의 장을 세움과 동시에 토목공사, 개간 그 밖의 매장문화재 조사 이외의 목적으로 실시된 발굴에 대해서도 주지의 매장문화재포장지(包藏地)를 발굴하고자 하는 경우에는 사전신고를 의무화하고 국가는 이에 대하여 필요한 지시를 내릴 수 있도록 하였다.
- ⑤기념물의 보호제도의 정비: 법 제2조의 정의에 관하여 제1항 제3호에서 『사적, 명승 및 천연기념물』로 열거되어 있는데 그 내용이 명확하지 않았던 것을 예시에 의하여 분명히 하였다. 또한 제4조 제3항의 훈시규정과는 별도로 사적명승천연기념물의 지정, 가(假)지정, 현상변경 등의 허가에 있어서는 재산권 및 기타 공익과의 조정에 유의해야 할 훈시규정을 신설하고 이의신청제도도 신설하였다. 사적명승천연기념물의 무허가현상변경 등에 대하여 원상회복명령의 제도를 둠과 동시에 2만5천엔의 과료였던 벌칙을 강화하여 중요문화재에 관한 벌칙으로 같은 정도(同量)의 형벌을 과할 수 있도록 개정하였다. 그 밖의 독립한 정령으로 규정되어 있던 관리단체의 제도를 중요문화재의 관리단체제도의 법정과 함께 법률사항으로 개정하는 등 기념물에 관한 규정의 정비가 이루어 졌다.
- ⑥지방공공단체의 사무의 명확화: 지방공공단체에 있어서 문화재에 관하여 지방자치법에 기초한 조례 또는 교육위원회규칙에 의하여 지정 등이 이루어져 왔는데 이러한 사물을 문화재보호법의 근거를 두고 조례

사항으로 하여 국가지정의 문화재 이외의 문화재에 대하여도 지정, 보호의 조치를 취할 수 있도록 하였다.

2) 제2차개정(1975년): 전통적 건조물군과 문화재보존기술제도

최초의 법개정이 이루어진 1945년대 말경부터 일본 경제는 부흥기에 들어섰는데 1950년대에서 1960년대에 걸쳐 고도성장기를 맞이한 사회구조에 대규모변동이 일어나 문화재를 지탱해 오던 사회기반, 생활기반의 격변이 광범위하게 진행되었다. 도시는 급격하게 도시화가 진행되었고 지방에서는 과속화되어, 대도시의 재개발 등속에서 도시에 있던 유서 깊은 건조물이나 신사, 절 등이 재건축되고 환경파괴, 마을을 이루던 숙박지(宿泊地), 성밖마을 등의 변모가 진행되어 생산양식, 생활양식의 근대화 합리화 등의 명목으로 전통적인 민속행사나 민구(民具)가 쇠퇴의 일로를 걷게 되었다. 또한 광범위한 분야에 걸쳐 토지개발의 진행과 함께 전국적으로 매장문화의 보존에 관한 문제가 빈발하고 개발과 문화재보호의 대립, 모순이 커다란 과제로 등장하였다. 문화청에서는 1971년부터 이러한 문제에 대처하기 위하여 문화재보호법의 개정에 착수하고 정부제안을 목표로 일단 성안(成案)을 얻었는데, 여러 가지 사정상 의원입법에 의해 개정하게 되고 1974년 5월에 중의원문화위원회에 『문화재보호에 관한 소위원회』가 설치되고 검토를 진행시켜 1975년 5월에 제안, 6월에 성립되어 10월 1일부로 시행되었다.³⁷⁾

- ①문화재 정의의 확충과 정비: 유형문화재의 정의 중에는 건조물 기타 유형의 문화적 소산으로 가치가 높은 것을『일체가 되어 그 가치를 형성하고 있는 토지와 기타 물건』을 포함시키고 있으며, 또한『학술상 가치가 높은 역사자료』도 포함시킴을 명확히 정하였다. 이에 근거하여 신사나 절의 경내지, 무가(武家)의 건물, 민가 등의 가옥에 딸린 토지 등이 직접지정물건으로서 보호대상이 이 될 수 있도록 개정되었다. 또한 전통적 건조물군 보존지구 보호제도를 창설함에 따라 『전통적 건조물군』을 문화재의 유형으로서 새롭게 추가함과 동시에 『민속자료』를

37) 나카무라 : 24-26쪽.

『민속문화재』로 개정하였다.

- ②보유단체의 인정제도: 중요무형문화재의 보유자를 자연인에 한정시켜, 집단적 성격의 것에도 『보유자(대표자)』로서 인정하도록 운영이 되었으나, 새로이 사단법인, 임의단체를 보유단체로서 인정하게 되었다.
- ③민속문화재의 제도정비: 『민속자료』를 『민속문화재』로 개정함에 따라 중요민속자료도 중요유형민속문화재로서 지정제도를 설치하여 구법의 규정에 의해 지정되었던 중요민속자료를 신법의 중요유형민속문화재로 간주하였다. 또한 무형의 민속문화재에 대하여 새롭게 국가의 지정제도를 설치함과 동시에, 그 보존에 관한 경비보조를 정하는 등 제도를 정비하였다.
- ④매장문화재의 제도정비: 토지개발사업의 급격한 진행에 대처하여 매장문화재의 보호를 강화하는 제도의 정비가 이루어졌다. 1954년 제1차 개정으로 신설된 주지의 매장문화재포장지에 있어서의, 토목공사 등에 따른 발굴에 관한 신고제도는 재산권존중의 시점에서 신고제도로서 그대로 유지되었는데, 국가기관이나 지방공공단체 그 밖에 정령에 의한 공적인 법인이 행하는 발굴에 대해서는 문화청장관에 대한 통지 및 이에 근거한 협의 등의 특례적 취급이 제도화되었다. 또한 국가 또는 지방공공단체에 대해서는 매장문화재포장지의 발굴시 주지의, 철저한 노력의무규정이 신설되었다. 나아가 유적발견의 신고가 있는 경우에 대해서는, 발굴에 따른 유적이 중요한지 조사할 필요가 인정되는 경우에, 문화청장관이 그 현상을 변경하는 행위의 중지, 금지명령을 발할 수 있도록 하였다. 전기한 국가 기구 등에 대해서는, 그 경우에도 통지, 협의 등의 특례적 취급에 의하도록 하였다. 또한 지방공공단체가 행하는 매장문화재포장지의 발굴조사에 관한 규정을 두어 지방공공단체의 사무를 명확히 하였다.
- ⑤전통적 건조물군 보존지구의 제도 신설: 경제, 사회의 급격한 변동 속에서 도시 및 농산(農山)어촌의 생활양식 등도 급속히 변화, 이에 따른 고래의 마을풍경이나 집락의 경관도 변모하고 있다. 이러한 상황에 대하여 각지에서 전통적인 건조물군에 대한 경관보존의 움직임이 일어나고 1968년에는 금택(金澤)시와 창부(倉敷)시에서 조례가 제정되었

는데 1972년부터 73년에 거쳐 추(萩)시나 남목중(南木曾)町 등 9개의 시, 혹은 정(町)에서도 제정되기에 이르렀다. 이러한 움직임을 배경으로 유럽에 있어서의 역사적 거리, 지구의 파사드(집정면) 보존 수법을 참고로 한 전통적 건조물군 보존지구의 제도가 신설되었다. 이 제도는 종전의 유형문화재의 단체(單體)보호에서 문화재적 가치가 있는 집합체를 그 환경까지 포함하여 일체적으로 보호한다는 광역의 보호제도가 되었다는 점과, 시, 정, 촌이 주민의 의사를 반영하면서 도시계획 또는 조례로 보존지구를 결정하고 국가(문부대신)는 시, 정, 촌의 신고에 따라 특히 가치가 높은 것을 중요전통적건조물군보존지구로 선정하고 그 관리 등에 관한 보조를 함으로써, 시, 정, 촌이 주체가 되어 행하는 보호제도로 만들었다는 점에서 새로운 문화재보호의 체계를 창설했다고 말할 수 있겠다. 이 제도의 기본속에는 주민이 현재 거주하는 집락지를 보호대상으로 했다는 점에서 타 제도와 근본적으로 다른 점이 있다. 또한 보존지구내의 현상변경의 규제에 대해서는 정령에 따른 조례에 의하도록 하였다. 건조물에 따른 현상변경의 규제는 이 제도의 취지에서 외관의 보존을 목적으로 함은 당연한 일이다.

- ⑥문화재보존기술의 보호제도 신설: 유형문화재의 수리나 무형문화재의 용구제작 등에 관한 전통적인 기술, 기능이 후계자 확보에 대한 어려움, 자료부족 등으로 쇠퇴해 가는 상황에 처해 있다. 이러한 상황에 대처하기 위해 문화재 보존을 위해 없어서는 안 될 전통적 기술·기능으로 보존의 조치를 취할 필요가 있는 것에 대하여 국가가 이를 선정, 미술공예품의 원재료나, 건조물의 수리용 자재의 확보 등의 조치를 강구하고 전승자 양성 사업 등에 원조를 할 수 있도록 제도를 신설한 것이다. 그리고 이 선정에 대해서는 선정보존기술의 소유자 또는 소유단체를 인정하도록 하고 있다.
- ⑦도도부현의 문화재보호심의회 등: 도도부현의 교육위원회는 종전의 문화재전문위원의 제도를 이어 문화재 보호 심의회를 둘 수 있도록 하고, 그 소장사항을 정함과 함께, 비상근으로 문화재보호지도위원을 둘 수 있도록 하였다. 또한 지방공공단체가 문화재보호를 위한 기채(起債)에 대해서도 국가는 적절한 배려를 하도록 하였다.

3) 제3차개정(1996년) : 등록문화재제도

그칠줄 모르는 발전과 생활양식의 변화에 의하여 일본 근대화 과정에서 형성되어 온 각종 문화유산도 파괴, 소멸의 위기에 처해 있다. 1990년 동경도가 행한 조사에 의하면, 천대전구(千代田區), 중앙구(中央區), 항구(港區), 신숙구(新宿區), 대동구(臺東區)에 1980년에 존재했던『문화재로서 가치있는 건조물』1,016건 중 1990년에는 539건이 소멸되어, 반수가 넘는 물건이 사라졌음을 확인시켜 주었다. 1992년 4월에 문화재보호심의회에 설치된 문화재보호기획특별위원회는 1994년 7월『시대적 변화에 대응한 문화재 보호시책의 개선충실에 관하여』의 보고 속에 문화재 보호대상, 보호조치의 확대 등과 함께 근대화 유산의 보호에 대한 필요성을 제언하고 있다. 이것을 받아들여 1994년 9월에 문화청에 설치된『근대문화유산의 보존·활용에 관한 조사연구협력자회의』에 의하여 1996년 7월에 행한 보고에서는 지정기준의 검토나 문화재 등록제도 등의 보호수법의 다양화가 제언되었다. 이러한 제언을 수렴하여 문화청에서는 국가의 지정기준의 일부를 개정하는 한편, 건조물에 대한 지정제도를 보완하는 등록제도를 창설하는 등의 내용으로『문화재보호법의 일부를 개정하는 법률』을 정부제안으로 국회에 제출하고, 1996년 6월에 공포, 10월에 시행하였다.³⁸⁾

①등록문화재 제도의 창설: 건조물 중 국가 또는 지방공공단체가 지정한 문화재이외의 것에도 보존 및 활용의 조치가 특히 필요로 하는 것은 문부대신이 문화재 등록원부에 등록하는 제도가 창설되었다. 등록문화재에 관해서는 소유자에게 각종 신고의무가 부과되고 현상변경의 신고가 있는 경우 문화청 장관이 필요한 지도, 조언, 권고를 할 수 있도록 하여 소유자의 협력을 구하면서 적절한 보전을 꾀하는 부드러운 보호제도이다. 등록의 대상이 될 만한 물건은 전국에 약 2만 5천건으로 추정되고 있는데, 문화청에서는 이 중 관련학회등의 평가가 특히 높은 것이나 소멸의 위험이 특히 큰, 도시에 존재하는 것 등 약 2,500건을 조속히 등록시킬 방침으로 1996년도 이후 연간 수회에 걸쳐 문화정보보호심의회에 자문답신을 거쳐 등록작업을 서두르고 있다.

38) 나카무라 : 27-28쪽.

- ②지정도시등에의 권한위임: 중요문화재의 현상변경 허가 등에 관하여, 도도부현의 교육위원회에도 추가로 허용하여 지정도시 및 중핵시의 교육위원회에도 위임할 수 있도록 하였다. 또한 도도부현의 교육위원회와 마찬가지로 시, 정, 촌의 교육위원회에도 조례를 정함에 따라 문화재보호심의회를 설치할 수 있도록 하였다.
- ③중요문화재 등의 활용촉진: 중요문화재의 공개에 대하여, 공개승인시설의 설치자가 주최하는 경우에는 허가를 얻지 않아도 된다는 등 공개에 관한 규제를 완화하여, 중요문화재 등의 공개가 촉진되도록 하였다.

3. 북한법제

(1) 헌법규정

북한헌법은 문화유산과 관련하여 근로자들의 창조적 능력 제고, 건전한 문화정서적 수요 충족(제39조), 온 사회의 인테리화(제40조) 및 현대적 문화시설 확충과 근로자들의 사회주의적 문화정서 생활 향유(제53조) 등을 규정하였다.

(2) 법령규정

문화유산보호와 관련하여 북한법제는 조선민주주의인민공화국 문화유물보호법(1994.4.7), 보물·고적·명승·천연기념물보존령(1946.4.29), 보물·고적·명승·천연기념물보존령 시행규칙(1946.4.29), 보물·고적·명승·천연기념물보존령 시행수속(1946.4.29), 물질문화유물보존에 관한 규정(1948), 조선물질문화유물조사보존위원회에 관한 결정서(1948.11.1), 조선물질문화유물조사보존위원회에 관한 규정(1948.11.1), 명승지의 보호관리 및 리용에 관한 규정(1990), 천연기념물의 보호관리에 관한 규정(1990) 및 력사유적과 유물보호에 관한 규정(1992)등의 법령을 갖추었다.

(3) 사업관계법령

북한은 문화유산과 관련된 사업을 수행하기 위하여 예술위원회조직에 관한 건(1946.5.27), 예술위원회 임시규칙, 국립극장설치에 관한 결정서

제1장 총 설

(1947.1.9), 국립영화촬영소설치에 관한 결정서(1947.2.6), 이동예술대에 관한 규정(1950.1.11), 극장(극단, 악단, 무용단)에 관한 규정(1950.3.11), 극장 및 영화관사용료 제정 실시에 관하여(1950.3.11) 및 무대예술인을 우대함에 관하여(1952.5.29) 등의 법령을 갖추었다.

제 2 장 발굴법제의 구조와 과제

제 1 절 유물·유적의 조사

1. 지표조사·관련절차

(1) 지표조사

1) 개요

유적을 확인·조사하는 데에는 크게 지표조사 - 시굴조사 - 발굴조사의 과정을 거치게 된다. 특히 근래에 와서는 지표상에서 유적의 존재가 인정되는 경우 시굴조사를 실시하여 유적의 성격, 범위나 분포 등을 파악하여 발굴조사의 기초자료로 활용하는 예가 늘어나고 있다. 그러나 전반적으로 유적의 분포나 성격에 대한 기본현황이 제대로 파악되어 있지 않으므로 엉뚱한 곳을 조사하는 경우가 발생한다.³⁹⁾ 유적의 개괄적인 현황에 대한 자료는 『문화유적총람』(1977년)이 거의 전부라 해도 과언이 아니다. 1980년대 중·후반에 문화재연구소의 지원하에 가야문화권을 중심으로 ‘정밀’지표조사를 각 대학에 의뢰하여 그 보고서가 다수 간행되었다. 그러나 이는 『문화유적총람』에 수록된 유적을 확인하고 몇몇 유적을 추가하는 정도에 그쳤다. 1994년을 전후하여 각 시·군단위로 문화유적에 대한 현황파악이 계획되어 예산을 확보한 시·군에서 지표조사를 실시한 바 있었다.

2) 조사의의

지표조사란 지표의 여러 상태를 조사하여 유적의 존재나 성격, 범위 등을 파악하는 것이다. 종래 꾸준히 추진·진행되어 온 지표조사 결과 매장문화재의 분포가 많이 밝혀졌지만, 여전히 공사중에 발견되는 유적이 상당수에 이른다.⁴⁰⁾ 매장문화재의 보호·관리라는 큰 맥락에서 보면 분포 현황의 파악은 대단히 중요하고 절실한 사안이다. 개발로 인한 유적의 훼손

39) 이상길 : 196-197.

40) 고수길 : 221.

을 예방하기 위해서는 공사전 매장문화재 지표조사를 실시하여 유적훼손을 사전에 예방하는 한편 공사중 유적발견시 초래되는 공기지연을 최소화시켜야 한다. 문화재의 보존·보호 측면에서 발굴은 어쩔 수 없이 선택하는 차선의 수단이며 매장문화재를 올바르게 보호·관리하기 위해서는 전국에 흩어져 있는 수많은 유적에 대한 현황을 파악하는 일이 시급하다.

3) 조사방법

지상조사에 국한하여 조사의뢰를 받은 기관에서 소수의 인원으로 도별로 조사하는 것이 일반적인 관례이다. 또 지표조사의 정의를 소극적으로 적용하여 실제로 유적의 징후가 지표에 나타나는 경우만 시굴이나 발굴조사 대상으로 삼았다. 그러나 최근에는 전혀 뜻밖의 장소에서 예상하지 못했던 유적들이 드러나는 경우도 있다. 앞으로는 지표조사의 결과를 적극적으로 해석해야 할 단계가 되었다. 비록 지상에서 유적의 징후가 되는 지형이 남아 있지 않고 유물이 발견되지 않는 경우라도 지형이 유리하거나 주위의 여건이 좋으면 반드시 시굴을 거쳐 유무를 확인하는 작업이 필요하다. 유적이 없는 것을 확인하는 것도 고고학에서는 중요한 작업이라는 것을 긍정적으로 이해하여 지표조사의 후속조치를 마련하는 것이 바람직하다.⁴¹⁾

4) 조사근거

종래에는 문화재보호법상 지표조사를 강제하는 근거규정이 없었다. 공사시행전에 각 시·도 등에 행정지침을 내려 사전 지표조사를 실시하였다. 따라서 개발과 관련된 관계 부처 및 기관에서는 이를 외면하고 있으며 심지어는 개발을 저해하는 요인으로 인식하는 경우도 있어 각종 개발사업으로 인한 매장문화재 훼손을 예방하기 위한 지표조사 제도의 도입이 시급하였다. 또한 개발로 인한 매장문화재의 발굴을 효율적으로 전담할 수 있는 발굴전문기관의 확충과 발굴용역에 대한 기본적·객관적 기준도 요구되었다.⁴²⁾ 1999년의 문화재보호법(제74조의2)은 문화재지표조사를 의무화시켰다.

41) 이강승 : 113.

42) 고수길 : 221.

5) 조사범위

지표조사는 대부분 환경변화가 급격하게 이루어지는 경우가 많으므로 단순히 고고학적인 문화재의 파악에 그치는 것은 바람직하지 않다. 사람이 살았던 지역이나 지금도 살고 있는 지역을 단순한 자연이 아니라 문화적 환경이라는 총체적 개념으로 파악해야 한다.⁴³⁾ 현재 살고 있는 민속문화를 기록해 두어야 한다. 문화환경을 이루고 있는 모든 요소들 - 고고학적 유적 유물뿐 아니라 현재의 물질문화, 구비전승, 민담, 가족, 친족, 향촌조직, 세시풍습 등 - 을 빠짐없이 조사하여 기록으로 충실하게 남기는 것이 바람직스럽다. 조사단을 확대하다 보면 비용이나 시간이 많이 드는 비능률적인 측면도 있으나 현재의 문화를 올바르게 이해하기 위한 역사자료를 작성하는 것은 중요한 일이다. 최근에는 종합적인 조사를 실시하는 종합학술조사 성격을 가진 지표조사보고서가 나와 새로운 지표조사의 방향을 제시하고 있어 주목된다.

6) 조사한계

지표조사는 조사할 당시의 표면상황에 한정하는 것이므로 한번의 조사로서 정확한 파악이 이루어 질 수가 없다. 누군가가 한 지역을 지표조사하면서 흩어진 유물을 모조리 수습해 버린 뒤라면 다음 사람은 아무리 꼼꼼하게 조사를 한다고 하더라도 아무 흔적을 발견할 수 없을 것이다. 또한 유적이 존재한다고 하더라도 그것이 파괴 또는 유실되어 지표에 유물이 드러나지 않고 깊은 지하에 온전히 존재한다면 도저히 발견할 수 없게 되므로 완전하다는 것은 곧 없는 것처럼 보일 수도 있다. 특히 현재 경작중인 논, 숲이 뺄뺄히 차 있어 도저히 땅을 볼 수 없는 산 속 같은 곳은 지표조사에서 아무런 흔적을 찾을 수 없는 경우가 허다하다. 매년 조사해도 부족한 상황에서 대강 한번 조사한 자료를 만능의 잣대로 이용하겠다는 발상은 무모하다. 불완전한 지표조사 자료를 이용하여 발굴지역을 선정하고 조사기간이나 예산을 산정함도 불합리하다.⁴⁴⁾

43) 이강승 : 114.

44) 이상길 : 197.

7) 정보망구축

대학이나 연구소, 박물관같은 전문기관에서는 소규모의 지표조사를 연차적으로 실시하여 관할지역내의 문화재에 대한 정보를 나름대로 축적하고 있다. 그런데 지방 행정기관에는 전문직 공무원이 없거나 부족하여 학계의 정보를 공유하지 못하는 것이 일반적인 현상이므로 현상변경이 필요한 경우에 참고할 수 있는 길이 막혀 있다. 학계에서 발표하는 자료가 부정기적이고 내용도 잡다한 경우가 많아 행정관서의 담당자들이 정보를 일일이 축적하는 일이나 문헌을 구사하는 일이 간단치 못하므로, 관공서와 학계는 자료를 공유·이용하는 방법을 모색해야 한다. 최근에 각 도마다 1개군을 선정하여 문화재지도를 제작하려는 계획은 매우 고무적인 현상이다. 연차적으로 지표조사를 실시하여 대축적의 지도에 기록해 둔다면 행정에 참고하는 길이 열리게 되고, 따라서 문화재에 대한 배려는 개선될 것이다. 발굴조사의 결과를 data base화하여 관공서에서 쉽게 이용할 수 있도록 하는 한편, 계속해서 새로 드러나는 매장문화재 자료를 축적해나가야 할 것이다. 또 그 결과를 필요한 이들이 쉽게 이용하는 길도 마련해야 할 것이다.⁴⁵⁾

8) 문화유적원부

지방자치단체에 따라서는 ‘문화유적원부’라는 이름으로 보고서를 간행·비치하여 문자 그대로 ‘원부’로 활용한다. 경우에 따라, ‘원부’에 올라 있지 않은 곳은 유적과 전혀 무관하므로 무조건 공사를 진행하여도 상관이 없다는 식의 엉뚱한 결과가 초래된다. 최근에 관계당국에서는 명실상부한 정밀 지표조사를 실시하겠다는 계획을 세워 일부 시행 중에 있다. 그러나 1개 군을 1년만에 조사하여 보고서 간행까지 마쳐야 하므로 주마간산이 될 가능성이 크다. 더구나 대상유적의 범위가 선사부터 조선시대까지이므로 보통 1개 군에 500개소 이상의 유적이 존재하는 것을 감안해 보면, 원부작성은 한 두 사람이 다른 업무를 보면서 틈틈이 수행할 성질의 일이 아니다.⁴⁶⁾

45) 이상승 : 116.

46) 이상길 : 197.

(2) 관련절차

1) 환경영향평가

지표조사와 관련된 법을 들자면 환경영향평가법을 비롯하여 도시계획법, 택지개발촉진법, 국토이용관리법이 있다. 택지개발사업을 비롯한 일정 규모 이상의 개발사업에는 환경영향평가를 실시하도록 규정하고 환경영향평가서에 문화재 지표조사와 유적의 보호대책을 다루고 있다. 그런데 중점평가항목을 보면 자연환경이나 생활환경에 대한 평가가 주이고 사회·경제적인 환경은 상대적으로 가볍게 처리된 경향이 있다. 그중 문화재환경의 평가를 해야 하는 항목은 댐·저수지·하구언공사와 관광단지 개발 및 공원 조성 2개 항목에 불과하다. 그 이하의 면적을 개발하는 데에는 이 법이 적용되지 않는다. 대부분의 경우 환경영향평가서에는 지정구역내의 지정문화재만 행정적으로 파악한 결과만 제시된다.⁴⁷⁾

2) 행위허가

도시계획법에 의한 1982년의 『토지의형질변경등행위허가기준에관한규칙』(제8조)에 따르면, 주거지역과 상업지역, 생산녹지지역과 자연녹지지역안의 1만㎡미만의 면적(공업지역에서는 3만㎡)은 시장·군수의 허가만 받으면 현상변경이 가능하고 높이 50cm 미만을 절토·성토하거나 정지하는 경우에는 허가를 받지 아니한다. 허가가 필요한 경우에도 지방자치단체의 기관장이 요구하는 서류에는 공식적으로 문화재에 관한 항목이 없고, 설사 있다하더라도 지상에 나와 있는 구조물만 다루거나 지정문화재 이외에는 고려하지 않는 경우가 허다하므로 눈에 보이지 않는 매장문화재에 대해서는 속수무책이다. 또 깊이 50cm정도의 현상변경에 대해서 아무런 절차를 거치지 않아도 가능한 규정을 보면 문화재에 대한 배려가 거의 없는 것으로 보인다.⁴⁸⁾

행위허가시 권한을 위임받은 행정관청은 그 재량에 따라 문화재항목을 검토할 수도 있으나 필수요건이 아니므로, 대부분 행정적인 절차만으로 현

47) 이강승 : 115.

48) 이강승 : 115.

상변경이 이루어진다. 어떤 경우에는 상당히 넓은 지역인데도 관계기관과 협의절차가 없이 사업을 시행할 수도 있다. 보안유지가 필요한 군사시설의 경우가 특히 그렇다. 그러나 군사시설 예정지역이라고 매장문화재가 없으란 법은 없고 오히려 입지가 유리한 곳에 시설하는 경우가 많으므로 유적이 훼손될 가능성이 높을 수 있다. 한편으로 도시의 팽창으로 군사시설이 외곽으로 이동하는 일이 늘어나고 있는데 어떤 경우에는 매장문화재가 주변 도심지역보다 잘 보존되어 있는 경우도 상정할 수 있다.⁴⁹⁾

2. 정밀·시굴조사

(1) 정밀지표조사

1) 의 의

실제 특정지역을 개발하기 위한 택지개발이나 공단조성 같은 사업이 시행될 때 매장문화재의 보호·관리를 위해서는 별도의 정밀 지표조사를 실시해야 한다.⁵⁰⁾ 매장문화재는 지하에 묻혀 있다는 특성상 그 존재여부를 알기 힘들고, 특정지역을 집중적으로 조사하는 정밀조사가 아니고서는 유적의 존재여부를 파악하기 어렵다. 정밀지표조사를 통하여 매장문화재를 비롯한 문화재의 분포 여부가 사전에 알려진다면, 특정 지역을 개발하려는 단계에서 이에 대한 검토가 이루어질 수 있을 것이다. 문화재가 없는 지역으로서의 개발방향 전환이나 발굴조사의 최소화 등을 통하여 문화재를 보호·관리할 수 있을 것이며, 문화재로 인한 개발 지연 또한 최소화할 수 있다.

2) 제도화

공사전 정밀지표조사는 문화재보호법상 이를 강제하는 근거규정이 없어 관계부처 및 기관에서 실제 조사가 실시되는 경우는 드물다. 대규모 개발사업의 경우 환경영향평가의 한 항목으로 문화재에 미치는 영향평가 항목

49) 이강승 : 116.

50) 고수길 : 223.

이 있기는 하나, 종래 이에 대한 구체적인 규정이 없어서 지정문화재의 분포정도만을 파악하여 평가하는데 그쳤다. 최근에는 문화재에 대한 일반인들의 인식이 높아지고 공사도중 매장문화재 발견으로 인한 공사중지 사태 등을 막기 위해 공사전 지표조사를 실시하는 경우도 점차 발생하고 있다.⁵¹⁾ 1999년의 문화재보호법(제75조의2)은 개발사업에서의 문화재보호의 일환으로서 “국가 및 지방자치단체는 각종 개발사업을 계획·시행할 경우 문화재(보호물과 보호구역을 포함한다)가 훼손되지 아니하도록 노력하여야 한다”는 주의규정을 두었다.

(2) 시굴조사

1) 의 의

시굴조사는 유적의 분포범위나 성격 파악을 위한 발굴조사의 한 과정이다.⁵²⁾ 그러나 ‘시굴’이라는 용어는 그 개념이 정확히 정립되지 않은 채 모호하게 사용되고 있다. 지표조사 과정에서의 시굴조사의 실시 문제와 시굴조사와 발굴조사의 구분문제가 그 대표적인 경우이다. 지표조사는 지표상에 노출된 유물과 유구의 흔적을 통하여 매장문화재를 확인하는 작업이라는 점에서 유적의 존부를 명확히 알 수 없다는 방법상의 한계를 가지고 있다. 따라서 매장문화재의 정확한 분포여부를 확인하기 위하여 지표조사 과정에서 부분적인 시굴조사를 실시하는 경우가 발생하고 있다.

2) 필요성

유적의 존재 유무나 그 성격·범위를 파악하기 위하여서는, 지표면을 훑어보는 정도로는 부족하고 보다 구체적으로 유적을 확인할 수 있는 방법으로 시굴조사가 필요하다. 유적 가부의 판단이나 본 조사를 위한 예비조사임에도 불구하고 시굴조사는 절차상의 번거로움으로 인해 경제적·시간적 낭비요인이 되고 있다. 땅속의 일을 아무도 알 수 없다는 이 간단한 사실 하나만으로도 공사전에 유적의 유무를 판단하기 위한 적극적인 확인조사의

51) 고수길 : 223.

52) 이상길 : 199.

당위성은 인정된다. 더구나 막연하게 전체 공사범위를 대상으로 발굴조사에 착수하게 되면 반드시 조사기간이나 소요예산에 문제가 생기고 비리시비가 일기도 한다.⁵³⁾

3) 실 태

시굴조사는 양면성을 가진다. 하나는 유적이거나 아닌가를 확인하는 작업이고, 또 하나는 유적임은 인정되나 그 범위·성격 등을 구체적으로 확인하고자 하는 것이다. 전자의 경우 지표조사의 연장으로 이해할 수 있는 부분도 있다. 여기서 문제가 되는 것은 현재 실시되는 시굴조사의 대부분이 후자의 경우에 한정되고 있는 점이다. 가령 고속도로 건설을 위한 지표조사에서 유적의 존재가 분명하지는 않으나 그나마 토기편이나 자기편이 몇 점 수습되어 유적의 가능성이 있다고 판단되는 곳 만을 시굴조사지역으로 선정하는 보통이다. 시굴조사가 존재유무를 확인하는 1차적인 작업이라면 아무 흔적이 없는 곳이라도 지형이나 입지 등 주변 정황을 고려하여 시굴조사가 먼저 실시되어야 하지만 관행상 ‘시굴근거’를 제시할 수 없으면 조사대상에서 아예 제외된다.⁵⁴⁾

4) 문제점

지표조사 단계에서 일부 실시되고 있는 시굴조사는 출토유물의 국가귀속 등 유물관리 차원에서의 여러 가지 문제점은 물론 비전문가에 의한 무단 발굴(도굴)의 문제 등 또 다른 부수적인 여러 문제를 야기시킬 수 있다. 문화재보호법 제43조(발견신고)에서 매장문화재를 발견한 때에는 그 현상을 변경함이 없이 발견된 사실을 신고하도록 하고 있는 것도 바로 이러한 경우를 방지하고자 하는 것이다. 따라서 현실적인 필요성이 일부 제기되기도 하나, 매장문화재의 보호·관리 차원에서 지표조사과정에서의 시굴조사는 일단 허용하기 어려운 것이며, 모든 시굴조사는 문화재관리국의 허가절차를 거쳐야 할 것으로 생각된다.⁵⁵⁾

53) 이상길 : 199.

54) 이상길 : 198.

55) 고수길 : 224.

5) 조사규제

문화재보호법상 시굴조사라는 것은 존재하지 않으며 그것이 가지는 의미도 크게 인정하지 않는다. 문화재청은 최근 시굴조사의 규제를 추진하였다. 무분별함을 막고자 하는 최소한의 의도는 인정되나 시굴조사를 적극적으로 권장하는 내용은 결코 아니었다. 지표조사에 유적이 발견되지 않고 공사를 진행하는 중에 유물이나 유구가 드러나 공사가 중단된다면 공사에 차질을 빚게 됨은 물론이고 이를 조사해야 하는 쪽도 역시 엄청난 부담을 안게 된다. 지표조사와 아울러 적극적인 시굴조사를 추진해야 한다. 유적 파괴와 공사지연의 이중부담을 피할 유일한 수단은 정확한 시굴조사라고 판단되며, 관계당국은 이의 활성화를 위한 방안을 강구해야 할 것이다.⁵⁶⁾

제 2 절 매장문화재의 발굴

1. 제도상의 문제

(1) 개 요

매장문화재에 관련된 법령으로는 문화재보호법 제3장, 환경영향평가법, 유실물법 등이 있다. 문화재보호법상의 규정들은 발견신고, 발굴의 제한, 발굴된 매장문화재의 처리방법, 경찰서장 등의 매장문화재 처리방법, 국가 귀속과 보상금, 유실물법의 준용에 관한 것들로서 주로 발굴규제 및 발굴시의 처리방법에 국한되어 있을 뿐, 매장문화재의 사전조사, 사전·사후관리 및 보존에 관한 것들은 아니다. 문화재보호법은 매장문화재에 대한 영향평가에 관한 규정을 두고 있지 않으며, 다만 환경영향평가법에 의한 문화재조사(동시행규칙 제2조 별표 1)는 대체로 지정문화재의 확인에 그치고 있고 그 대상사업도 대규모 개발사업에 국한되어 있어 그 범위에 해당하지 않는 사업에 관한 고려가 없다.⁵⁷⁾

56) 이상길 : 199.

57) 홍준형 : 160

(2) 발굴의 규제

문화재보호를 위한 정책이나 법제는 어느 분야나 마찬가지로 권한·책임 소재의 분산(fragmentation)과 원활하지 못한 조정(coordination)의 문제점을 안고 있다. 그러나 더욱 근본적인 문제는 매장문화재의 보호를 위한 법제도가 발굴규제중심으로 되어 있어 그 보존·관리의 측면이 소홀히 되고 있다는 데 있다. 문화재보호법은 제1조에서 “문화재를 보존하여 이를 활용함으로써 국민의 문화적 향상을 도모함과 아울러 인류문화의 발전에 기여함”을 목적으로 천명하고 있고, 또 제44조에서 발굴금지원칙을 전제로 한 발굴허가제를 채택하고 있으나, 그 밖의 관련규정들은 주로 매장문화재의 발굴에 관한 것이며, 매장문화재의 보존·보호를 위한 사전규제 장치들에 관한 규정은 거의 없다고 해도 과언이 아니다.⁵⁸⁾

(3) 허가제의 한계

개발이든 발굴이든간에 문화재의 원형을 필연적으로 훼손한다는 점에서 큰 차이가 없다는 점을 인정한다면 현행 발굴허가제도는 매장문화재 보호에 한계를 드러낸다. 아무런 제재를 받지 않고 합법적인 절차에 의해 수립되는 개발사업 계획들은 설사 공사단계에서 매장문화재가 발견되더라도 여러 가지 경제적 타당성을 이유로 하여 문화재를 소홀히 다루게 되는 명분을 가지는 것이 현실이다. 개발사업 계획수립 단계에서 어떻게 대상토지에 대해 문화재를 조사하고 문화재 보존 관련사항을 사전에 협의 통제할 법적·제도적인 장치들을 마련하는데 노력을 경주하여야 한다.⁵⁹⁾

(4) 입법의 미비

매장문화재의 속성상 그 존재여부나 성상을 확인하기 위해서는 발굴(또는 고증, 사전조사, 시험발굴 등)이 불가피하고 따라서 그에 관한 법적 규율이 요구된다. 그러나 ‘발굴금지의 원칙’ (§44①)을 선언하면서도, 연구목

58) 홍준형 : 158

59) 고수길 : 220

적의 발굴, 건설공사(토목공사를 포함)를 위한 발굴, 건설공사 시행중 매장문화재의 존재사실이 확인된 경우 공사계속을 위한 발굴은 문화재청장의 허가를 받아 할 수 있도록 규정할 뿐, 매장문화재의 종류·성상에 따른 보존·관리정책의 기본방향이 뚜렷이 나타나 있지 않고, 매장문화재에 대한 사전적·정기적 조사·추적, 각종 개발사업이나 건설공사에 있어 매장문화재에 대한 영향평가에 관한 사항이나 발굴의 필요성, 발굴의 방법 및 범위 등에 관한 사항 등에 관하여는 특별한 규정을 두지 않고 있다. 이러한 일반적 발굴금지의 원칙-예외적 발굴허용의 체제는 자칫 정작 필요한 발굴을 금지하거나 범죄화하는 반면 무분별한 발굴이나 부적절한 발굴을 통한 문화재훼손을 조장할 가능성이 있다.⁶⁰⁾

2. 집행상의 문제

(1) 문화재위원회의 운영

문화재보호법시행령(제30조)에는 매장문화재를 발굴하고자 하는 자는 요건을 갖추어 문화재청장에게 허가를 신청하도록 규정하였다. 발굴신청서를 접수하여 문화재위원회가 개최되면 조사담당자가 발굴 제안설명을 한다. 이 심의는 2~3매의 슬라이드와 5분내외의 설명이 전부이다, 30여일을 공사를 중지시켜 놓은 상태에서 부결되면 소요된 시간과 노력, 시공자의 비난이 뒤따른다. 단 며칠만에 몇백만원의 비용으로써 간단하게 마칠 수 있는 조사 때문에 대규모 공사가 지연된다. 식수나 공업용수로 사용될 댐의 담수가 낮아진대거나, 장비나 인력이 고스란히 놓고 있는 경우도 있다. 때문에 시공자가 문화재 조사를 기피하게 되는 것은 물론 그에 염증을 느끼거나 오히려 파괴하여 인멸시켜 버리는 예도 있다. 과거에는 건설공사가 그다지 많지 않았기 때문에 시간도 많았고 여유도 있었으나 지금은 상황이 다르다. 공사가 하루 지연되면 막대한 돈이 없어질 수도 있다. 문화재위원회의 운영이 현실을 따라가지 못한다.⁶¹⁾

60) 홍준형 : 159.

61) 이상길 : 193.

(2) 형사처벌상의 불확실성

매장문화재의 개념의 모호성은 매장문화재의 도굴에 대한 처벌과 관련하여 문제가 될 수 있다.⁶²⁾ 매장문화재는 원천적으로 불확실한 상태이므로 미처 확인되지 아니한 지역에서 국보급 문화재가 발굴된 경우 이를 지정 또는 가지정하지 않은 상태에서는 매장문화재의 도굴에 대한 처벌여부가 불확실해진다. ‘지정문화재 또는 가지정문화재의 보호물 또는 보호구역안에서 허가없이 매장문화재를 발굴한 자’에 대하여는 그 밖의 장소에서 도굴한 자에 비하여 형이 무겁게 책정되어 있다. 도굴장소에 따라 형이 차별화되어 있을 뿐, 매장문화재의 종류나 문화재로서의 가치에 따른 형의 차별은 없다.⁶³⁾

62) 도굴 등의 죄에 대하여 문화재보호법(제82조)은 다음과 같이 처벌한다 : ①지정문화재 또는 가지정문화재의 보호물 또는 보호구역안에서 허가없이 매장문화재를 발굴한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다. ②제1항외의 장소에서 허가없이 매장문화재를 발굴한 자, 매장문화재발굴의 정지 또는 중지명령에 위반한 자는 10년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다. ③제1항 및 제2항의 규정에 위반하여 발굴되었거나 현상변경된 문화재를 그 정을 알고 유상이나 무상으로 양도·취득·운반 또는 보관한 자는 7년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다. ④제3항의 행위를 알선한 자도 제3항의 형과 같다. ⑤제43조의 규정에 위반하여 매장문화재를 발견한 후 이를 신고하지 아니하고 은닉 또는 처분하거나 현상을 변경한 자는 3년이하의 징역 또는 300만원이하의 벌금에 처한다. ⑥제1항 내지 제5항의 경우에 있어서 당해 문화재는 이를 몰수한다.

63) 홍준형 : 164.

제 3 장 보호법제의 구조와 과제

제 1 절 보호제도

1. 기반조성

(1) 보호물·보호구역 제도

1982년의 문화재보호법(제8조)은 보물·국보의 지정(제4조), 사적·명승·천연기념물의 지정(제6조) 또는 중요민속자료의 지정(제7조)에 있어서 문화재의 보호상 특히 필요한 경우에 관할관청(문화공보부장관)으로 하여금 이를 위한 보호물 또는 보호구역을 지정할 수 있도록 규정하였다. 2000년의 문화재보호법은 보호물 또는 보호구역을 위한 구체적 규정을 보장하였다. 즉 문화재청장은 보호물 또는 보호구역을 지정한 경우에는 일정한 기간을 두고 그 지정의 적정성 여부를 검토하여야 한다(제8조제2항). 이 검토사항에 관하여 필요한 사항은 문화관광부령으로 정한다(제8조제3항).

(2) 기초자료의 정비

유적목록과 분포지도의 작성은 문화유적의 보호·보존, 관리, 연구의 가장 기초적인 자료인데, 이러한 기초작업도 제대로 이루어져 있지 않은 상태에서 문화유적의 보존·보호를 논한다는 것 그 자체가 사실상 무망한 일에 가깝다. 전국의 문화유적을 정밀하게 조사하여 정확한 『전국문화유적목록』과 유적의 위치와 범위를 정확하게 표시한 『정밀 유적 분포지도』(5천~1만분의 1 축적지도)를 최우선적으로 만들어 일선 시군을 포함한 관련 부서에 배부하여 문화유적 보존·보호의 기초자료로 활용할 수 있도록 해야 한다. 유적의 목록과 분포지도 작성은 한 두 번의 조사로는 완벽하게 되지 않으므로 지속적인 조사가 이루어져 계속 보완되어야 하고, 그 결과는 그때 그때 일선기관에 보내져야 한다.⁶⁴⁾

64) 정정원 : 30.

(3) 재원조달

문화재의 발굴 및 보존에 필요한 재원조달을 위한 제도적 개선방안이 절실하다. 이를 위하여 예컨대, 매장문화재 발굴 및 보존을 위한 ‘매장문화재 기금’과 같은 것을 설치하는 방안을 검토할 수도 있지만, 우선은 당해 매장문화재의 공개에 따른 관람료나⁶⁵⁾ 그 밖의 문화재보호법상의 각종 수수료 등 수입을 기초로 하여 재원조달방안을 모색하는 것이 바람직하다고 본다. 다만, 그 재원조달에 기업 등이 참여할 수 있는 길을 열어주는 방안을 검토할 필요가 있을 것이다.⁶⁶⁾ 한편 문화재청 예산의 4% 내외에 불과한 무형문화 부문의 예산은 더욱 형평에 맞지 아니한다고 본다. 이러한 차별정책을 지속하는 이유는 불명확하다. 예산 수립에서 이를 적극 시정할 계획이 필요하다.

2. 지정·인정

(1) 요건

1) 단계별 지정

1962년의 문화재보호법은 중요 문화재에 대하여 지정·인정 제도를 일률적으로 규정하였다. 1982년의 문화재보호법과 2000년의 문화재보호법도 같은 방식을 취하였다. 보물·국보를 보호하기 위하여, 문화재청장은 문화재위원회의 심의를 거쳐 유형문화재중 중요한 것을 “보물”로 지정할 수 있고(제4조제1항), 보물에 해당하는 문화재 중 인류문화의 견지에서 그 가치가 크고 유례가 드문 것을 문화재위원회의 심의를 거쳐 “국보”로 지정할 수 있다(제4조제2항), 사적·명승·천연기념물을 보호하기 위하여 문화재청장은 문화재위원회의 심의를 거쳐 기념물중 중요한 것을 사적·명승 또는 천연기념물로 지정할 수 있다(제6조). 또한 문화재청장은 문화재

65) 문화재 관람료의 인상 및 통합·분리 징수에 관한 최근의 논의로서는, [보도자료] “조계종의 국립공원 문화재관람료 인상재검토 촉구성명”(2000·11·29 참여연대·생태보전시민모임·불교바로세우기 재가연대), 참조.

66) 홍준형 : 171.

위원회의 심의를 거쳐 민속자료중 중요한 것을 중요민속자료로 지정할 수 있다(제7조).

일본의 경우에는 중요문화재 중 특별히 가치가 높은 것은 국보로 지정되고, 사적·명승·천연기념물 중 특별히 중요한 것은 특별사적·특별명승·특별천연기념물로 지정된다. 즉 유형문화재에 대해서는 국가에 의한 지정이 중요도에 따라 2단계로 되어 있는 셈이다. 이러한 2단계 지정은 1950년에 제정된 문화재보호법에 따라 처음으로 도입된 지정방식으로, 중점보호를 가능하게 하기 위한 제도가 되고 있다. 국보 또는 특별사적명승천연기념물 지정의 법률적 효과는 상기한 수리복구의 명령과 국가에 의한 직접의 수리복구 및 소실 등의 방지조치이외에는 차이가 없고 중요성의 관념적인 인식의 차와 보호 등에 관한 국가의 원조 그 밖의 사실행위에 있어서의 취급의 차이가 생기는 것에 지나지 않는다.⁶⁷⁾

2) 보유자 인정

중요무형문화재를 보호하기 위하여 문화재청장은 문화재위원회의 심의를 거쳐 무형문화재중 중요한 것을 중요무형문화재로 지정할 수 있고(제5조 제1항), 중요무형문화재를 지정할 때에는 당해 중요무형문화재의 보유자(보호단체를 포함한다)를 “인정”하여야 한다(제5조제2항). 문화재청장은 인정 보유자 외에 당해 중요무형문화재의 보유자로 인정할 만한 자가 있는 때에는 그 자를 추가로 인정할 수 있다(제5조제3항). 일본의 문화재보호법도 중요무형문화재의 지정기준에 그 보유자 또는 보유단체의 인정에 관한 기준을 두었고 선정보존기술의 선정기준에 그 보유자, 또는 보유단체의 인정에 관한 기준을 두었다.

3) 가지정

1962년의 문화재보호법은 가지정 제도를 두었고 이후의 개정법들도 같은 방식을 취하였다. 사적·명승·천연기념물(제6조) 및 중요민속자료(제7조)로서 지정할 만한 가치가 있어 그 지정전에 긴급한 필요가 있고 문화

67) 나카무라 : 12.

재위원회의 심의를 거칠 시간적 여유가 없을 때에는 문화재청장은 그 문화재를 중요문화재로 가지정할 수 있다(제13조제1항). 가지정의 효력은 가지정된 문화재의 소유자·점유자 또는 관리자에게 통지한 날로부터 발생한다(제13조제2항). 이 가지정은 그 가지정한 날로부터 6월이내에 지정이 없으면 그 가지정은 해제된 것으로 본다(제13조제3항).

(2) 효 과

문화재는 일단 지정되면 지정의 고시 및 통지(제9조)에 이어 지정서등의 교부(제10조)등의 절차를 거친다. 지정 또는 인정의 효력은 원칙적으로 그 지정 또는 인정의 통지를 받은 날로부터 발생하고(제11조), 문화재의 가치 상실, 기능 보유자의 적격성 상실 또는 기능 보유자의 사망에 의하여 문화재위원회의 심의를 거쳐 해제된다(제12조).

(3) 일본법의 절차 및 기준

1) 지정·등록·선택·선정

문화재보호의 체계는 보호를 위한 국가의 관여방식에 의해 계통이 세워진다. 가장 관여가 강한 국가의 지정에 의해 이루어진다. 지방공공단체의 지정에 의해서도 지방적인 공공의 관여는 아주 강하게 이루어진다. 선택은 기록보존을 위한 국가의 관여로 지정과 비교해 볼 때 관여의 정도는 상당히 낮다고 말한다. 등록은 지정에 준한 행위이지만 국가의 관여정도도 그리 높지는 않다. 또한 선정은 국가가 지원할 대상을 특별히 정하기 위한 관여이다.⁶⁸⁾

①지 정 : 국가의 수준에서 주요한 유형문화재, 무형문화재, 민속문화재, 기념물을 국가가 지정하고 그에 관한 관리, 보호, 공개, 조사에 관하여 필요한 각종의 규제를 가해 원조를 하는 것이다. 어떤 종류의 행위는 금지되어, 허가제가 되고, 각종 등록의무가 부과되는 등 여러 가지의 수인 의무가 부과된다. 이러한 규제는 형사벌, 행정벌이 담보

68) 나카무라 : 9-10.

된다. 국가지정이외의 문화재로 지방공공단체의 구역 내에 있는 것중 중요한 것은 지방공공단체의 조례에 의하여 지정을 받는다(법 제98조 제2항). 조례에도 벌칙을 둘 수 있다.

- ②등 록 : 국가 또는 공공단체가 지정하는 것 외의 유형문화재 건조물 중에 보존활용을 위한 조치가 특별히 필요한 것에 대하여 적용된다. 국가가 등록원부에 등록하고 관리, 보호, 공개에 관해서는 너그러운 규제를 가하고 세제상의 지원을 한다. 약간의 신고의무 등이 부과되고 그 규제는 행정별로 담보되어 있다.
- ③선 택 : 국가지정이외의 무형문화재, 무형민속문화재중에 특별히 필요가 있는 것을 국가가 선택하여 국가가 기록작성, 보존, 공개를 하고, 또는 적당한 자에 의한 공개의 원조, 혹은 기록작성, 보존, 공개의 원조를 하는 것이다. 선택제도는 이렇게 한정된 목적에 의한 것으로 선택에 의해 규제가 가해지는 일은 없다.
- ④선 정 : 전통적건조물군보존지구는 시·정·촌이 결정하는 것이지만 국가는 그 중 특별히 가치가 있는 것을 중요 전통적 건조물군 보존지구로서 선정한다. 시·정·촌은 조례로 보존을 위해 필요한 현상변경의 규제를 정함과 동시에 보존을 위한 조치를 정한다(법 제83조의3). 국가에 의한 선정의 효과는 관리 등에 관한 보조의 근거가 주어지는(법 제83조의6) 것 뿐으로, 선정은 국가에 의하여 보호를 위한, 원조의 대상을 특정하는 행위이다. 문화재보존기술의 특징은 국가가 문화재 보존과 관련된 전통적인 기술, 기능을 보존하기 위한 조치를 취할 대상을 특정하는 행위이다. 보유자의 성명 변경 등에 관한 약간의 신고의무가 부과된다.

2) 기준 및 절차

문화재보호법에 근거한 문화재의 지정, 등록, 선택, 선정에 관한 기준은, 동 법 시행시의 소관행정기관인 문화재보호위원회 또는 1968년 6월 15일에 공포 시행된 『행정기구의 간소화 등을 위한 총리부 설치법 등의 일부를 개정하기 위한 법률』에 의해 그 근거를 계승한 문부성의 고시에 의

해 정해지고 공시되어 있다. 국가는 이러한 기준에 따라 문화재의 지정 등을 하고 있는데, 중요유형민속문화재지정기준은 지정 대상이 되는 유형의 민속문화재의 장르를 의식주, 생산·생업, 교통, 사회생활, 신앙, 민속예능 등에 걸쳐 어느 정도 상세히 예시하고 있지만, 중요무형민속문화재지정기준은 풍속습관과 민속예능에 관하여 추상적인 특성을 예시하는데 그치는 등, 기준의 구체성에는 큰 차이가 보인다.⁶⁹⁾

관할 행정청은 지정, 등록, 선택, 선정이나 인정 또는 그 해제를 할 때 문 부성에 설치된 문화재보호심의회에 자문을 구하도록 되어 있다(법 제 48조2). 이 심의회에는 문화재의 종류에 따라 대응할 수 있도록 5개의 전문조사회가 설치되어 있고(문화재보호심의회령 제5조), 각 전문조사회에는 다시 부회가 설치되어 있다. 지정등에 대해서는 문화청의 내부부국의 각 과에 소속된 문화재 조사관의 검별 결과가 이러한 부회, 전문조사회의 조사, 심의를 거쳐 최종적으로 심의회 of 답신이 되는데, 이것에 기초하여 지정 등이 이루어진다. 이러한 검토, 조사, 심의가 축적되는 과정에서 지정 등에 관한 기준의 운용이 구체화됨과 동시에, 필요에 응해, 시대의 진전에 따라 그 운용지침도 바뀌어 간다.

3. 동산문화재

(1) 개 념

동산문화재란 부동산문화재에 대칭되는 개념으로 이동이 가능한 유형문화재 중에서 보존할 만한 가치가 있는 민족문화의 유산을 가리킨다.⁷⁰⁾ 종래 우리 나라 문화재보호법은 동산문화재에 대한 명확한 정의를 내리지 아니하였다. 문화재보호법상의 문화재 종류와는 별도로 동산문화재와 부동산문화재로 구분하여 고찰하는 것도 효과적인 문화재 보호방안을 모색하는데 도움이 될 것이다. 부동산의 부속물이나 이를 분해하여 동산으로 볼 수 있는 경우에는 동산문화재로 포함시켜야 할 것이다. 프랑스에서는 동산문화재의 지정대상에 『부동산의 부속물건』을 포함시키고 있다.⁷¹⁾

69) 나카무라 : 11.

70) 박상덕, 동산문화재 등록절차에 관하여, 『문화재』(1960.9), 169면.

71) 프랑스는 1913년에 제정한 『역사적 기념물보호법』에서 이러한 입장을 취하고 있다.

(2) 특 징

동산문화재는 부동산문화재와 비교할 때, 여러 면에서 다른 특징을 갖는다. 첫째, 동산문화재는 이동이 용이하다는 점, 즉 유동성이 있기 때문에 문화재의 해외유출, 도난, 파손 또는 빈번한 소유자변동 등의 관리상 어려운 문제가 야기된다. 둘째, 동산문화재는 비공개적 성격을 지닌다는 점이다. 즉 동산문화재는 소유자나 관리자가 계획적으로 일반에게 공개하지 않는 한 비공개상태에서 보관될 수 있다. 그러나 이러한 경우 문화재를 보존하여 이를 활용함으로써 국민의 문화재적 향상을 도모하는 동시에 인류문화발전에 기여할 수 없게 된다. 셋째, 동산문화재는 그 종류가 다양하다. 이러한 종류의 다양성 때문에 이를 조사하고 연구하는 전문분야는 여러 분야로 나누어진다.⁷²⁾

(3) 보호실태

우리 나라 동산문화재보호는 다음과 같은 점에서 부실한 면을 보이고 있다.⁷³⁾ 첫째, 소장품의 양성화 기피성향이나 등록으로 인한 실익이 없고 오히려 불편함을 줄 우려가 있고, 등록범위가 방대하여 대량소비자나 등록청의 인력부족 등으로 동산문화재 등록이 부진하다. 둘째, 동산문화재의 활용에 대한 국가지원이 결여되고 있다. 개인이 소장하고 있는 문화재는 되도록이면 일반에게 공개되도록 유도하여 문화재의 공공적 성격을 발휘케 하여야 하나 일부 소장가 중에는 공개를 하고 싶어도 비용이나 장소가 없어 못하는 경우가 있다. 셋째, 동산문화재는 그 종류가 많을 뿐 아니라 감정도 고도의 전문적 지식이나 경험을 요하므로 각 분야에 걸친 전문요원의 확보가 필요하나 활용할 수 있는 인적 자원이 절대적으로 부족하다. 이러한 전문가 부족현상은 지방에서 더욱 심하다.⁷⁴⁾

72) 김삼봉, “동산문화재 관리제도의 비교고찰”, 『문화재』 제12호(1979.10), 3면.

73) 이장섭외 : 34.

74) 김삼봉, 앞의 논문, 8면.

(4) 입법례

1982년의 문화재보호법(제76조제1항)은 법에 의하여 지정되지 아니한 문화재중 “동산”에 속하는 문화재에 대하여 수출등의 금지조항(제21조)을 준용하였다. 문화재로 오인될 우려가 있는 동산을 국외로 수출 또는 반출하고자 하는 경우에는 미리 수수료를 납부하고 문화재청장의 확인을 받아야 한다(2000년의 문화재보호법 제76조제2항·제3항). 이탈리아, 독일, 대만과 같은 나라는 동산문화재의 국외반출금지를 특별법규로 금지하고 있는 반면, 프랑스는 부동산문화재와 동산문화재를 별개로 구분하여 규정하고 있다. 그러나 대부분의 나라에서는 이 양자를 단행법에서 다루고 부동산문화재를 주보호대상으로 하면서 이를 동산문화재에도 준용하도록 규정하고 있다.⁷⁵⁾

제 2 절 보호과제

1. 제도상의 과제⁷⁶⁾

(1) 인간문화재

1982년의 문화재보호법(제5조제2항)은 중요무형문화재를 지정할 때에는 당해중요무형문화재의 보유자(보유단체를 포함한다)를 (기능)보유자로 인정하였다. 개정법들도 같은 인정제도를 계승하였다. 이 보유자들은 관행상 “인간문화재”로 지칭되어 왔다. 그러나 이러한 말은 개념상 혼란을 초래하고 문화재관리에도 역기능을 야기한다는 비판을 왔다. 한국역사민속학회를 중심으로 한 소장학자들은 실정법상의 근거도 없이 일본식 ‘인간문화재’라는 용어를 계속하여 사용하는 관행에 문제를 제기한다.

75) 김삼봉, 같은 논문, 2면

76) 이하는 한국역사민속학회와 생명회의(NGOKOREA) 등이 운영하였던 ‘전통문화정책 포럼’의 토론 결과를 정리한 것이다. 주강현·박경하·이필영·인병선·정승모 등 중견 역사민속학자들이 중심이 되었던 이 포럼은 문화유산 특히 무형문화재와 관련하여 1998년11월26일·12월22일과 1999년1월22일에 각각 출판회관·짚풀생활사박물관·국립민속박물관에서 토론을 개최하여 무형문화정책을 평가하고 방안을 모색하였다.

(2) 생계보조비

기능보유자(인간문화재)들에 대하여 지급하는 ‘생계보조비’는 예산법정주의와 관련하여 문제된다. 기능보유자들에 대한 현행 지원방식은 문화귀족의 폐단을 낳을 뿐, 실제 기능의 보전과 전수에 효율적으로 기여하지 못한다는 비판을 많이 받는다. 사계에서는 무형문화 산업을 촉진시키고 당사자들에게 자생력을 길러주기 위하여 현행 방식을 대폭 개선하고 경제적 유인 방식으로 전환시켜야 한다는 방안들이 검토되어야 한다.

(3) 지정·획정의 기준 및 방식

문화재 지정의 객관성과 공정성 그리고 과학성에 관하여 시비가 끊이지 아니한다. 심사과정등의 지정절차와 방식을 정비하여 투망식, 건수식, 편향적 지정을 시정하는 한편 종래 잘못 지정된 문화재들을 재지정하여야 한다는 주장도 있다. 한편 국가지정문화재와 시·도지정문화재 그리고 민속자료의 획정기준이 모호하다. 현재와 같이 중요도에 따른 - 근거 없는 - 선정기준을 시정하는 한편 현재의 분류체계들을 재획정하여야 한다.

(4) 전수제도

(기능) 보유자들의 후계자 지정 및 전수과정에서 양성기피·중간제거·고액과외등의 여러 가지 부조리가 문제된다. 이러한 부조리들은 무형문화재에 대한 기능을 전수받을 신진들의 권리를 박탈하는 것이다. 기능전수에 부적절한 행태를 보이는 기능보유자들에 대한 제재등을 포함하여 전수제도 전반을 개선하여야 한다.

2. 운영상의 과제⁷⁷⁾

(1) 인위적 연출

관할 행정청의 원형보존 시책은 엄밀히 볼 때 사실과 다르다. 전시효과를 위하여 원형과 관계 없이 제한된 시간에 공연을 시켜 극적인 부분만을

77) 이하는 앞의 전통문화정책포럼에서 제기되었던 주장현·정승모·인병선의 의견들을 요약·정리한 것이다.

의도적으로 연출하는 경우가 많다. 인위적 연출을 중지하고 명실상부한 원형보존 시책을 펴야할 것이다. 한편 후계자지정 및 전수와 관련된 금품수수 의혹도 문화재 관리행정의 투명성을 위하여 해결되어야 할 과제이다. 관련된 자료와 기록들을 공개하는 방안이 검토되어야 한다.

(2) 문화재위원 및 전문위원

문화재 관련 전문인력(문화재위원 및 전문위원)들의 장기임용과 특정 인맥중심의 임용이 비판받고 있다. 세대교체를 단행하는 한편 특정인맥을 해소할 대책이 필요하다. 아울러 위원 선임의 공정성을 확보하기 위하여 공개심사 및 인사청문 제도를 도입하여야 한다. 한편 문화재위원 및 전문위원의 책임과 권한이 미약하다. 위원들이 소신있는 의사결정을 내릴 수 있도록 권한과 책임을 확대시켜야 한다.

제 3 절 역사경관의 보전

1. 역사경관의 개념과 법제동향

(1) 기본개념

1972년 국제연합교육과학문화기구(UNESCO) 제17차 총회에서 채택한 ‘세계 문화 및 자연유산보호에 관한 협약’에서는 문화유산을⁷⁸⁾ 기념물, 유산건조물군, 유산유적지 등으로 분류하여 정의한다. Attoe(1988)은 역사경관을 과거 어떤 시대의 기술, 문화, 사건 등 인간의 자취와 사연이 깃들인 경관이며, 넓은 의미로 볼 때는 인간이 오락이나 기타 목적으로 보전해온 자연지역도 포함한다고 하였다. Larkham(1996)은 ‘유산(heritage)’이란 신화, 이념, 애국심, 낭만적 사상과 평범한 마케팅을 통하여 생활에

78) 이 협약의 적용상 “문화유산”이란 다음과 같은 것을 말한다(김용정외·1996).

기념물 : 건축물, 기념적 의미를 갖는 조각 및 회화, 고고학적 성격을 띠고 있는 유물 및 구조물, 금석물, 혈거 유적지 및 혼합유적지 중 역사, 예술 및 학문적으로 현저한 세계적 가치를 갖는 유산건조물군 : 독립된 또는 연속된 구조물들, 미술상 현저한 보편적 가치를 갖고 있는 유산 유적지 : 인공의 소산 또는 인공과 자연의 결합의 소산 및 고고학적 유적을 포함한 구역에서 역사상, 관상상, 민족학상 또는 인류학상 현저한 보편적 가치를 갖는 유산.

없어서는 안되는 것으로 진행되는 역사라고 기술하였다.

(2) 유사개념

역사경관과 비슷한 개념으로 ‘역사문화환경’과 ‘문화경관’이 있다.⁷⁹⁾ 이상해(1993)는 역사문화환경이란 엄격한 의미에서는 자연적인 것, 반자연적인 것, 인공적인 것 모두를 포함한다고 하였다. 장경호(1993)는 역사문화환경이란 인류가 창조한 역사적인 조영물과 이와 어울리는 자연적인 문명의 요소들을 포함한 넓은 범위의 것을 의미한다고 하였다. 최기수(1991)는 문화경관이란 인간의 가치관, 사회제도, 관습, 기술 등의 문화요소가 자연경관에 오랜 세월을 두고 작용하여 형성된 것으로 그것이 자리잡고 있는 자연환경과 생태적 관계를 유지해서 생긴 가시적인 물질문화이기 때문에 그곳에는 동시에 역사를 내포하고 있는 것이라고 정의한다.

(3) 법제동향

세계 각국은 『고도보존법』(일본), 『도시전원경관법』(영국), 『역사적 미술적 유산의 보호에 관한 법률을 보완하고 건조물의 수복을 원활케 하기 위한 법률』(프랑스), 『기념물보호법』(독일 바이에른주), 『지표와 역사지구 보존법』(미국)등을 제정하여 문화재보호에 심혈을 기울이고 있다.⁸⁰⁾

79) 오민근 : 4.

80) 이장섭外 : 46.

한국의 역사경관법제

구분	지 구	근거법	목 적	내 용
역사경관보전	고도지구	도시계획법 제18조 건축법시행령 제70조	도시환경조성 및 토지고도이용과 증진	· 건축물 높이 최고한도 또는 최저한도 규제
	상세계획지구	도시계획법 제20조3	토지이용 합리화, 도시기능·미관·환경의 효율적 유지 관리	· 건축물 배치·형태·색채, 대지안의 공지, 건축선계획, 도시경관조성계획(역사문화경관항목 포함)등
	보존지구	도시계획법 제18조 건축법시행령 제72조	문화재·중요시설의 보호 및 보존	· 건축물 건축 및 기타 시설 설치 제한
	제 4 종 미관지구	도시계획법 제18조 건축법시행령 제69조	우리 나라 고유의 건축양식 보존 및 전통적 미관유지	· 미관장애 건축물 금지, 대지면적 최소한도·대지 최소폭·대지안 공지·높이·규모는 조례로 정함. 건축물의 모양 및 색채는 건축위원회 심의
	문화재 보호구역	문화재보호법 제8조 건축법시행령 제8조	문화재보호 및 지정문화재와 주변환경과의 시각적 조화	· 국보·보물·중요민속자료·천연기념물·보호물 등의 보호구역 지정 · 국보·보물·사적·중요민속자료 중 건교부장관이 문화관광부장관과 협의하여 지정하는 보호구역 경계로부터 100m내 구역의 건축허가에는 시도지사의 승인 필요
	전통건조물 보존지구	전통건조물 보존법 (1999년 폐지) 제3조제2항	전통건조물이 밀집, 주변환경과 일체가 되어 역사적 가치를 이루는 지역 전체의 보존 및 관리	· 건조물의 현상변경 및 보존에 영향을 주는 행위, 토지형질변경 등은 허가가 필요

자료: 오민근, 도시역사경관보전제도연구(서울대학교원 석사논문:1999)

2. 법제분석

(1) 일본의 고도보존법

일본의 경우 1965년 고도보존법[고도에 있어서 역사적 풍토의 보존에 관한 특별조치법]을 제정하여 일본의 옛전통을 간직하고 있는 도시를 보존하고 있다. 고도보존법이 제정되기 전까지 일본은 좁은 범위의 토지를 사적 등으로 지적하고 이것을 중점적으로 보호하였다. 고도보존법은 문화재를 포함하는 광역보존의 법적조치를 가능하게 하였다. 즉 점(點)의 문화재 보호에서 면(面)의 문화재보호로 전환하였다.⁸¹⁾ 이 법에서 “고도”라 함은 『일본의 과거 정치·문화의 중심 등으로서 역사상 중요한 지위를 갖는 도시』(동법 제2조제1항)을 말하고, 『역사적 풍토』는 『일본의 역사상 의의를 갖는 건조물, 유적 등이 주위의 자연적 환경과 일체를 이루어 고도에 있어서 전통과 문화를 구현하고, 또 형성하고 있는 토지의 상황』(동법 제2조제2항)을 말한다.

(2) 일본의 전통적 건조물군 보존제도

일본 문화재보호법에는 우리 나라와 같은 문화재보호구역제도가 없다. 그러나 우리 나라의 전통건조물법(1999년폐지)과 유사한 전통적건조물군 보존지구제도가 문화재보호법(제83조의1 및 도시계획법 제8조)에 포함되어 있으며, 경우에 따라 ‘중요전통적건조물군보존지구’(문화재보호법 제83조의4)를 선정할 수 있다.

- 목 적 : 전통적건조물군 및 그것과 일체가 되어 역사적 가치를 형성하고 있는 환경의 보존
- 절 차 : 시·정·촌의 신청을 통하여 국가가 지정
- 내 용 : 현상변경의 규제 및 보존사업의 시행
- 규 정 : 시·정·촌의 조례(도시계획구역내에서는 도시계획으로 규정)
- 중요 전통적 건조물군보존지구(문화재보호법 제83조의4) : 시정촌의

81) 이장섭외 : 46.

신청에 의하여 전통적건조물군보존지구의 전부 또는 일부가
보존가치가 높을 경우에 지정

(3) 현행법제의 한계

우리 나라의 문화재보호법(제8조)의 규정은 개별의 유적을 보호하는 데는 유효하지만, 유적을 그 주위의 자연환경이나 역사유산과 함께 광역보존하기에는 적절하지 못하다. 따라서 문화재보호법에 새로운 보호범주를 설치하는 것이 요망된다. 가칭 『역사적 환경보존지역』 등이 고려되어 질 수 있을 것이다. 그 내용으로서는 유적이나 사사건축물, 야불 등의 석조물 등의 역사유산과 역사적 가치가 있는 주위의 산림이나 천, 수목 등으로 역사적 환경의 중핵을 이루는 유적이나 건조물, 고목 등은 이를 지정하여 보호하고, 주위의 환경은 신고제에 의하여 큰 변화를 억제하는 것이 바람직할 것이다.⁸²⁾ 1997년 문화유산의 해를 계기로 “옛도시보존법”(가칭)을 제정 하자는 의견들이 대두되었다.⁸³⁾

82) 우리나라 문화재보호법의 제정에 참고가 된 일본문화재보호법에 대해서도 이와 같은 비판이 제기되고 있다. 椎名慎太郎, 『遺跡保存を考へる』, 岩波書店, 1994, 192頁 - 193頁.

83) 이장섭외 : 37.

제 4 장 진흥법제의 구조와 과제

제 1 절 문화산업의 진흥

1. 정부와 시장의 협력

1999년 5월 9일 발효한 문화산업진흥기본법(제1조)은 “문화산업의 지원 및 육성에 필요한 사항을 정하여 문화산업 발전의 기반을 조성하고 경쟁력을 강화함으로써 국민의 문화적 삶의 질 향상과 국민경제의 발전에 이바지함”을 목적으로 규정함으로써, 문화예술 영역에 자유주의적 시장경제 원리를 도입하였다.

(1) 법의 주인공

문화예술 자체는 제도의 틀로 속박할 수 없음에도 법은 문화예술이 개인의 존엄가치와 집단의 정체성에 미치는 영향을 고려하여 진흥과 규제를 위한 여러 가지 제도적 장치를 두고 있다. 종래 문화예술법제는 행위와 재산 그리고 조직을 규율하였다. 그러나 이들 법제는 문화예술 공연의 자유와 관련인사들에 대한 지원을 주된 내용으로 하고 있음에도 문화예술 진흥의 주체는 어디까지나 관[行政廳 : 예컨대 문화예술진흥원]이었다. 이에 비하여 문화산업진흥기본법은 문화예술을 산업[특히 冒險資本]이라는 차원에서 접근함으로써 민[특히 企業]을 문화예술 진흥의 주체로 상정하였다. 이제 문화예술 활동은 국가의 이름으로 수행되는 전시행정을 넘어 개인과 단체의 역량을 기반으로 부활하는 창작으로 탈바꿈할 수 있게 되었다.

(2) 시장경제원리

규제산업에서 경쟁산업으로 탈바꿈한 문화예술에 대하여서는 시장의 논리가 적용된다. 경쟁원리가 적용되는 시장에서는 경쟁력 있는 개인과 기업만이 살아남는다. 기업활동의 지원이 곧 보호의 확대를 의미하지는 않는다. 법의 주인공이 변하였음은 자유에 수반하는 책임도 증대됨을 의미한

다. 계약자유와 원칙과 자기책임의 원칙이 전면에서 부각된다. 시장체제는 종래 제도적 보장에 익숙해져 있는 사람들에게는 오히려 저항을 불러일으키기도 한다. 물론 문화산업진흥기본법이 시행된다고 하여 모든 문화예술이 모두 여기에 포섭되는 것은 아니다. 종래 정부의 보호와 규제를 받던 문화예술활동은 종래와 같은 최소한의 보장이 그대로 유지된다. 이에 비하여 새로운 법은 경제적 인센티브를 통하여 문화예술 시장메카니즘을 창출하고 역량있는 당사자에게 최대한의 성취기회를 부여하고자 한다.

(3) 문화산업

문화산업진흥기본법은 문화산업을 핵심가치로 삼는다. 문화산업은 종래 문화예술진흥법에서도 중요가치로 기능한다. 문화예술진흥법에서는 “문화산업”을 “문화예술의 창작물 또는 문화예술용품을 산업의 수단에 의하여 제작·공연·전시·판매를 업으로 영위하는 것”을 말한다(제2조제1호). 이에 비하여 문화산업진흥기본법에서 말하는 “문화산업”은 “문화상품의 생산·유통·소비와 관련된 산업으로서 다음 중의 하나에 해당하는 것”이다.

- 1) 영화진흥법의 규정에 의한 영화와 관련된 산업
- 2) 음반·비디오물및게임물에관한법률의 규정에 의한 음반, 비디오물, 게임물과 관련된 산업
- 3) 출판사및인쇄소의등록에관한법률과 정기간행물의등록등에관한법률의 규정에 의한 출판·인쇄물·정기간행물과 관련된 산업
- 4) 방송법의 규정에 의한 방송프로그램과 관련된 산업
- 5) 종합유선방송법의 규정에 의한 방송프로그램과 관련된 산업
- 6) 문화재보호법의 규정에 의한 문화재와 관련된 산업
- 7) 예술성·창의성·오락성·여가성·대중성(이하 “문화적 요소”라 한다)이 체화되어 경제적 부가가치를 창출하는 캐릭터, 애니메이션, 디자인(산업디자인을 제외한다), 광고, 공연, 미술품, 전통공예품과 관련된 산업
- 8) 영상소프트웨어중 양방향성 멀티미디어 기술을 이용한 멀티미디어 콘텐츠와 관련된 산업(정보통신 관련 기술지원은 제외한다)

9) 기타 전통의상·식품 등 대통령령으로 정하는 산업

두 법에서 규정하는 문화산업은 개념과 범주가 약간 다르다. 문화예술진흥법이 ‘문화예술’을 중심개념으로 한다면 문화산업진흥기본법은 ‘문화상품’을 중심개념으로 한다. 여기에서 “문화예술”이라 함은 문학, 미술(응용미술을 포함한다), 음악, 무용, 연극, 영화, 연예, 국악, 사진, 건축, 어문 및 출판물을 말한다(진흥법 제2조제1호). “문화상품”이라 함은 문화적 요소가 체화되어 경제적 부가가치를 창출하는 유·무형의 재화와 서비스 및 이들의 복합체를 말한다(기본법 제2조제2호). 이러한 개념과 범주들을 종합한다면 진흥법의 ‘문화산업’이 전형적이고 전통적인 문화예술에 비중을 둔다면 기본법의 ‘문화산업’은 ‘돈이 되는’ 첨단 문화예술에 비중을 둔다.

(4) 정부의 책무

중앙과 지방의 정부는 필요 시책·계획을 수립·추진할 의무를 진다. 국가와 지방자치단체는 문화산업의 진흥을 위하여 필요한 각종의 시책을 수립·시행하고 문화산업 진흥을 위하여 기술의 개발과 조사·연구사업의 지원, 외국 및 문화산업 관련 국제기구와의 협력체제 구축등 필요한 노력을 하여야 한다(제3조).⁸⁴⁾ 문화산업정책은 문화관광부장관이 총괄한다. 정부는 이 법의 목적을 달성하기 위하여 문화산업 진흥에 관한 기본적이고 종합적인 중·장기 기본계획(이하 “기본계획”이라 한다)과 문화산업의 각 분야별 및 기간별로 세부시행계획(이하 “세부시행계획”이라 한다)을 수립·시행하여야 한다. 문화관광부장관은 기본계획과 세부시행계획의 수립과 집행을 위하여 필요한 때에는 지방자치단체와 공공기관·연구소·법인·단체·대학·민간기업·개인 등에게 필요한 협조를 요청할 수 있다(제4조).

84) 이종철[국립민속박물관장]은 최근에 문화관광단지의 일환으로서 “국립역사민속촌”을 건설하자는 의견을 제시하였다. 그의 소론은 이렇다 : “국립역사민속촌은 남북한의 통일에 대비한 한민족 문화공동체 조성을 통한 남북한간의 문화적 이질감 해소 및 민족문화의 우수성을 홍보하는 계기가 될 수 있다. 역사민속촌은 남북한 14개 道의 문화 체험공간 마련을 통한 지역간, 계층간, 민족간 갈등해소의 용광로로 기능하여 문화적 동질성을 재생산하는 기반을 확대하고 국민들의 문화 안목 극대화로 새천년의 새로운 문화를 생산 확대하는 문화의 자주민 실현 및 문화의 자주국 실현에 이바지할 것이다. 또한 남북한 분단을 상징하는 곳에 ‘하나의 조국 평화’와 ‘세계 평화에의 기여의 장’을 상징하는 국제적인 문화관광단지를 조성하여 한국문화 이미지를 적극적으로 홍보한다면 지속적 문화관광 진흥책에도 큰 효과를 거둘 것이다.”

정부는 문화산업 진흥을 위하여 필요한 전문인력을 양성하는데 노력하여야 한다(제5조). 문화관광부장관은 전문인력의 양성을 위하여 연구소, 대학, 기타 필요하다고 인정하는 기관을 문화산업 전문인력 양성기관으로 지정할 수 있다. 정부는 문화산업 전문인력 양성기관에 대하여 그 양성에 필요한 경비의 전부 또는 일부를 부담할 수 있다. 협동개발·연구의 촉진도 정부의 책무이다(제6조). 정부는 문화상품의 개발·연구를 위하여 인력, 시설, 기자재, 자금 및 정보 등의 공동활용을 통한 협동개발과 연구를 촉진시킬 수 있도록 노력하여야 한다. 문화관광부장관은 협동개발과 연구의 촉진을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 연구개발기관간에 우수인력의 상호교류를 권고할 수 있다.

(5) 입법과제

1999년의 문화산업진흥기본법은 문화상품의 개발과 보급에 주력하고 있음에 비하여 “當代” 문화의 진흥에는 소홀하다. 전통문화·민족문화(1987년의 헌법 제9조)와 관련된 산업의 진흥에 관하여서도 소극적이다. 당대의 문화도 먼 훗날에는 문화유산이 될 수 있다. 과거 문화유산의 상품화에만 치중한 나머지 당대 문화의 형성·발전에 무관심할 경우에 문화는 단절될 것이다. 유산은 한편으로 보존하고 다른 한편 만들어 나가는 것이다. 1999년의 법은 오락성과 첨단 기술의 방송·영상 쪽에 무게중심이 기울어져 있다. “문화재”의 상품화에 관하여 간단한 근거규정을 두는 것으로 부족하다. 전통과 당대의 의·식·주 및 일과 놀이 등을 중심으로 한 민속문화산업의 진흥에 유념하여야 할 것이다.

2. 기업활동의 진흥

(1) 창업지원

정부는 창업을 촉진하고, 창업자의 성장·발전을 위하여 필요한 지원을 할 수 있다(제10조제1항). 문화관광부장관은 창업지원계획을 수립하여 이를 고시하여야 한다. 창업지원은 투자회사와 투자조합으로 나누어 실시된다. 중소기업창업지원법(제11조)의 규정에 의하여 등록된 중소기업창업투

자회사 및 여신전문금융업법(제3조제1항)의 규정에 의하여 허가 또는 등록된 여신전문금융회사(이하 “투자회사”라 한다)로서 다음 각호의 사업을 하는 자가 이 법에 의한 지원을 받고자 할 경우에는 문화관광부장관으로부터 당해 회사의 문화산업에 대한 투자분의 인정을 받아야 한다.

- 1) 문화산업에 대한 투자
- 2) 문화상품 제작자에 투자
- 3) 문화산업에 대한 투자자의 모집과 관리
- 4) 투자조합자금의 관리
- 5) 문화상품 제작자를 위한 보증 및 자금의 알선
- 6) 문화산업에 관한 첨단기술과 설비, 전문인력 등의 알선 및 경영자문
- 7) 창업을 위한 상담 및 제작 활동의 지원
- 8) 문화상품의 유통 촉진을 위한 국내외 마케팅 및 저작권 관리
- 9) 위의 각 사업에 부수되는 사업

“문화산업전문투자조합”(이하 “투자조합”이라 한다)이라 함은 중소기업창업지원법(제13조) 및 여신전문금융업법(제41조제3항)의 규정에 의한 조합으로서 그 자산중 대통령령이 정하는 비율이상을 창업자 또는 제작자에게 투자하는 조합을 말한다. 투자회사가 투자조합의 자금을 관리하고자 하는 경우에는 당해 투자회사와 투자회사외의 자가 출자하는 투자조합을 결성하여야 하며, 이 경우 사업개요, 출자계획, 수익의 배분계획 등을 공고하여야 한다(제12조).

투자조합자금의 관리는 특정 문화상품의 제작자에 대한 무담보조건부 대출을 포함한다. 투자회사는 문화산업진흥기금으로부터 자금을 차입할 수 있다. 지원을 받는 투자회사는 당해 회계연도의 결산서를 문화관광부장관에게 제출하여야 한다(제11조). 투자회사의 문화산업에 대한 투자와 관련하여 투자조합의 범위·조직 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

(2) 제작지원

이 법에서 “제작”이라 함은 문화상품을 제작하는 것을 말한다(제2조제6호). “제작자”라 함은 문화상품을 제작하는 개인·법인·투자조합 등을 말

한다(제2조제7호). 문화관광부장관은 문화산업의 경쟁력을 강화하고 우수 문화상품의 제작을 촉진하기 위하여 제작자에게 소요자금을 융자하거나 기타의 지원을 할 수 있다(제13조). 제작의 범위 기타 제작자 지원 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

방송영상프로그램 독립제작사에 대한 지원도 가능하다. “방송영상프로그램 독립제작사”(이하 “독립제작사”라 한다)라 함은 방송영상프로그램을 제작하여 방송법의 규정에 의한 방송국, 방송법인, 종합유선방송법의 규정에 의한 종합유선방송국 또는 프로그램공급업을 행하는 자에게 이를 제공하는 사업을 하기 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 문화관광부장관에게 신고한 자를 말한다(제2조제8호). 정부는 독립제작사의 제작을 활성화하기 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 필요한 지원을 할 수 있다. 방송국과 방송법인은 대통령령이 정하는 바에 따라 독립제작사에 대한 제작지원을 위하여 노력하여야 한다(제14조).

(3) 유통진흥

정부는 문화상품의 유통구조에 대한 개선시책을 수립·시행하여야 한다(제15조). 유통전문회사에 대하여 지원을 실시한다. “유통전문회사”라 함은 문화상품의 원활한 유통과 물류비용의 절감을 위해 설립된 회사로서 이 법(제16조)에 의하여 문화관광부장관에게 신고한 회사를 말한다(제2조제9호). 문화상품의 유통과 관련하여 (1)공동구매와 공동판매시설의 운영 (2)공동전산망의 운영(전자주문·재고 및 반품처리를 포함한다) (3)공동물류창고의 설치·운영 및 (4)같은 사업에 부수되는 사업등을 하는 유통전문회사로서 이 법에 의한 지원을 받고자 하는 자는 문화관광부장관에게 신고하여야 한다(제16조).

한편 상품에 대한 신뢰도를 높이기 위하여 우수 전통공예품등의 지정·표시제(제17조)를 실시한다. 문화관광부장관은 전통적으로 사용되어 온 원료를 이용하여 전통적인 기술 또는 기법으로 생산한 제품 또는 음식을 우수 전통공예품 또는 전통식품으로 지정할 수 있다. 지정을 받은 당해 제품에 대하여는 문화관광부장관으로부터 우수 전통공예품 또는 전통식품으로 지정

되었음을 나타내는 표시를 부착할 수 있다. 문화관광부장관은 문화산업 진흥을 위한 법인 또는 단체로 하여금 지정업무를 대행하게 할 수 있다.

(4) 국제교류 및 해외시장 진출지원

정부는 문화상품의 수출경쟁력을 촉진하고 해외시장 진출을 활성화하기 위하여 외국과의 공동제작 및 외국인의 투자유치, 국제영상제·전본시장 참여 및 국내유치, 수출관련 정보망의 구축 등의 사업을 예산의 범위내에서 지원할 수 있다(제7조제1항). 문화관광부장관은 문화산업 진흥을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 대통령령이 정하는 기관이나 단체에 대하여 국제교류 및 해외시장진출 지원사업을 위탁하거나 관련자료 및 정보의 제공과 해외시장조사 등의 협조를 요청할 수 있으며 이 경우 필요한 비용을 보조할 수 있다(동조제2항).

(5) 입법과제

기업활동의 진흥에 있어 1999년의 문화산업진흥기본법은 문화상품의 특화 내지 차별화에 소홀하다. 도시지역의 문화와 농어촌지역의 문화가 같을 수 없다.⁸⁵⁾ 그럼에도 1999년의 법은 모든 문화산업의 진흥을 도시중심으로 이끌고 있다. 이러한 몰개성 속에서 명승지나 관광지 어디를 가도千篇 일률적인 관광상품들이 관광객들을 기다린다. 문화상품에서 그 지역이나 문화권의 얼굴을 읽을 수가 없다. 최근에 각 지방자치단체들이 문화운동 내지 수익사업의 일환으로 추진하는 각종 “축제”행사들도 마찬가지로의 경향을 보인다. 당해 지역의 전통문화 또는 민속문화의 발굴·보존과 무관한 경우들이 흔하고 당대 문화의 형성과도 무관한 경우도 많다. 문화산업진흥기본법은 문화산업과 상품화의 지향점을 구체적으로 기술하여 문화산업이 “문화의 특수성”을 충분히 담아낼 수 있도록 지도하여야 할 것이다.

85) 생활공간의 차이에 따른 문화전략의 특화방안에 관하여서는, 최정환, “지역문화전략과 마을만들기운동” 2000년청년지도력개발교육(제5강)(대한불교청년회 : 2000·11), 참조.

제 2 절 산업기반의 구축

1. 조직 및 재정

(1) 문화산업진흥위원회

문화산업 진흥을 위하여 문화관광부장관 소속하에 한국문화산업진흥위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다(제26조). 위원회는 위원장, 부위원장 각 1인을 포함한 15인이상 20인이하의 위원으로 구성한다(제27조제1항). 선출직 위원의 임기는 3년이며 연임이 가능하다(동조제5항). 위원장은 문화관광부장관이 되며, 부위원장은 위원회의 동의를 얻어 위원장이 위촉한다(동조제2항). 재정경제부차관, 외교통상부차관, 행정자치부차관, 문화관광부차관, 산업자원부차관, 정보통신부차관 및 예산청장은당연직 위원이 된다(동조제4항). 선출직 위원은 문화산업에 관하여 전문성과 경험이 풍부하고 덕망이 있는 자중에서 문화관광부장관이 위촉하되 다음 각호의 1에 해당하는 자를 포함하여야 한다(동조제3항).

- 1) 국회 해당상임위원회에서 추천하는 인사 2인
- 2) 영화진흥법의 규정에 의한 영화진흥위원회의 위원장이 추천하는 영화진흥위원회 위원 1인
- 3) 방송법의 규정에 의한 방송위원회의 위원장이 추천하는 방송위원회 위원 1인
- 4) 출판·음반·비디오·게임물분야 인사 각 1인

위원회는 그 산하에 필요한 경우 소위원회를 설치·운영할 수 있다(제28조제2항). 위원회의 예산은 국고에서 지원할 수 있다(동조제3항). 위원회 위원은 명예직으로 하되 예산의 범위내에서 직무수행경비등 실비를 지급할 수 있다(제29조). 위원회는 다음 각호의 사항을 심의한다(제28조제1항).

- 1) 문화산업정책방향의 설정 및 기본계획과 세부시행계획의 수립
- 2) 문화산업정책의 조정 및 주요시책의 평가
- 3) 제33조의 규정에 의한 문화산업진흥기금의 조성과 운용에 관한 기본계획의 수립

- 4) 문화산업 진흥을 위한 연구·조사
- 5) 문화산업정책의 개발과 자문
- 6) 기타 문화관광부장관이 지정하거나 위원회의 목적수행을 위하여 필요한 사업

위원회의 사무를 보조하기 위하여 위원회에 사무원을 두며, 문화산업과 관련한 각종 연구와 조사, 문화산업정책의 개발과 자문 등을 위하여 그 산하에 연구·개발기관 또는 전문위원을 둘 수 있다(제31조). 위원회는 이 법의 규정에 의한 직무의 수행을 위하여 필요한 때에는 관계행정기관, 지방자치단체, 공공기관, 연구소, 대학 기타에 대하여 필요한 자료의 제출 협조 또는 연구의 위탁을 할 수 있다(제32조).

(2) 문화산업진흥기금

문화산업 진흥을 위하여 문화산업진흥기금(이하 "기금"이라 한다)을 설치한다(제33조제1항). 기금은 문화관광부장관이 관리·운용한다(제34조제1항). 문화관광부장관은 기금의 관리·운용에 관한 사무의 전부 또는 일부를 제31조의 규정에 의한 연구·개발기관에 위탁할 수 있다(제34조제2항). 이 기금은 다음 각호의 재원으로 조성한다(제33조제2항).

- 1) 정부의 출연금 및 융자금
- 2) 정부외의 자의 출연금 및 융자금
- 3) 국채관리기금으로부터의 예수금
- 4) 제35조의 규정에 의한 공공단체등의 문화산업 지원금
- 5) 문화관광부 소관의 다른 기금 등(결산잉여금 등과 문화산업관련 금고를 포함한다)으로부터의 전입금
- 6) 기금의 운용으로 생기는 수익금
- 7) 기타 대통령령이 정하는 수입금

문화관광부장관은 대통령령이 정하는 소관 공공단체등에 대하여 기금을 지원하게 할 수 있다(제35조제1항). 이 기금은 (1)우수문화상품과 수출전략 문화상품의 개발 및 제작 지원 (2)문화산업관련 기업의 창업 지원 (3) 투자회사, 투자조합의 문화산업관련 사업 지원 (4)제작자, 독립제작사 등

의 문화상품 제작 지원 (5)유통전문회사의 설립·운영 지원 (6)국가간 공동제작·합작투자 지원 (7)기타 문화산업 진흥을 위하여 대통령령으로 정하는 사업에 사용한다(제36조).

(3) 입법과제

문화산업진흥기금의 운용과 관련하여 투명성의 확보와 분배적 정의의 달성은 이를 아무리 강조하여도 지나침이 없다. 1999년의 문화산업진흥기본법은 “기금” 운용의 투명성에 관하여 매우 간단하게 접근하고 있다. 기금을 받을 수 있는 자격과 가능성에 관하여, 기금 수혜자나 차용자들의 기금사용 과정에 관하여 그리고 기금의 중단이나 회수에 관하여 구체적인 절차기준들이 모범에 규정되어야 한다. 또한 기금의 배분에 있어서 언제나 말이 많았던 정실 또는 연고에 의한 분배를 지양할 수 있는 제도적 장치가 필요하다. 아는 사람들끼리의 분배라면 진흥기금은 무의미하다. 활동실적은 아직 없지만 잠재력이 풍부한 신규 진입자들에 대한 진입장벽을 낮출 수 있는 기준과 절차를 법률과 지침으로 입안·공개하여야 할 것이다. 지침에는 분야별·지역별 기금분배비율에 관하여서도 나름대로의 한계를 설정하여야 할 것이다.

2. 기반 및 여건조성

(1) 문화산업기반시설

“문화산업기반시설”이라 함은 문화산업 진흥에 필요한 각종의 장비·설비·부품 등으로 이루어진 시설을 말한다(제2조제10호). 정부는 지방자치단체가 문화산업기반시설을 확충할 경우 필요한 비용의 전부 또는 일부를 예산의 범위안에서 보조할 수 있다. 정부는 문화산업기반시설의 설치·운영과 관련되는 도로, 전기, 상·하수도 등 공공시설을 우선하여 설치하도록 노력하여야 한다(제18조). 정부는 문화산업기반시설의 집적화 등을 위하여 노력하여야 한다. 문화관광부장관 또는 특별시장·광역시장·도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 문화산업의 진흥을 위하여 필요하다고 인정

하는 경우에는 문화산업기반시설을 집중적으로 입주하게 할 수 있으며 기존의 건축물을 문화산업기반시설로의 활용 및 지원시설의 입주를 권장할 수 있다. 정부는 민간인 등이 문화산업기반시설의 설치를 쉽게 할 수 있도록 필요한 지원을 할 수 있다(제19조).

“문화산업단지”라 함은 기업, 대학, 연구소, 개인 등이 공동으로 문화산업과 관련한 연구개발, 기술훈련, 정보교류, 공동제작 등을 할 수 있도록 조성한 토지·건물·시설의 집합체로 제20조제2항의 규정에 의하여 지정·개발된 산업단지를 말한다(제2조제11호). 국가 또는 지방자치단체는 문화산업 관련기술의 연구 및 문화상품 개발·제작과 전문인력양성 등을 통해 문화산업을 효율적으로 진흥하기 위하여 문화산업단지를 조성할 수 있다(제20조제1항). 문화산업단지의 조성은 산업입지및개발에관한법률에 의한 국가산업단지 또는 지방산업단지의 지정·개발 절차에 의한다(동조제2항). 문화산업단지조성계획의 수립은 건설교통부장관의 관할에 속한다.

(2) 산업단지의 조성·운영

건설교통부장관은 문화산업단지의 조성을 촉진하기 위하여 필요하다고 인정할 경우 당해 지역을 관할하는 시·도지사의 의견을 듣고 문화관광부장관과 협의한 후 문화산업단지조성계획을 수립하여 이를 고시할 수 있다(제21조제1항). 지방자치단체의 장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관에게 문화산업단지의 조성을 신청할 수 있다(제21조제2항). 건설교통부장관은 문화관광부장관과 협의하여 문화산업단지조성계획을 시행하는 자(이하 “사업시행자”라 한다)를 승인할 수 있다(제22조제1항). 사업시행자로 승인을 얻고자 하는 자는 건설교통부장관에게 사업시행자의 승인을 신청한다(동조제2항). 사업시행자는 문화산업단지의 운영에 있어서 문화산업단지조성계획에 적합하도록 하여야 한다(동조제4항).

문화산업단지의 운영을 지원하기 위하여 여러 가지 혜택이 부여된다. 국가 또는 지방자치단체는 문화산업단지의 운영과 관련하여 필요한 경우 사업시행자에게 보조할 수 있다(제23조). 또한 문화산업단지 사업시행자에 대하여는 (1)농어촌발전특별조치법 제45조의2의 규정에 의한 농지전용부담금 (2)산림법 제20조의2 및 제20조의3의 규정에 의한 대체조림비 및

산림전용부담금 (3)농지법 제40조의 규정에 의한 농지조성비 (4)초지법 제23조제3항의 규정에 의한 대체초지조성비 등을 면제한다(제24조제1항). 문화산업단지내의 문화산업기반시설에 대하여는 도시교통정비촉진법 제21조의 규정에 의한 교통유발부담금을 면제할 수 있다(동조제2항).

(3) 국공유재산의 이용 및 세제지원

국가 또는 지방자치단체는 문화산업기반시설의 확충과 문화산업단지의 조성 및 운영을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 국유재산법 또는 지방재정법의 규정에 불구하고 국·공유재산을 수의계약으로 대부·사용·수익하게 하거나 매각할 수 있다(제37조제1항). 국·공유재산의 대부·사용·수익·매각 등의 내용 및 조건에 관하여는 국유재산법 또는 지방재정법이 정하는 바에 의한다.

정부는 문화산업 진흥을 위하여 문화산업기반시설과 문화산업단지, 제작자·투자회사·투자조합이 문화산업에 투자할 경우 및 창업자·창업을 지원하는 자에 대하여 세법이 정하는 바에 따라 세제지원을 할 수 있다(제38조제1항). 정부는 문화산업기반시설과 문화산업단지의 조성 및 운영에 직접 사용되는 장비, 설비, 부품 등에 대하여는 관세법이 정하는 바에 의하여 관세를 감면할 수 있다(제38조제2항).

(4) 입법과제

문화진흥의 경우 보조금이나 지원금을 지급하는 것으로 정부의 역할이 끝나지 않는다. 문화예술을 사랑하는 사람들이 가장 필요로 하는 것은 제1차적으로 장소이다. 전통문화를 사랑하는 사람들이 모여 자유로이 활동할 수 있는 공간이 확보되어야 한다.⁸⁶⁾ 현재의 공간들은 관리기구나 관리자

86) 이종철[국립민속박물관장]은 국립민속박물관을 전통문화인들의 활동공간으로서 활용하는 방안을 제시하였다. 그의 소론에 의하면, 국립민속박물관에서는 전문적인 전시와 연구, 학술지 발간, 전문인력양성, 문화교육과 행사 등의 광범위한 활동을 펼치고 있다. 즉 정보를 받거나 모아서 전달하는 심장(hub)과 같은 역할을 한다. 검색 엔진을 통해 ‘민속’이라는 단어를 치면 박물관, 연구자, 연구소, 심지어는 골동품점, 식당, 여행사까지 무수히 많은 사이트에서 엄청난 정보를 쏟아낸다. 요컨대, 이러한 정보화 시대에, “국립민속박물관은 민속관련 연구자, 대학, 학회, 박물관, 전통문화 열광자 등의 연계망

들을 위한 공간이었다. 관리자의 행정편의 위주로 운영되었다. 시설관리 체계의 정비가 필요하다. 장소 문제가 해소되면 문화예술사업비의 적정배분을 도모하여야 한다. 문화예술 사업비는 국가에서 제공하는 은전이나 대가가 아니다. 객관적인 심의체계의 도입이 필요하다.

문화예술의 상품화를 논하기 이전에 민속 문화·예술의 정체성을 정립하기 위한 이론적 가공이 선행되어야 한다. 상품을 만들어 내는 것만으로는 부족하다. 해당 상품의 역사성과 장소성 그리고 그 문화예술의 주역들에 대한 연구가 필요하다. 이러한 선행연구 성과들을 상품화에 반영시킬 수 있는 규범체계가 요청된다. 아울러 문화예술 상품의 인증제가 실시되어야 한다. 지역화·차별화·민속화가 부족한 상품들이 횡행하지 않도록 규제하여야 한다. 상품의 공연체계 내지 보급체계에도 유념하여야 할 것이다. 상품화한다고 하여 무작정 민영화를 강조하는 것은 적절하지 아니하다. 상품의 경쟁력을 감안하여 공익상품화의 영역을 남겨두어야 할 것이다.

(network) 중심에 있는 중추(hub)로서 역할을 수행하여야 할 것이다.”

제 4 장 진흥법제의 구조와 과제

제 5 장 입법방안

제 1 절 법체계의 조정

1. 총 설

(1) '문화' 개념의 재정립

문화는 일과 규범 및 신앙과 의례 그리고 놀이와 예술의 복합체로 나타난다. 그러나 국제조약 및 한국의 실정법은 종래 '문학과 예술'을 문화의 중심개념으로 설정하였다. 문화현상을 복합적으로 이해하기보다 단편적으로 이해하였다. 문화를 '행위양식'으로 이해한다면 문화는 보다 광범위한 가치와 행태를 포섭하여야 한다. 남북한의 문화적 통합을 추진함에 있어서는 문화를 보다 광의의 개념으로 파악하고 다양한 문화현상들을 포섭하여야 한다.

<정의규정> 예시

“문화”라 함은 민족문화, 전통문화, 토착문화 및 외래문화를 포함한다. 문화는 유형 또는 무형의 풍속과 풍물, 관습과 의례 그리고 유물과 유적을 포함한다.

“민족문화”라 함은 시간적으로는 전통문화를 그리고 장소적으로는 토착문화를 포함한다.

“전통문화”라 함은 일제 식민지배 이전 한민족의 문화와 재외 조선족의 전통문화를 포함한다.

“토착문화”라 함은 역사적·지리적 권역을 조건으로 형성된 문화를 말한다.

“민속문화”라 함은 ‘민’을 중심으로 전승되어 온 계층적 토착문화를 말한다.

“외래문화”라 함은 식민지배 이후 전래된 외국의 또는 이민족의 문화를 말한다.

“문화의 통합”이라 함은 ‘전통’문화의 단절을 극복하고 ‘토착’문화의 독창성을 유지하면서 남북한간 ‘민족’문화의 동질성을 회복하려는 민간운동과 정부조치를 말한다.

(2) 불확정 개념의 명료화

문화재보호법에 문화재위원회의 심의의결을 전제로 문화체육부장관에게 문화재의 개념을 구체화할 수 있는 부령제정권을 위임하는 규정을 두거나 문화재위원회의 권한을 강화하여 문화재 일반 또는 매장문화재의 개념을 유형화할 수 있는 고시발령권을 부여하는 방안을 검토할 필요가 있다.⁸⁷⁾ 아울러 매장문화재의 포장지에 대한 전국적·정기적 조사를 근거로 매장문화재보호지역을 설정하여 그 지역내에서의 도굴을 엄격히 처벌하도록 하거나 매장문화재의 포장지를 현행 문화재보호법상의 보호구역으로 지정하거나 가지정하도록 하는 규정을 둌으로써 (그리고 가지정기간을 연장할 수 있도록 함으로써) 도굴범에 대한 가중처벌의 문제를 해결하는 것이 바람직스럽다.⁸⁸⁾

(3) 문화유산의 범주 조정

1) 축 소 론

우리 나라 문화재보호법은 위에서 살펴본 바와 같이 문화재를 규정하고 있다. 그러나 우리 나라 문화재보호법이 상정하고 있는 문화재의 범위를 해석론으로서 보다 협의로 파악하는 견해가 있다.⁸⁹⁾ 이 견해는 첫째 외국의 입법례(특히 독일 바이에른주의 입법)⁹⁰⁾ 비추어 볼 때, 우리 나라 문화재보호법상의 문화재개념은 지나치게 넓다고 하며, 둘째 인간의 문화적 활동의 소산이라고 할 수 없는 자연물은 형식적 의미에 있어서는 문화재보호법의 대상이 되더라도 실질적 의미에 있어서는 문화재로 볼 수 없으면, 셋째 자연경관은 문화적 환경권의 대상은 될 수 있어도 문화재 보호의 대상으로는 무리가 있고, 넷째 위와 같은 이유에서 일본 문화재보호법을

87) 홍준형 : 164.

88) 홍준형 : 165.

89) 김수갑, 『헌법상 문화국가원리에 관한 연구』, 202-203면

90) 독일 바이에른주 입법에서는 문화적 기념물은 『기념물보호법』에 의해 보호되고, 천연 기념물은 자연적 경관 등과 함께 『자연보호법』의 일부로서 보호되고 있다고 한다. 김수갑, 앞의 논문, 202면.

무비판적으로 수용한 우리 나라의 문화재보호법의 문화재규정은 신중한 재고의 필요성이 있다고 주장한다.

2) 확대론

인간의 활동은 그 인간이 처해 있는 역사적·문화적 또는 사회적인 환경과 자연적 환경의 영향을 받으며 행해지는 긴밀한 것이라 아니할 수 없는 것이고, 이른바 문화적인 활동과 그 성과의 관계 또는 민속적인 사물과 자연 환경과의 사이는 서로 떨어질 수 없는 상관관계에 있다. 문화재 보호법이 문화적 제활동의 기반으로 자연을 파악하고 문화재 속에 환경으로서의 자연물을 포함하고 있음은 당연한 것으로 받아들여져야 한다.⁹¹⁾ 문화재 개념은 자연자원과 함께 경승지와 같은 자연지리적 조건, 일상생활 자료, 그리고 모든 과거의 문화적 유산을 포함하는 것으로 이해하여 우리 문화재를 폭넓게 보존·관리하여야 할 것이다. 현행법상의 문화재 개념은 오히려 더욱 확대되어야 할 것으로 보인다.⁹²⁾

3) 재구분론

문화재개념의 확대를 위해서는 무엇보다도 현행 문화재보호법에서 구분하고 있는 문화재의 종류인 유형문화재, 무형문화재, 기념물 및 민속자료의 구분이 다시금 재검토되어야 한다. 우선 이러한 분류는 문화재의 전승형태와 성격을 명확히 구분하지 않았다는 점에서 혼동을 준다. 또한 유형과 무형이라는 구분은 그 전승형태에 의한 분류로서, 엄밀한 의미에서 보았을 때 모든 문화재를 이것으로만 분류할 수는 없다. 즉 기념물이나 민속자료에도 유형적인 것과 함께 무형적인 것이 있을 뿐만 아니라, 또한 무형문화재에 있어서도 도구나 악기, 또는 의상과 같은 유형적인 것이 있기 때문이다. 이렇게 파악할 때 문화재라는 개념 속에는 본질적으로 자연적인 것과 인공적인 것으로 구분되는 여러 가지 문화적 현상이 포함되게 된다. 그리고 그 내용에 있어서도 역사적인 것과 현재의 것을 망라할 수 있으며,

91) 정재훈, 문화재보존의 기본방향, 『문화재』 제17호(1984.12), 2면.

92) 이러한 견지에서 1993년 정부의 문화재보호법개정안은 각계의 비판을 받고 폐기되고 말았다.

고도의 문화 및 예술의 차원을 띤 것과 평범하면서도 흔한 일상생활적인 것을 아울러 포함할 수 있을 것이다.⁹³⁾

(4) 관점과 체계의 변화

문화재보호법을 근간으로 하는 문화유산법제의 대폭적인 체계정비가 요망된다. “문화재”라는 범주는 문화유산을 포괄하기에 협소하고 “보호”라는 개념은 발굴과 보전 그리고 진흥 부문을 망라하지 못한다. 문화의 시장화·상품화를 표방한 문화산업진흥기본법 및 문화예술진흥법은 문화유산법제와 상당 부분 유리되어 있고 문화유산의 상품화에 대단히 소극적이다. 문화유산에 대한 국제조약과 중앙정부 및 지방정부의 연계는 충분히 유기적이지 못하다. 문화유산 법제정비는 법률관을 수정하고 체계변화를 도모하여야 할 것이다. 다른 한편 문화유산의 개념을 역사경관에까지 확대시킴은 자연스러우나 “자연유산”에까지 확대시키려는 시도는 재고되어야 한다.

1) 기본법의 정비

1982년의 문화재보호법은 문화유산과 관련하여 가장 오래되고 적용범위 또한 광범위하지만 유형문화재의 발굴과 관리에 주력하는데 그침으로써 문화유산법제의 근간이 되지 못하였다. 문화유산 전반에 관한 기본법도 없는 상태에서 사업법에 불과한 문화산업진흥“기본법”이 출현하여 기본법의 개념과 지위를 동요시켰다. 유형과 무형의 문화유산의 발굴·보전·진흥에 근간이 될 수 있는 명실상부한 기본법의 제정이 필요하다. 가칭 “문화유산 기본법(안)”은 종래의 문화재보호법과 문화산업진흥기본법을 지도하고 남북통일에 대비하여 새로 제정이 필요한 통일문화유산법(안)까지 규율하여야 할 것이다. 문화산업진흥기본법의 명칭 개정과 적용범위의 조정이 필요하다. 새로운 기본법에서는 협의의 “문화재”라는 범주를 벗어나 “문화유산”이라는 범주를 원용하여야 할 것이다. 물론 문화유산 관련 국제협약은 문화유산을 거의 문화유적 내지 문화유물과 동의어로 이해한다. 그러나 새로운 법체계에서는 문화유산을 무형의 문화까지 포섭할 수 있는 가장 광의의

93) 이장섭외 : 33.

개념으로 정립시켜야 할 것이다.

- 문화유산 → 문화유적(不動産) ↔ 문화유물(動産)
- 무형문화(일·놀이·言語) ↔ 유형문화(衣·食·住)
- 문화현상 → 문화가치(非財産價値) ↔ 문화재(財産價値)
- 유산문화(發掘) → 당대문화(保護) → 미래문화(振興)

2) 재산법에서 문화법으로

“문화재”라는 범주는 재산을 핵심으로 한다. 문화재보호법은 재산적 가치가 있는 문화재의 보호를 중심 과제로 삼는다. 그러나 문화가 늘 재산가치와 친한 것은 아니다. 문화유산중에는 일과 놀이 문화처럼 재산가치로 환산할 수 없거나 재산적 가치가 미미한 것도 있다. 법은 이렇게 재산가치로부터 자유로운 문화영역까지 포섭하여야 한다. 재산법적 사고에서 문화법적 사고로의 전환이 필요하다. 재산법에서 문화법으로 발전하기 위하여서는 발굴법과 보호법 그리고 진흥법 상호간의 균형을 유지하여야 한다. 이를 구체화시키기 위하여서는 문화재보호법을 문화유산보호법으로 특화시켜 문화유산의 보전과 관리를 맡겨야 할 것이다. 문화재보호법중 매장문화재의 발굴 및 관리 부문은 새로 문화유산발굴법(안)을 제정하여 여기에 맡겨야 할 것이다. 또한 “문화재”라는 용어 대신에 “문화유산”이라는 용어를 광의로 사용하여야 할 것이다.

3) 유형문화와 무형문화의 균형도모

종래의 문화재보호법은 “고고학”이라는 특정 분야의 학문적 방법론에 치중하였다. 결과적으로 문화재보호법은 고고학의 성과와 방법론을 받아들여 “유형”의 문화“재”를 주인공으로 삼았고 따라서 (문화)인류학과 (역사)민속학을 멀리하는 길을 걸어 왔다. 그러나 문화유산은 문화학으로서 인류학과 민속학까지 포섭하여야 한다. 문화유산발굴법을 새로 제정한다면 종래 유형문화재 중심의 법제운동을 벗어나 무형문화재에 대한 배려를 확대시켜야 할 것이다. 이는 보이는 것에서 보이지 않는 것(the invisible)으로의 전환을 의미한다. 무형의 문화유산은 재산적 가치로부터 자유로운 것들이 있기 때문에 무형문화유산의 개발, 심사 및 보호기준은 유형문화유산의 그것

과 차별화되어야 한다. 문화는 유물과 유적에 의하여서만 전승되는 것이 아니라 사람에 의하여서도 전승된다. 무형문화의 전승자 내지 보유자 자체를 인간“문화재” 즉 재산으로 파악하는 접근은 종식되어야 한다. 전통문화의 “장인”정신을 되살린다면 무형문화의 기능보유자 내지 계승자를 “장인” 내지 “명장”이라고 호칭하고 “기술사”에 상당하는 지위를 부여하는 방안이 도입되어야 할 것이다.

4) 가상의 문화에서 일상의 문화로

종래에는 문화유산을 재산법적으로 파악한 나머지 발굴·보존·진흥법제는 역사적인 것 내지 거래가 가능한 것을 중심으로 전개되었다. 언제부터인가 문화유산은 일상의 것을 벗어나 가상의 것을 중심으로 운용되었다. 그러나 문화는 화석이 아니라 살아 움직이는 존재이다. 계산이 곤란하고 거래할 수 없는 문화라도 여전히 계승할 만한 유산가치가 있다. 나아가 원천적으로 수요와 공급이 한정된 “유형의 문화재”를 중심으로 문화산업을 진흥하겠다는 발상은 “문화의 상품화”에 족쇄를 채우는 셈이다. 오늘날 “일상의 역사”가 주목을 끄는 것은 결코 일시적이거나 우연이 아니다. 문화의 다양성과 특수성을 확보하고 문화산업의 진흥을 도모하기 위하여서는 문화관을 가상의 세계에서 “일상의 세계”로 전환시켜야 한다.⁹⁴⁾ 이러한 관점에서 문화예술 또는 문화산업 관계법제에서는 일상의 의·식·주와 언어 문화에 대한 개발 및 지원비중을 대폭 확대시켜야 한다. 미래의 유산은 일상의 문화 속에서 생성·발전될 것이다.

5) 문화유산과 자연유산의 분리 : 천연기념물의 이관

자유주의적 경제학설에 의하면, 인간은 자연에 노동을 가하여 그 자연에 재산권을 설정하였다. 문화유산법제를 자연유산에까지 확대적용하려는 사람들은 자연경관 또는 야생이라고 할지라도 인류가 오랫동안 그것과 더불어 생활하였다면 그것에 역사적·문화적 가치를 부여하여 이를 문화재로

94) 신찬균(세계일보) 주필은 한국 근대생활을 체험할 수 있는 한국근대생활문화촌을 만들자고 제안한다. 또한 이춘근(문화재청) 과장은 근대문화유산의 범주를 산업시설과 생활사 등에까지 확대시켜 보존대책을 추진하자고 제안한다. 문화재청 주관, 학술세미나 “근대문화유산 보존과 활용”(2000년5월23일 : 프레스센터), 보도자료, 참조.

관리하여야 한다고 역설한다. 이러한 견해는 문화재보호법상 “천연기념물” 제도로 나타났다. 1982년의 문화재보호법(제6조)도 같은 태도를 승계하였다. 오늘날 천연기념물은 일반인들의 의식 속에 널리 그리고 깊게 자리잡았기 때문에 환경부도 이 제도에 의하여 일부 야생을 보호하는 데 만족하고 있다. 생각건대, 천연기념물제도는 환경법이 출현하기 이전의 산물이다. 문화와 자연이 완전히 분리될 수 없는 상호보완적 존재이지만 야생과 자연을 문화법제로 보호하는 데에는 본질적 한계가 있다. 문화재보호법은 천연기념물을 보호함에 있어 시대적인 사명을 훌륭하게 완수하였다. 역사적 산물인 천연기념물제도는 문화재보호법에서 이를 분리시켜 야생동식물보호법(안) 내지 자연환경보전법등 환경법으로 이관시키는 것이 바람직스럽다.

2. 발굴부문

(1) 파괴법에서 보호법으로

문화유산발굴 법제정비의 기본방향은 문화재보호법을 문화재파괴법에서 문화재 보존·보호법으로 회복시키는 데서 찾아야 할 것이다. 이를 위한 정책의제로서는 문화재의 체계적·과학적 발굴 및 보존, 적절한 사후관리, 무분별한 발굴로부터 문화재를 보호하기 위한 규제 등을 들 수 있을 것이다⁹⁵⁾ : 우선 매장문화재의 포장지를 철저히 조사·과약하고 그 종류나 성상, 문화적·학술적 가치에 따른 보호대책을 강구하여야 하며, 특히 각종 개발사업이나 건설공사 등에 따른 매장문화재의 파괴, 훼손을 방지할 수 있는 적절한 방법이 마련되어야 할 것이다. 다음으로 체계적·과학적인 발굴과 적절한 사후관리를 위하여 보존을 위한 발굴의 요건과 절차를 분명히 정하되 매장문화재가 방치되거나 훼손되는 것을 막기 위하여 발굴요건과 절차를 최대한으로 간소화·표준화하고 이에 대한 재정적 지원조치를 강구해야 할 것이다. 끝으로 무분별한 발굴에 대한 효과적인 법적 규제방안을 강구해야 할 것이며, 특히 피규제자가 법적규제를 회피하거나 매장문화재를 부적절한 방법으로 발굴함으로써 매장문화재를 훼손하는 경우에 초점을 맞추어 법체계를 정비하여야 할 것이다.

95) 홍준형 : 159.

(2) 조사의무의 강화

1) 예외적 발굴시의 사전조사 의무화

1982년의 문화재보호법은 매장문화재를 국가가 직접 발굴하는 경우에는 직권조사(제41조) 규정을 준용하나(제45조제4항), 법 제44조 단서 및 각 호의 규정에 의한 연구목적의 발굴, 개발에 따른 구제발굴에 대하여는 발굴을 위한 사전조사 규정을 두지 않았다. 발굴을 위한 사전조사는 당해 장소의 소유자나 점유자의 권리 행사에 따른 제약을 극복해야 하는 경우가 일반적이므로, 이에 관한 명시적인 조항을 두어야 할 것이며, 연구목적에 의한 발굴의 요건이 충족된 경우에는 발굴을 위한 사전조사를 하도록 의무화하는 것이 바람직할 것이다. 또한 건설공사를 위한 발굴이나 건설공사 계속을 위한 발굴의 경우에도 사후에 매장문화재를 발견하거나 포장사실을 알게 되어 발굴을 하는 경우에는 이미 그 매장문화재의 보존·관리를 위한 과학적·체계적 발굴이 실기해 버리고 마는 결과가 생길 수 있기 때문에 발굴을 위한 사전조사를 허가조건으로 삼아야 할 것이다.⁹⁶⁾

이러한 제안에 대하여 1999년의 문화재보호법은 예외적 발굴시 사전조사의무를 명문화시키는 대신에 포괄적 협의의무 및 조치권을 규정하였다. 즉 지표조사결과 매장문화재가 포장된 것으로 판정된 지역에서 개발사업을 하고자 하는 경우에 국가, 지방자치단체 또는 법인으로 하여금 문화재청장과 협의하도록 명하였다(제48조의2제1항). 이 경우 문화재청장은 그 사업 시행에 대하여 필요한 조치를 할 것을 명할 수 있다(동조제2항). 한편 지방자치단체의 장은 포장지에서 적용범위외의 건설공사에 대하여 인허가를 부여할 경우에 미리 매장문화재 포장여부와 그 보호방안을 검토하여야 한다(동조제3항).

2) 전반적 사전조사의 상설화

매장문화재의 포장지, 포장실태 등에 관한 국가적 차원에서의 조사·파악을 상설화해야 한다. 법은 제40조, 제41조에서 국가지정문화재의 관리

96) 홍준형 : 166.

상황보고 및 직권조사, 지정 또는 가지정을 위한 조사 등에 관한 규정을 두고 있고, 직권조사에 관한 제41조를 국가에 의한 매장문화재의 발굴에 준용하는 외에 매장문화재 전반에 대한 사전조사를 상설화하는 규정을 두지 않고 있다. 일본의 문화재보호법 제57조의4는 “①국가 및 지방공공단체는 주지(周知)의 매장문화재포장지에 관하여 자료의 정비 그 밖의 주지의 철저를 도모하기 위하여 필요한 조치를 실시하는데 노력하지 않으면 아니된다. ②국가는 지방공공단체가 행하는 전항의 조치에 관하여 지도, 조언 그 밖의 필요하다고 인정되는 원조를 할 수 있다.”고 규정하고 있다.

우리나라의 경우에도 적어도 그 정도의 자료정비 및 주지홍보의무는 국가와 지방자치단체의 의무로 정해야 할 것이며, 나아가 문화재청이나 문화재위원회에 매장문화재에 관한 정기적 조사·보고의무를 부과하여 사전조사를 상설화할 필요가 있다.⁹⁷⁾ 이러한 지적에 대하여 1999년의 문화재보호법은 구체적 의무를 명시하는 대신에 관할 행정청에 대하여 막연하고 포괄적인 노력의무를 부과하였다. 즉 국가 및 지방자치단체는 확인된 매장문화재의 기록을 작성·유지하도록 노력하고 그 포장된 지역에 대한 적절한 보호방안을 강구하여야 한다(제48조의3).

3) 강제조사권·긴급조사권의 인정

긴급한 필요가 있는 경우 매장문화재가 포장되어 있다고 인정되는 사유지에 대한 강제조사권 또는 긴급조사권을 인정해야 할 것이다. 일본 문화재보호법(제57조의2제2항)은 “매장문화재의 보호상 특히 필요하다고 인정되는 경우 문화청장관은 전항에서 준용하는 전조 제1항의 신고대상이 되는 발굴에 관하여 필요한 사항을 지시할 수 있다”고 규정하였다. 우리나라 문화재보호법 제44조제2항이 그와 비교할만한 규정이라 할 수 있는데, 이 조항은 “문화재청장은 제1항 단서의 규정에 의한 허가를 함에 있어서 필요한 사항을 지시할 수 있으며, 허가를 한 경우 필요하다고 인정할 때에는 발굴의 정지 또는 중지를 명하거나 그 허가를 취소할 수 있다”고 규정하고 있다. 문화재위원회의 심의권을 전제로 관련 전문가나 단체들이 이 위원회

97) 홍준형 : 166.

에게 긴급조사권 발동을 신청할 수 있도록 하여 문화재위원회의 의결에 따라 문화재청장 등 관계 행정기관이 긴급조사권을 발동하도록 하는 방안이 바람직할 것이다.⁹⁸⁾

(3) 지표조사의 개선

1) 지표조사에서 분포조사로

문화재는 지하·산중·하저·해저 등 어떤 곳에서도 발견될 가능성이 있다. 따라서 지표조사의 개념을 발굴조사 개념처럼 보다 넓게 또 뚜렷하게 잡아 조사를 실시하여야(예를 들어 문화재가 포장되어 있을 가능성이 있는 지역의 지하조사 그리고 보링과 같이 확인을 위한 약식의 시굴조사까지 포함된 개념으로)할 필요가 있을 것으로 생각한다. 일본에서 사용하고 있는 분포조사라는 용어가 지표조사라는 용어보다 더 합리적이라고 본다.⁹⁹⁾

2) 환경영향평가의 시점

산업단지나 농공단지 등의 각종 개발사업에서 환경영향평가협의의 시점은 통상 지정고시후 실시계획승인신청전이다. 실시계획 승인신청시 첨부할 서류에 지역발전·주변환경 및 문화재보존에 미치는 영향에 관한 서류가 들어간다. 환경영향평가 이행 후 승인신청을 하는 것이 아니라 이행할 계획서만을 가지고도 승인 신청을 할 수 있다. 환경영향평가를 위한 조사가 진행되고 있을 때 주변에서 공사가 이루어지고 있음은 바로 그 때문이다. 따라서 사업승인신청 단계에 지표조사가 이루어지는 것이 가장 바람직하고 늦어도 지정·고시 단계에서는 조사가 이루어져야 할 것이다.¹⁰⁰⁾

3) 환경영향평가에서 “문화”영향평가로

현행 환경영향평가법에서는 올바른 문화재지표조사가 이루어 질 수가 없으며 개발사업을 위한 발굴조사는 가능하나 유적보존문제가 어렵다. 따라서 환경영향평가법에서는 “문화재평가” 항목을 빼버리고 문화재보호법에 사업면적이 일정 면적이상일 때 사업승인신청 단계에서 반드시 지표조사를

98) 홍준형 : 167.

99) 이진무 : 121.

100) 이진무 : 123.

하도록 하는 강제규정을 삽입하는 것이 가장 바람직하다고 하겠으며, 지자체의 조례에도 이러한 항목이 포함되도록 하고 조사가 국고 또는 국고보조로 이루어지도록 하는 방안도 검토되어야 할 것이다.¹⁰¹⁾ 천연기념물제도에서 볼 수 있는 바와 같이, 문화유산과 자연유산을 분리·규율함이 바람직스럽다면, 문화유산은 환경영향평가의 대상이 될 수 없다. 독자적인 문화영향평가로 발전시켜야 할 것이다.

4) 시굴조사의 개선

토지의 형질을 변경하는 각종 건설공사의 규모가 대형화되고 있고, 그에 따른 구제발굴의 규모 또한 대형화되는 현실에서 일시에 넓은 면적을 곧바로 발굴조사하기에는 발굴비용이나 기간, 소요인원의 산정 등에 많은 어려움이 따른다. 따라서 시굴조사를 통하여 대체적인 유적의 분포범위나 성격을 파악하고 이를 본 발굴조사를 계획하기 위한 기초자료로 활용하는 것이 현실적인 추세라고 한다면 시굴조사에 대한 개념이나 범위의 한계를 명확히 정립할 필요가 있다. 발굴규모와 유적의 종류, 성격 등에 따른 시굴과 발굴의 구분 등 다각적인 검토가 필요하다.¹⁰²⁾

(4) 신고제·허가제의 개선

1) 발견신고제의 재검토

1982년의 문화재보호법은 매장문화재 발견시 신고의무를 부과한다(제43조). 법 제46조와 제47조는 그러한 경우의 처리방법을 규정한다. 제48조에서 발견매장문화재의 국가귀속 및 보상금을, 제66조에서 발견·신고한 매장문화재나 국보나 보물로 지정된 경우에 대한 표창을 그리고 제82조에서 신고의무불이행의 처벌을 각각 규정하고 있다. 국가에 의한 보상금의 가액산정기준에 따라 보상금이 주어지는 경우에도 그 가액이 시가에 훨씬 미달한다면, 또는 국가보상금과 신고의무불이행에 따른 처벌가능성을 감안한 액수가 시가에 훨씬 미달한다면 경제적 유인효과를 기대하기 곤란

101) 이진무 : 123.

102) 고수길 : 224.

할 것이다. 다른 한편 소유자가 판명된 발견문화재의 경우 관행상 사인이 유실물법 제4조에 따른 보상금(100분의 5 내지 100분의 20)을 선선히 지급하기를 기대하기도 곤란하고 또 이를 민사소송을 통해 받아낸다는 것도 쉽지않다. 나아가 유적 발견시에는 보상금이 주어지지 않는 점도 개선되어야 한다.¹⁰³⁾

2) 신고제의 도입

급증하는 구제발굴의 증가추세로 보아 허가제 일변도의 발굴허가방법을 부분적으로 신고제로 전환하는 방안도 검토되어야 한다고 생각된다. 지극히 경미한 수습조사, 매장문화재 유무나 성격·범위를 확인하는 등 갈수록 압박되는 시간의 부담을 감안할 때 현행의 허가제를 계속 유지하다가는 때를 놓치고 마는 일도 허다하게 생길 것임이 자명하다. 유적의 중요성을 십분 고려하여 신중을 기한다는 입장은 충분히 인정되나, 행정의 편의를 위한 통제위주의 ‘허가’보다는 정해진 규칙 내에서 자율성을 보장할 수 있는 ‘신고’가 오히려 바람직하다.¹⁰⁴⁾

3) 발굴허가제의 실효성

발굴허가를 신청한 선의의 사업시행자 등에 대하여는 그 절차를 간소화하고 공사지연기간을 최대한 단축시킬 수 있는 제도적 개선방안이 필요하다. 한편 연구목적의 발굴에 관하여서는 신고제를 도입하는 방안을 검토할 필요가 있을 것이다. 신고제를 도입할 경우 신고에 따른 사실을 신속히 확인하여 발굴방법이나 범위, 참여인력 등에 문제가 있을 때 이를 시정하도록 명할 수 있는 장치를 강구해야 할 것이다. 만약 허가절차가 간소화되고 허가소요기간이 단축될 것을 전제로 허가제를 그대로 유지한다면 허가요건에 관하여 문화관광부장관이나 문화재위원회의 규칙제정권을 통하여 명확한 기준이 제시되어야 할 것이다.¹⁰⁵⁾

103) 홍준형 : 169.

104) 이상길 : 195.

105) 홍준형 : 170.

(5) 이행확보

1) 사후이행의 강화

신고제는 악용될 소지가 있으므로 ‘신고’에 대한 서면검토나 사후 검증의 과정 등 보완책이 병행되어야 하겠다. 물론 현행 허가제를 계속 시행하더라도 서면으로 제출된 계획서대로 조사가 진행되고 있는가[계획서 또는 허가조건 불이행의 경우], 구성된 조사단이 모두 발굴에 참여하고 있는가[허위의 조사단 구성 또는 조사원의 현장 불참 등의 경우], 허가된 위치에서 허가된 면적만을 선량한 방법으로 조사·기록하고 있는가[위치나 면적 변경 또는 조사방법 부실의 경우]등에 대하여 일일이 실사하여야 할 것이다.¹⁰⁶⁾

2) 공정성의 실현

매장문화재의 발굴이 이루어지는 단계에서 매장문화재의 보존 및 보호를 위한 관할 행정청의 개입권을 더 확대하고 구체화할 필요가 있다. 물론 1982년의 문화재보호법(제44조제2항)에 의한 지시·명령, 허가취소, (같은 조 제4항에 의한) 문화재의 보존상 필요하다고 인정할 때의 직접발굴 또는 지정발굴권이 인정되어 있으나, 발굴과정에 대한 제3자 전문기관에 의한 조사 및 감리제도를 도입하거나 문화재행정기관의 감독권을 구체화하는 방안을 검토할 필요가 있다.¹⁰⁷⁾ 조사와 관련하여, 1999년의 문화재보호법은 매장문화재의 조사, 발굴 및 보존을 위하여 국가 및 지방자치단체로 하여금 매장문화재전문조사기관의 설립을 적극 육성하고 지원하도록 규정하였다.

3) 지방문화재위원회의 활성화

발굴허가제에 따른 피해를 최소화시키기 위하여서는 문화재위원회가 자주 열려야 한다. 문화재위원 개개인의 입장이나 문화재관리국의 사정을 고려할 것이 아니라 전국에서 파괴되고 있는 유적을 생각한다면 위원회가 자

106) 이상길 : 196.

107) 홍준형 : 170.

주 열려 현안문제를 신속하게 처리해 주어야 한다.¹⁰⁸⁾ 그러나 문화재위원들이 상근직이 아니므로 각자 고유의 업무에 종사해야 하는 입장을 전혀 무시할 수 없다. 이에 대한 대안으로 지방문화재위원회를 활성화해야 한다. 다만 발굴허가를 모두 지방문화재위원회에서 심의·의결하는 것이 아니라 『소규모의 시굴이나 발굴조사(예를 들어 총예산 2억 이하 등)는 지방위원회에서 그리고 대규모의 발굴조사나 학술조사는 중앙위원회에서 심의·의결하는』 방법으로 그 역할을 분담하는 것이다. 역할 분담하기 위해서는 자연이나 혈연에 얽매이기 쉬운 지방문화재위원회의 공정성을 보장할 수 있도록 제도적인 장치가 마련되어야 하는 것은 물론이다.¹⁰⁹⁾ 중앙과 지방이 상호보완·견제의 역할을 함으로써 파행적인 운영을 막을 수 있을 것이다.

3. 보전부문

(1) 개념통합과 지정의제

문화유산 관련 협약들의 국내법화와 남북한 통일에 대비하여 문화재와 문화유산의 개념을 통합시켜야 할 것이다. 특히 문화재보호법상의 문화재정의 조항(제2조) 개정하여 북한의 문화유물보호법 등이 규정하는 문화재의 개념중 남한의 문화재보호법상의 그것과 일치하지 아니하는 부분을 통일시켜야 한다. 아울러 문화재보호법에 문화재 지정(제2장제1절 및 제55조) ‘의제’ 조항 신설하여야 할 것이다. 즉 공적 장부 또는 대장에 등록되어 있는 북한의 문화재를 그 종류와 특성에 따라 “국가지정문화재·시도지정문화재로 지정한다”는 취지를 규정하여야 할 것이다.¹¹⁰⁾

(2) 문화유적 목록과 분포지도 제작

일선 시군의 경우 문화재 업무 담당자들 조차 관내의 문화유적을 정확하게 파악하고 있지 못하기 때문에 공사에 의한 파괴를 사전에 막거나 효율

108) 이상길 : 194-195.

109) 예를 들어 중앙이나 지방문화재위원회를 막론하고 위원 자신이 소속된 기관의 발굴허가건을 자신이 포함된 자리에서 심의하여 가부를 결정한다는 것은 공정하지 못한 일이다.

110) 예컨대, “○○○ 대장에 등록되어 있는 문화재중 ○○○은 이 법에서 말하는 국가지정문화재(또는 시도문화재)로 지정된 것으로 본다”는 부칙조항을 문화재보호법에 규정한다.

적인 보존·보호가 제대로 되지 않고 있는 실정이다. 일선 담당자들은 목록이나 지도에 표시된 범위 외에는 유적이 완전히 없는 것으로 생각하여 관심을 갖지 않기 때문에, 오히려 유적이 합법적으로 파괴는 결과를 가져올 수도 있다. 특히 상태가 양호한 매장문화재의 경우 지상에 흔적이 잘 나타나지 않기 때문에 유적으로 파악되지 않아 기초적인 조사의 손길조차 미치지 못한 채 허망하게 파괴되어 가고 있다.¹¹¹⁾ 사회간접자본으로서 문화유산 정보의 체계화와 정보망의 구축이 시급하다.

(3) 문화재반환

이장희[韓國外國語大] 교수에 의하면, 동서독 문화협정을 체결함에 있어 논란의 대상이 되었던 문제의 하나는 전쟁으로 인하여 옮겨진 문화재를 옛 주인과 옛위치로 반환하는 것이었다. 남북한 통일시 반환 문화재의 신고등 절차 규정의 신설이 필요하다. 즉 남북통합으로 자리를 옮기게 되는 문화재를 신고·심사·보상하거나 자리를 매기는 절차규정을 신설하여야 할 것이다. 남북분단으로 인하여 옮겨졌던 문화재들은 원칙적으로 옛주인과 옛위치로 반환되어야 한다.¹¹²⁾ 이 경우 남한의 문화재 반환은 별다른 문제가 없다. 그동안 문화재에 대하여 개인 소유를 인정하였기 때문이다. 이에 비하여 북한의 문화재는 원칙적으로 국유이었기 때문에(문화유물보호법 제 3조) 원래의 소유자에게 반환하는 문제가 대두된다. 특히 남한에서 거주하던 사람이 남북통합후 북한 소재 문화재의 반환을 청구할 경우 체계적인 신고와 심사 및 보상절차가 필요하다.

(4) 옛도시보존법의 제정

우리 나라도 역사적문화환경권의 보장이라는 측면에서도 “역사고도 자연환경보전특별조치법”(가칭) 또는 『옛도시보존법』(가칭)의 입법이 이루어져

111) 정정원 : 31.

112) 협정부속 문서인 공동의정서선언(Gemeinsame Protokollerklärung)에서 東西獨은 이 문제를 미결로 남겼다. “협정당사자는 가능한 범위내에서 해결책을 추구할 용의가 있다”는 수준에서 협상을 마쳤다. 1986년 11월 12일의 전문가회의에서는 상호반환을 합의하였다. 그 결과 전쟁으로 인하여 옮겨졌던 문화재는 모두 제 주인을 찾게 되었다. 남북한이 통합될 경우 같은 문제가 발생한다.

야 한다. 우리 문화의 전통과 민족혼을 고스란히 간직하고 있는 경주·공주·부여 등의 옛도시의 자기정체성을 확보하기 위해서도 『옛도시보존법』(가칭)의 입법이 이루어져야 한다.¹¹³⁾ 문화재보호법에서 규정하고 있는 보호물과 보호구역 제도만으로는 문화유산의 보전이 불충분하다. 보전가치가 있는 도시나 마을 전체 또는 일정한 거리나 구역 전체를 문화재로 파악하고 특별한 규율을 행하는 “공간적 사고”의 구체화가 필요하다.

(5) 소유관계 재정립

남한에서는 문화재의 소유관계를 민법에서 규정한다. 민법(제255조)에 의하면 ‘無主의 문화재’는 민법상의 일반원칙인 ‘無主物 先占’의 원칙에도 불구하고 國有에 속한다. 이 때 해당 문화재의 습득자·발견자 등은 국가에 대하여 적당한 보상을 청구할 수 있다. 무주물이 아닌 문화재에 대하여서는 개인의 소유가 허용된다. 다만 소유자·점유자 등은 문화재보호법(제14조 내지 제18조)에 의한 관리·주의 의무를 진다. 이에 비하여 북한에서는 원칙적으로 국가가 모든 문화유물의 소유권의 주체이다(문화유물보호법 제3조 본문). 문화유물중 역사유물의 경우 상속받은 것에 한하여 개인의 소유를 예외적으로 인정한다(동조단서). 북한의 경우 문화유물에 대한 재산관계를 협소하게 인정하기 때문에 통합체제 하에서는 문화재의 개념과 범주를 통일하고 소유관계를 재조정하여야 한다.

(6) 사후관리의 적정화

1982년의 문화재보호법은 문화재의 발굴이 이루어진 후 결과신고 의무를 부과하고 발굴된 문화재의 보존·관리 등에 필요한 사항을 지시할 수 있는 사후관리제도(제44조제3항)를 규정하는 한편, 그 소유자의 판명여부에 따라 처리방법을 사유 및 국유 등으로 차별화하였다. 이 경우 해당 소유자에게 당해 문화재의 성상에 따른 기술적 보존·관리능력이 결여되어 있거나 가액의 다과에 따라서는 자칫 그 관리가 소홀히 될 우려가 없지 않다. 문화재가 유적인 경우에는 특히 국가에 의한 사후관리의 필요성이 클 것이다. 발굴문화재의 종류나 성상, 가치에 따라 국가가 일정기간 조사·

113) 이장섭外 : 46.

감정 등을 위한 유치를 할 수 있도록 하는 방안이나 반환을 받는 소유자에게 그 관리상황 등에 대한 보고의무를 부과하는 방안을 검토하여야 할 것이다.¹¹⁴⁾

(7) 행정조직의 정비

전문가로 구성된 정책수립 및 규제기구의 신설문제를 검토할 필요가 있으나, 기존의 문화재위원회의 기능을 확충하여 비단 매장문화재의 발굴뿐만 아니라 매장문화재 보존 및 보호정책의 수립, 매장문화재의 포장지, 포장상태의 조사·과약기능을 부여하고, 매장문화재발굴허가시의 각종 관여권 및 규칙제정권 등을 부여하는 방안을 적극 검토할 필요가 있다. 아울러 매장문화재의 보존문제가 제기되는 것은 대규모 국책개발사업의 시행과 관련된 경우가 많기 때문에 이를 둘러싼 정부의 각 부처, 기관간의 원활한 협조가 이루어질 수 있도록 국무총리 또는 대통령 산하에 문화재정책을 조정할 수 있는 경로를 만들어야 한다.¹¹⁵⁾

(8) 임용요건의 전문화

문화재청을 비롯하여 시도 문화재과 및 일선 시군에 이르기까지의 문화재 업무를 담당하는 공무원은 거의 대부분이 전문직이 아니다. 문화재 관련 업무는 고도의 전문지식이 필요한 분야인데도 대개 문화재가 무엇인지, 왜 중요한지, 어떻게 관리하고 보호해야 하는지에 대한 기본적인 인식조차 가지지 못한 담당자들이 대부분이다. 이들은 수 년정도 경과하면 다른 부서로 옮기는 것이 관행화되어 있어 체계적이고 지속적인 문화재 보호·보존관리가 어렵다.¹¹⁶⁾ 문화재청의 일부 관리직 및 시도 문화재 담당관은 전문학예직이 맡아야 하고 또 이와 같은 특수한 분야에 대한 일반행정직의 진출도 제한되어야 한다. 일선 시군까지 문화재 담당부서를 만들어 여기에 적절한 전문학예직을 배치하고 이들이 해당지역의 문화재 기초조사, 보

114) 홍준형 : 171.

115) 홍준형 : 172.

116) 정정원 : 31.

존·보호관리는 물론 간단한 시굴 및 수습조사까지 전담할 수 있는 제도적 장치가 시급하다.

4. 진흥부문

(1) 문화예술의 특성 반영

문화예술은 민족혼(魂)의 영역에 속한다. 과거를 향하여 정신문화의 역사적 산물을 발굴·보전하고 미래를 향하여 새로운 문화유산을 형성·계승하기 위하여서는 문화예술의 다양성과 독자성이 최대한 존중되어야 한다. 접근방안으로서는 우선 문화예술가와 문화예술기획가에 대한 연구와 지원이 필요하다. 지방화·자율화의 육성체계가 정립되어야 한다. 한편 문화유산은 대체성 부재로 시장화·경쟁화(경연구조)에 한계가 있다. 언론사를 포함한 상업자본의 지배를 경계하는 한편 문화상품 소비자의 보호가 필요하다. 아울러 문화유산에 대한 접근방법을 일상의 문화론에서 언급한 바와 같이 “상품에서 생활로” 바꾸어야 할 것이다.

(2) 민족동질성의 회복

문화구축을 통하여 식민지배와 분단으로 위축된 한민족의 정체성(identity)을 회복할 수 있다. 즉 문화는 한국인과 다른 외국인의 구별을 가능하게 하는 한민족의 ‘한민족다움’을 나타내는 결정적 징표이다. 아울러 문화를 통하여 지역 상호간의 협력을 촉진함으로써 평화와 안전의 확보에 공헌할 수 있다. 유네스코헌장은 문화의 발전이 평화와 안전의 기반임을 선언하고 있다.¹¹⁷⁾ 북한의 문화정책은 민족문화유산의 계승발전과 애국주의의 강화를 주요한 목적으로 한다.¹¹⁸⁾ 미래지향적 문화유산을 발전·형

117) “상호의 풍습과 생활의 부지는 인류역사를 통하여 세계의 제 인민 사이에 의혹과 불신을 초래한 공통적인 원인이며 이 의혹과 불신 때문에 제 인민의 불일치가 너무나 자주 전쟁을 발발시켰다. . . 정부의 정치적·경제적 조정에만 기초를 둔 평화는 세계의 제 인민의 일치한 더욱이나 영속할 성실한 지지를 확보할 수 있는 평화가 아니다. 따라서 평화를 상실하지 아니하기 위하여는 인류의 지적·정신적 연대 위에서 평화가 이루어져야 한다.” 국제연합교육과학문화기구(UNESCO)헌장(1953·7·6) 전문 중에서.

118) 먼저 ‘민족문화유산을 옳게 계승발전시키기 위한 사업을 더욱 개선 강화할데 대하

성시키기 위하여 민족동질성의 회복이 관련 법률들에 선언적으로 규정되어야 할 것이다. 이러한 관점에서 가칭 “통일문화유산법(안)”과 같은 법률을 제정하여 식민지배와 남북분단으로 초래된 전통문화의 단절을 극복하고 남북한 사이의 문화적 이질성을 청산하는 한편 정치적 통합으로 인하여 절멸될 우려가 있는 토착문화의 독창성을 유지·발전시키는 방안을 모색하여야 할 것이다. 민족동질성의 회복이라는 관점에서 이 법안에 포함되어야 할 주요항목들은 다음과 같다 :

- 전통(무형)문화의 발견·보전¹¹⁹⁾
- 문화재(장인·유물·유적)의 발굴·보존
- 문화예술과 관련된 지적 재산권의 보장¹²⁰⁾
- 과학적·제도적 장치의 강구¹²¹⁾ : 문화유산의 확인, 보호, 보존, 공개 및 복원에 필요한 적절한 법적, 과학적, 기술적, 행정적 및 재정적 조치를 취한다.

여’(1993·12·10)는 민족문화유산을 계승발전시키는 취지를 다음과 같이 선언한다 : “민족문화유산을 옹계 계승발전시키는 것은 인민들을 민족자주의식과 애국주의 사상으로 무장시키며 민족의 존엄과 자주권을 지키고 우리 인민의 지향과정서에 맞는 사회주의적 민족문화를 성과적으로 건설하며 온겨레의 민족적 대단합을 실현하여 조국통일 위업을 다그치기 위하여 중요한 도구이다.” 한편 북한의 문화유물보호법은 “문화유물 보호관리에 있어서 제도과 질서를 엄격히 세우고 문화유물을 원상태로 보존하여 민족문화유산을 옹계 계승발전시키며 인민들의 민족적 긍지와 자부심을 높여 주는데 이바지함” 목적으로 한다(제1조). 아울러 “국가는 민족의 역사와 문화를 과학적으로 밝히며 인민들 속에서 애국주의 교양을 강화하는데 문화유물을 널리 이용하도록 한다.”(제7조) 여기에서 애국주의 교양이라 함은 “조국과 인민을 열렬히 사랑하며 그 번영과 행복을 위하여 힘차게 싸워 나가도록 하기 위한 교양”을 말한다. 조선말대사전2 : 1742쪽.

119) 현재 전통문화와 관련된 민속자료를 통합적으로 관리하는 자료센터가 없다. 일반인은 물론 전공자들조차 관련 자료를 접하기 어려운 실정이다. 이종철[국립민속박물관장]은 ‘민족문화기록보존소’의 설치를 제안한다 : “국립민속박물관은 유물을 중심으로 한 물질문화 연구 뿐만 아니라 문화의 날줄과 씨줄을 이어주는 살아있는 다양한 영상자료, 필름자료, 녹음자료 등 국가문화유산을 취합하여 한자리에 모아야 한다. 특히 구전으로, 손짓 몸짓으로 전승되는 무형의 민속자료는 급속히 인멸되어 가고 있다. 각 시대별 생활문화 자료를 수집하여 분석, 재분류, 재생산, 열람할 수 있는 기능을 수행하는 ‘민속자료 아카이브[민족문화기록보존소]’를 국립민속박물관에서 만들어 모든 자료의 보존 및 공유가 이루어져야 한다.”

120) 세계문화유산및자연유산의보호에관한협약 제6조 제1호는 “국내법에 규정된 소유권을 침해하지 아니하고 문화유산을 보호하는 것이 국제사회 전체의 의무”임을 인정한다.

121) 세계문화유산및자연유산의보호에관한협약 제5조 ‘라’ 호, 참조.

- 연수기관의 설치 : 문화유산의 보호, 보존 및 공개의 분야에 있어서 전국적 또는 지역적 연수기관의 설치 또는 확충을 촉진하고 이 분야에 대한 과학적 연구를 장려한다.¹²²⁾

(3) 동화적 통합

생소한 문화현상에 급작스럽게 접하게 되면 경우에 따라 정서적으로 충격을 받고 사회생활에도 영향을 받는다. 문화충격(cultural shock)을 방지하기 위하여서는 잠정적으로 시청 가능 프로그램들을 선별하여 남한 방송의 무차별 수신으로 인한 북한지역 주민들의 정서적 갈등을 완화시켜야 한다. 새로운 체제에 쉽게 적응하지 못하는 북한주민들의 상실감을 예방하기 위하여서는 종래 북한 주민들의 삶의 방식들에 대하여 자긍심을 고취시키는 반자본주의 프로그램들이 마련되어야 한다. 물질문명과 자본주의식 문화지향이 행복의 충분조건이 아님을 인식시켜야 한다. 동화적 통합이라는 관점에서 가칭 “통일문화유산법(안)”에 포함되어야 할 주요항목들은 다음과 같다 :

- 남북한 문화산업 유통: 문예물 유통사업자들의 자율규제 유도
- 합작유도 : 남북한 문화예술 인사들의 공동 작품활동 지원
- 문예 비평·토론의 활성화
- 권장·기피 목록의 작성 : 이질적 문예물에 대한 사전지도
- 정규학교 교과과정의 개편

(4) 어문·민속

문화예술진흥법은 제5조(국어발전등 계획수립)에서 “국가는 국어의 발전 및 보급을 위한 계획을 수립·시행하여야 한다”고 선언하고, 제7조(어문규범)에서 “국가는 한글맞춤법, 표준어규정, 외래어표기법, 국어의 로마자표기법등 국어사용에 필요한 사항(이하 “어문규범”이라 한다)을 국어심의회의 심의를 거쳐 정한다”고 규정하는 한편 제8조(어문규범의 준수)에서 “① 국가 및 지방자치단체는 공문서 기타 서류를 작성함에 있어 어문규범을 준

122) 세계문화유산및자연유산의보호에관한협약 제5조 ‘마’ 호, 참조.

수하여야 한다 ②교육 또는 공공용에 제공하기 위한 인쇄물, 방송광고물등을 작성함에 있어서 예술창작을 위하여 불가피한 경우를 제외하고는 어문규범을 준수하여야 한다”고 규정하였다. 이 규정들은 획일적이어서 문화유산으로서의 말과 글의 보전과 계승을 가로막는다. 어문유산의 정체성과 다양성에 주목하는 법개정이 필요하다. 민속·세시풍속·종교의례등에서도 같은 접근이 필요하다. 어문과 민속의 계승·발전을 위하여 문화예술진흥법 또는 가칭 “통일문화유산법(안)”에 다음 항목들이 포함되어야 할 것이다.

- 사투리(방언)의 발굴, 자리매김 및 보존
- 편집용 컴퓨터 운영체제·문자판 및 편집기법 통합
- ‘민속’ 개념의 제도화
- 복식과 의례 개념의 제도화
- 민속종교와 종교인(무속인)의 자리매김
- 종교행정의 통합 지원 (대안 : 지역별 종교자치)
- 종교적 제의의 지역성·다양성의 수용

(5) 문화재거래

유럽공동체는 공동체내 국가간의 무역자유화에 따라 불법적으로 획득한 고고학적 문화재의 거래를 쉽게 하고 있다.¹²³⁾ 이런 현상의 첫째 이유는 유럽경제공동체협약 제36조의 의미에서는 고고학적 대상물이 근본적으로 ‘상품’으로서 취급되고 있기 때문이다. 국가적 문화재의 보호를 위해 유럽경제공동체협약 제36조에 따라 공동체내의 무역에 공동체를 구성하는 각 개별국가의 예외를 인정하고 있으나 그럼에도 불구하고 실질적인 의미는 거의 없다. 둘째 이유는 유럽공동체에 두루 퍼진 국경통제의 철폐에서 찾을 수 있다. 국경통제의 철폐로 인해 국경을 벗어나는 무역을 통제하는 것은 사실상 어려워졌다. ‘유럽의 고고학적 문화재’에 대한 외국무역에 있어서 유럽공동체는 통일된 수출제한을 알지 못한다.

문화재거래의 양성화 방안이 시급히 마련되어야 한다.¹²⁴⁾ 동산문화재의 경우에는 소장가들이 공개는 물론 소장여부 자체를 밝히지 않는 등 문화재

123) Frank Fechner : 67.

124) 이장섭外 : 542.

보호에 애로점이 있다. 그러한 배경에는 정부를 통해서 가치를 인정받아 보물이나 국보로 지정된다고 하더라도 가치의 공개적 인정이라는 감투 외에는 거래의 제약이나 도난이나 분실이 뒤따르는 현실적 문제가 많기 때문이라고 분석된다. 이와 같은 현실적 제약하에서는 폐쇄적인 거래관행을 근절하기 힘들다는 판단아래 국가가 이를 적극 양성화시키는 방안을 모색하여야 할 것이다.¹²⁵⁾

(6) 미래유산의 형성

문화가 살아 있다면 문화법제는 과거 뿐만 아니라 현재와 미래까지 염두에 두어야 한다. 문화유산은 온고지신의 지혜에만 의존할 수 없다. 현재세대는 과거세대의 문화유산을 오늘에 되살리는 것 못지 아니하게 오늘의 문화가 미래세대의 문화유산으로 생성·계승될 수 있도록 노력하여야 한다. 1982년의 문화재보호법은 특히 “근대” 문화유산에 대한 고려가 부족하다는 비판을 받는다.¹²⁶⁾ 김정동(목원대) 교수는 ‘근대건축30-40년 경과설’을 받아들이고 근대 건축물을 문화재로 지정할 것을 제안하고, 조명래(단국대) 교수는 잠재적 문화유산을 보전하기 위하여 “문화재보존을위한민관협력법(안)”을 제정하여 민간 시민운동 차원에서 영국식 문화유산신탁(TRUST)을 창설하자고 제안한다.¹²⁷⁾ 시민운동계 일각에서는 내일의 시민운동은 “생명”운동조차도 문화운동의 방법을 취할 것이라고 전망한다. 한편 미래 문화유산을 형성하고 문화상품을 개발하기 위하여서는 인적자원의 확충이 시급하다. 문화인류학이 보편성을 지향한다면, 역사민속학은 특수성을 지향한다. 미래 문화유산을 준비할 주인공을 양성하지 아니하고 미래 문화유산

125) 해방이전에 작성된 문서(古書를 포함한다)는 모두 사전허가를 받지 않으면 해외반출이 금지된다(문화재보호법 제21조·제76조 참조). 이러한 태도는 입법당시의 취지였던 문화재 밀반출금지외 보호에는 상당한 효과를 거두었으나, 이제와서는 우리 문화재의 국제교류나 해외홍보, 학술교류를 실질적으로 막는 걸림돌이 되고 있다. 1403년 『계미자』로 간행된 우리 고서는 1450-1455년에 독일의 마인쯔에서 나왔다는 구텐베르크의 초판본보다 50년이상 앞섰다고 믿어지지만, 해외에서는 구텐베르크의 금속활자가 세계 최초로 대접받고 있다. 도서신문 1994년8월8일자.

126) 이 소론에 관하여서는, 문화재청에서 주관한 학술세미나 “근대문화유산 보존과 활용”(2000년5월23일 : 프레스센터), 참조.

127) 앞 세미나 보도자료(2000·5·23 : www.ocp.go.kr), 참조.

이 형설될 것을 기대할 수는 없다. 문화산업은 공연·예술·영상만으로 진흥될 수 없다. 헌법(제9조)이 규정한 전통문화·민족문화를 창달하고 문화산업을 진흥시킬 주역으로서 민속학자들의 적극적인 참여가 요청된다. 문화재학교외에 각급 대학에 민속학과 또는 역사민속학과의 창설이 필요하다.

제 2 절 관련법제의 정비

1. 법령정비

(1) 영향평가제도의 분리

현행 환경영향평가제도에서 문화재를 환경영향평가의 내용항목에 포함시키고 있음은 괄목할만한 진전이다. 환경영향평가법시행규칙(제2조 관련 별표1)은 사회·경제환경 분야의 평가항목으로서 ‘문화재’를 열거하고 있다. 그러나 매장문화재에 관한 영향평가제도는 문화재보호법 차원에서 매장문화재보존의 특수성에 비추어 별도로 규율을 하는 것이 바람직하다고 생각한다. 매장문화재는 그 종류나 성상 등에 있어 이해관계가 있는 개인보다는 국가에 의한 보존 및 보호가 요구되는 ‘주인없는’ 문화재일 가능성이 크기 때문에 개발사업의 영향을 평가함에 있어 지역적 이해관계를 갖지 않는 행정기관이나 학술·문화단체 등의 개입을 인정해야 할 필요가 있다.¹²⁸⁾ 지금까지 대규모 공사시에만 환경영향평가의 일환으로 형식적으로 이루어지고 있는 문화재조사가 공사규모의 대소와 상관없이 “문화”영향평가가 독립해서 별도로 실시되어야 한다.¹²⁹⁾ 이제 문화법과 환경법은 천연기념물 보호제와 문화영향평가제를 서로 교환(big deal)할 때가 되었다.

128) 매장문화재와 관련된 환경영향평가가 현실적으로 제대로 이루어지지 않고 있고 또 그것이 실시되는 경우에도 소관부서인 문화관광부(문화재청)와 환경부간의 업무협조와 조정이 잘 이루어 질 것인가 미지수이며, 나아가 환경영향평가법상의 일반적인 영향평가제도를 통하여 매장문화재의 특수성이 제대로 고려될 수 없기 때문이다. 가령 ‘환경영향평가법상 주민의견수렴절차는 제한된 범위의 환경영향평가대상지역안의 주민’의 이해관계를 고려한 것인데 비하여 매장문화재의 경우 지역주민들이 직접적인 이해관계를 가지는 경우는 그리 많지 않을 것이고, 또 가진다고 해도 개발친화적인 이해관계일 가능성이 클 것이며, 매장문화재의 종류나 성상, 학술적·문화적 가치에 따라서는 오히려 국가적 차원에서 그 보존여하가 판단되어야 하는 경우가 많을 것이기 때문이다. 홍준형 : 161.

129) 정정원 : 32.

(2) 도시계획법·건축법

1971년의 도시계획법에 따르면, 문화재 및 중요시설물의 보호와 보존을 위하여 필요할 때 건설교통부장관은 도시계획구역안에서 보존지구를 도시계획으로 결정할 수 있고(제18조제1항제9호), 또 보존지구안에서 문화재보호법의 규제를 받는 문화재를 직접 관리하기 위한 건축물 기타의 시설외에는 이를 건축 또는 설치할 수 없다(제19조제3항). 도시계획법과 문화유산관련법 사이에 보다 긴밀한 연계가 필요하다. 문화재보호법이 미치지 못하는 도시개발, 도시미관의 조성 및 역사경관의 보존 상호간에 균형을 유지하고 재산권침해로 인한 갈등을 예방하기 위한 구체적 방안이 마련되어야 한다. 종래 도시계획법상의 개발제한구역이 재산권침해 시비와 개발압력에 휘말린 경험을 고려한다면 문화재적 가치가 있는 건물군이나 거리를 보존지구로 지정하는 것만으로는 부족하다. 문화유산에 대한 공익신탁의 창설, 개발권양도(TDR)등의 제도를 도입하여 공익과 사익의 조화를 모색하여야 할 것이다.

1962년의 건축법은 문화재보호법에 의한 국보, 문화재, 민속자료, 사적, 명승, 천연기념물 및 미술품에 대하여서는 적용되지 아니하였다(제3조). 1972년의 건축법(제3조제1항)은 적용제외의 범위를 확대시켰다. 즉 문화재보호법에 의한 국보·보물·사적·명승·천연기념물·중요민속자료·가지정문화재 및 미술품에 대하여서는 건축법을 적용하지 아니하였다. 1982년의 건축법(제3조제1항)은 문화재보호법의 분류에 따라 적용제외 대상을 수정하였다. 즉 문화재보호법에 의한 지정문화재 및 가지정문화재에 대하여는 건축법의 규정을 적용하지 아니하였다. 입법론적으로는 적용제외 대상이 더욱 확대되어야 할 것이다. 예컨대, 문화재보호법상 “보존지구”로 지정된 지역내에 속하는 “일반” 건축물에 대하여서도 전체 경관이나 조화를 위하여 필요하다면 건축법의 적용을 배제하는 방안이 검토되어야 할 것이다.

1991년에 전문개정된 건축법(제3조제1항)은 문화재와 관련하여 적용제외 범위를 대폭 확대시켰다. 즉 문화재보호법에 의한 지정·가지정문화재(제1호)외에 전통건조물보존법에 의한 전통건조물(제2호)과¹³⁰⁾ 전통사찰

130) 1999년의 전통건조물보존법폐지법률 부칙은 이 규정(건축법 제3조제1항제2호)을

보존법에 의한 전통사찰(제3호)에¹³¹⁾ 대하여서도 건축법을 적용하지 아니하였다. 한편 1991년의 건축법(제12조제1항)은 문화재보존을 위한 건축허가의 제한을 도입하였다. 즉 주무부 장관이 문화재보존·환경보전 또는 국민경제상 특히 필요하다고 인정하여 요청하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 건설부장관으로 하여금 시장·군수·구청장의 건축허가를 제한할 수 있게 하였다. 이는 매우 긍정적인 변화이다. 나아가, 건축허가 제한과 관련하여 관할 행정청이 아닌 제3자도 공익을 위하여 허가제한신청을 하고 이를 문화재위원회등에서 심사하는 방식을 검토하여야 할 것이다.

2. 조례정비

(1) 광역조례의 정비

세계유산일람표(제11조제2호·제4호)에 기재된 재산 또는 기재되지 아니한 재산이라도 “현저한 보편적 가치를 가지는 것”(제12조)에 대하여서는 국내적으로 별도의 관리가 필요하다. 현행 법제는 문화유산에 대한 별도의 접근이 없이 ‘국가지정문화재’와 ‘시·도지정문화재’만을 구분하고 있어 세계문화유산의 국내적 관리를 위한 입법적 틀이 미흡하다. “세계문화유산”을 포섭하는 새로운 범주의 창설이 요청된다. 지방자치단체의 문화조례들이 용어의 정의등에 있어서 상위법의 입법양식을 그대로 답습하는 태도도 바뀌어야 한다. 문화는 특수성을 지향하기 때문에 지방자치단체들의 문화조례들은 조금씩 달라야 한다.

지방자치단체 차원에서도 중앙정부의 법령에 따라 문화유산 보호에 관한 하위법규[조례·규칙]을 제정·시행하고 있다. 예컨대, 서울특별시의 경우, 문화재보호조례·문화재시설운영에관한조례·문화예술진흥에관한조례·시립박물관설치조례·시립박물관유물수집및관리조례·시립미술관운영조례 등이 있다. 조례가 ‘시·도지정문화재’의 관리에 국한되어야 할 필연성이 없다. 지방자치단체들의 문화관련 규범에 창조정신이 담겨야 한다. 아울러 난개발에 맞서 문화유산을 보존하기 위하여서는 광역지방자치단체들의 조례에 문화재 내지 문화유산에 관한 원칙과 절차들이 규정되어야 한다. 중

삭제시켰다.

131) 1995년의 건축법은 전통사찰에 대한 적용배제 규정을 폐지하였다.

양정부의 문화유산법제가 기본법을 중심으로 발굴·보호·진흥 부문에 걸쳐 새로 정비된다면 광역지방자치단체의 조례들도 새로운 법률관과 법체계를 반영하여 전반적으로 정비되어야 할 것이다.

(2) 기초조례의 정비

일본은 가나자와(금택)시의 ‘전통환경보존조례’가 제정된 이후 각 지자체를 중심으로 역사경관보전을 위한 조례가 활발하게 제정되었다. 우리나라와 일본의 역사경관보존제도의 법체계는 비슷하지만, 일본에서의 역사경관보전이 지역의 역사성을 효과적으로 살리는 이유는 상위법을 근거로 하여, 상세한 지구지정을 하고, 각각에 대한 구체적 내용을 담고 있는 조례가 제정되어 시행되기 때문이다. 게다가 역사경관보전을 위하여 주민들의 자발적인 노력과 자치단체의 행정적, 재정적 지원이 뒷받침되어 상당한 효과를 거두고 있다. 이후의 보전은 점적인 보전에서 면적인 보전으로, 역사경관의 보존뿐만 아니라, 도시경관의 형성을 위한 노력으로 그 범위가 확대되었다.¹³²⁾

기초지방자치단체에서도 문화재보호조례들이 제정·시행되어야 한다. 그러나 문화재보호조례들이 일률적으로 단일조례로 제정되어야 할 필요는 없고 각 지방자치단체의 특수성에 따라 개별 조례들을 제정하는 방식이 바람직스럽다. 예컨대, 역사도시들은 해당 역사경관의 특성에 적합한 보전을 도모할 수 있는 조례를 제정하여 역사경관과 자연경관을 함께 묶어 보전지구를 지정하고 역사적인 중요도에 따라 이를 다양화·세분화·차별화할 수 있다.¹³³⁾ 필요하다면 “경관협정”과 같은 주민참여제도를 마련하여 주민의 자율적 보전활동이 지방자치단체의 행정적 지원과 함께 이루어지도록 보완한다. 국가의 법령 및 광역지방자치단체들의 문화관련 조례들의 정비와 함께 기초조례들의 창조적인 정비가 요청된다. 특히 각 지방자치단체들이 경쟁적으로 추진하고 있는 축제등의 문화사업은 정체성과 비용효과에 관한 시비를 벗어나기 위하여 조례에 의하여 투명성 및 차별성을 확립해 나가야 할 것이다.

132) 오민근 : 2-3.

133) 경주의 문화유산을 조례가 아닌 “특별법”에 의하여 보존·발전시키자는 의견에 관하여서는, 김영삼 : 29쪽 이하, 그리고 문화특별시의 개념 및 구상에 관하여서는, 35쪽 이하, 참조.

참 고 문 헌

- 김정동, “근대문화유산의 역사·학술적 가치”, 근대문화유산의 보존과 활용 세미나보도자료 (문화재청 : 2000·5·23)
- 신찬균, “근대문화유산의 보존·관리와 활용”, 근대문화유산의 보존과 활용 세미나보도자료 (문화재청 : 2000·5·23)
- 이상해, “근대문화유산의 개념·범위·보존방안”, 근대문화유산의 보존과 활용 세미나보도자료 (문화재청 : 2000·5·23)
- 이춘근, “근대문화유산 보존·관리 방향”, 근대문화유산의 보존과 활용 세미나보도자료 (문화재청 : 2000·5·23)
- 조명래, “근대문화유산 보존을 위한 정부·시민역할”, 근대문화유산의 보존과 활용 세미나보도자료 (문화재청 : 2000·5·23)
- 강찬석, “유형문화재 보호실태와 개선방안” 월간 민족예술 2000년 5월호 한국문화정책개발원, 문화재정과 문화정책 (세미나자료집 : 2000·2)
- 中村賢二郎, 文化財保護制度概説 (株式會社ぎょうせい : 1999)
- 오민근, “도시역사경관보전제도에 관한 연구” 조경학석사학위논문 (서울대학교 대학원 : 1999)
- 전재경, “세계문화유산 보전을 위한 법적접근” UNESCO 세미나 자료 (1998·11)
- 전통문화정책포럼, “민속예술 경연대회 비판” (한국역사민속학회·생명회의 : 1998·10)
- 김영삼, “역사문화도시의 보존과 개발에 관한 법적 문제”(발표논문) 토지공법연구 제5집(한국토지공법학회:1998)
- 김연태, “역사문화도시의 보존과 개발에 관한 법적 문제”(토론논문) 토지공법연구 제5집(한국토지공법학회:1998)
- 고수길, “현행 발굴허가 과정·제도의 운영현황과 과제”(발표), 매장문화재발굴반세기 : 회고와 전망 (문화재관리국 국립문화재연구소 : 1997)
- 박상길, “발굴현장 실무자가 보는 바람직한 발굴제도에 관한 제언”(발표),

참고문헌

- 매장문화재발굴반세기 : 회고와 전망 (문화재관리국 국립문화재연구소 : 1997)
- 이강승, “문화재 지표조사의 시행현실과 문제점” (발표), 매장문화재 발굴 반세기 : 회고와 전망 (문화재관리국 국립문화재연구소 : 1997)
- 이건무, “문화재 지표조사의 시행현실과 문제점” (토론), 매장문화재 발굴 반세기 : 회고와 전망 (문화재관리국 국립문화재연구소 : 1997)
- 정징원, “유적·유물 보존 관리의 현황과 문제점 및 그 대책” (발표), 매장문화재 발굴 반세기 : 회고와 전망 (문화재관리국 국립문화재연구소 : 1997)
- 홍준형, “현행 매장문화재 관련 법령·제도·집행기관(기구)의 문제점과 개선대책”(토론), 매장문화재발굴반세기 : 회고와 전망 (문화재관리국 국립문화재연구소 : 1997)
- 이장섭外, 역사고도 보존을 위한 특별조치법(안) 작성연구 (문화유산의 해 조직위원회 : 1997)
- 최종고外, 중요무형문화재 효율적 관리방안연구(한국정신문화연구원·문화재관리국:1996)
- Frank Fechner, 독일과 유럽의 문화재보호법 (한국문화정책개발원 : 1996)
- 남궁승태, “문화국가원리와 문화재” 古美術 가을·겨울호(1995년)
- 이춘길, “남북한 문화유산교류의 구상”, 북한문화연구 제3집(1995)
- 서영진 外, “인간문화재 이대로 좋은가” 藝鄉 (광주일보사 : 1985)
- 오세탁, “문화재보호법연구” 단국大 박사학위논문(1983)