

2014년 공법학자대회

선진국가를 위한 공법적 과제

-안전국가의 확립으로부터 문화국가의 부흥으로-

일시 2014년 12월 12일(금)~13일(토)

장소 전북대학교 법학전문대학원

주최 (사)한국공법학회 · 한국법제연구원

주관 한국행정법학회, 한국헌법학회, 전북대학교 법학연구소

후원 사법정책연구원, 감사연구원, 헌법재판연구원
헌법재판연구원, 한국연구재단



사단
법인 한국공법학회
Korean Public Law Association



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

□ 학술대회 일정

○ 학술대회 1일차

13:00-13:30	등록	
13:30-14:00	개회식 사회: 최봉석 교수(한국공법학회 총무이사, 동국대)	
	개회사: 최승원 교수(한국공법학회 회장, 이화여대) 이 원 한국법제연구원장 축 사: 최송화 사법정책연구원장 환영사: 서거석 전북대학교 총장	
14:00-14:30	[기조발제] 문화와 법: 역동적 관계의 진화 발표: 권영설 명예교수(중앙대)	
14:30-15:20	제1세션	제2세션
	[제1주제] 문화기본권과 문화법제의 현황 및 과제	[한국법제연구원] 안전국가의 정착을 위 한 입법적 과제-에너지 안전법제를 중심 으로-
	사회: 하명호 교수(고려대) 발표: 이종수 교수(연세대) 토론: 홍석한 교수(목포대) 김해원 교수(전남대)	사회: 우성기 교수(동국대) 발표: 김종천 박사(한국법제연구원) 토론: 차진아 교수(고려대) 정상우 교수(인하대)
15:20-15:40	<휴식>	
15:40-16:30	[제2주제] 문화공공성과 문화다양성을 제고하기 위한 법적 과제	[헌법학회] 헌법국가로서의 안전국가
	사회: 유진식 교수(전북대) 발표: 김재광 교수(선문대) 토론: 배병호 교수(성균관대), 윤계형 박사(한국법제연구원)	사회: 조소영 교수(부산대) 발표: 조재현 교수(동아대) 토론: 김종세 교수(계명대) 김선화 박사(국회입법조사처)
16:30-17:20	[제3주제] 국가의 문화보장책임에 기초한 문화산업진흥법제에 관한 연구 - 게임산 업진흥·규제에 관한 검토와 함께-	[행정법학회] 보장행정에서의 공기업과 자율규제 -대중교통정산업무와 집합건물 관리에 대한 경우를 중심으로-

	사회: 김재호 교수(충남대) 발표: 이기춘 교수(부산대) 토론: 최철호 교수(청주대) 이종기 변호사	사회: 김유환 교수(이화여대) 발표: 서보국 교수(충남대) 토론: 이현수 교수(건국대) 정남철 교수(숙명여대)
17:20-19:00	정기총회	사회: 최승원 교수(한국공법학회 회장, 이화여대)
	학회장 이취임식	사회: 최봉석 교수(한국공법학회 총무이사, 동국대)
	차기회장선출	사회: 송기춘 교수(한국공법학회 신임회장, 전북대)
19:00-21:00	만찬	

○ 학술대회 2일차

9:30-10:00	등록
	개회식
	개회사 : 송기춘 교수(한국공법학회 신임회장, 전북대)
10:00-10:50	[제4주제] 국가공동체와 문화유산
	사회: 손희두 박사(한국법제연구원)
	발표: 전종익 교수(서울대) 토론: 이상경 교수(서울시립대), 신옥주 교수(전북대)
10:50-11:40	[제5주제] 세계화와 한국의 다문화주의
	사회: 이인호 교수(중앙대)
	발표: 최운철 교수(건국대) 토론: 장민선 박사(한국법제연구원) 손운석 교수(지방행정연수원)
11:40-12:00	폐회식 폐회사: 송기춘 교수(한국공법학회 신임회장, 전북대)
12:00-13:30	오찬

개 회 사

존경하는 한국공법학회 회원 여러분!

세월호 사건을 계기로 국가 안전에 대한 국민들의 근본적인 물음이 제기되고 있습니다. 하지만 대한민국이 선진국가로 도약하기 위해서는 안전국가의 확립에 그치는 것이 아니라 문화국가로의 부흥이 이루어져야 할 것입니다. 이러한 점에서 법학자들의 많은 고민과 혜안이 어느 때보다 필요합니다. 이에 2014년 공법학자 대회는 안전국가에 대한 고민에서 문화국가라는 국가의 방향을 제시하는 폭 넓은 자리로 마련하고자 하였습니다.

특히 2014 공법학자대회의 대주제 중 하나인 문화 주제는 지난 5월에 있었던 공법학 현안 학술대회의 주제를 더욱 발전시키는 것을 목적으로 하였습니다.

아울러 이번 공법학자 대회에서는 2016년 한국공법학회를 이끌어갈 차기 회장을 선출하게 됩니다. 한국공법학회의 유구한 역사를 계승하고 새로운 역사를 써나갈 회장을 회원 여러분의 손으로 선출하는 자리를 같이 해주셨으면 합니다.

2014년 한해가 저물어가는 12월, 역사와 전통의 도시인 전주에서 선진국가를 위한 공법학자들의 고민과 학회의 미래를 논의할 수 있는 소중한 시간을 나눌 수 있기를 바랍니다.

감사합니다.

2014년 12월

사단법인 한국공법학회 회장 최승원

개 회 사

여러분 안녕하십니까? 저는 한국법제연구원의 원장 이원입니다.

연말 바쁘신 와중에도 한국공법학회와 우리 연구원이 공동으로 개최하는 2014년 공법학자 대회에 참석해 주신 내외 귀빈 여러분께 진심으로 감사드립니다.

우리 연구원은 국가의 입법정책을 지원하고 법률문화 향상에 기여하기 위해 설립된 국내 유일의 법제전문 국책연구기관입니다. 1990년에 설립된 이래 선진국에서 논의된 다양한 입법 이론과 실무연구를 분석·소개하며 실효성 있는 입법대안을 제시하고, 또 우리 법령을 영역하여 누구나 볼 수 있도록 제공함과 아울러 우리 법제도를 외국에 소개하고 수출함으로써 우리나라 입법문화의 발전과 우리 법제도의 세계화 및 위상강화를 위해 노력해 왔습니다.

이번에 법학분야의 대표적인 학회이자, 헌법과 행정법을 아우르는 공법학계의 모학회로서 오랜 전통을 가진 한국공법학회와 함께 한 해를 마무리하는 학술회의를 개최하게 된 것을 매우 기쁘게 생각합니다.

이번 학술회의는 「선진국가를 위한 공법적 과제」라는 대주제하에 법적 관점에서 문화와 안전에 관련된 문제들을 짚어보는 자리로 마련되었습니다. 이번 학술회의에서 논의되는 사항들은 우리나라의 문화 및 안전관련 법제의 발전에 큰 기여를 하게 될 것으로 믿습니다. 그리고 우리 연구원으로서도 많은 시사점과 지향점을 얻을 수 있을 것으로 기대합니다.

이번 학술회의는 학술적인 발표와 토론의 장이기는 하지만, 다른 한편으로는 평소에 자주 만날 수 없었던 회원들끼리 회포를 풀고 또 앞으로 학회를 이끌고 갈 회장을 미리 선출하는 축제의 장이기도 한 것으로 알고 있습니다. 진지함과 즐거움이 함께 하는 한마당이 되기를 축원합니다.

감사합니다.

2014년 12월
한국법제연구원장 이 원

축 사

존경하는 내외 귀빈여러분,
그리고 한국공법학회 회원 여러분,
안녕하십니까.

사단법인 한국공법학회가 한국법제연구원과 공동으로 오랜 역사와 전통을 간직한 예향(藝鄕)의 도시 전주에서 2014년 한국공법학자대회를 “선진국가를 위한 공법적 과제 - 안전국가의 확립으로부터 문화국가의 부흥으로”라는 주제하에 개최하게 된 것을 진심으로 축하합니다.

아울러 본인은 이번 학술대회를 주관하는 기관의 하나인 사법정책연구원을 대표하여 축사를 하게 된 것을 개인적으로 큰 기쁨과 영광으로 생각합니다.

21세기 시대적인 전환점에서 선진국가로 나아가기 위한 한국사회의 현안문제에 대한 공법학적 대응을 모색하는 학술행사가 개최되어 경향각지에서 온 전국의 공법학자들이 한 곳에 모여 학문적 향연을 펼치는 기회를 갖게 된 것은 의미하는 바가 매우 크다고 할 것입니다.

사단법인 한국공법학회는 헌법과 행정법을 연구하는 학자와 실무가의 학술적 공동체로서 공법분야 학술단체의 대표적이며 중심적인 학회로서의 역할을 다하며 그동안 한국사회의 법치주의의 발전을 위해 지대한 기여를 해 왔습니다. 특히 1945년 일제로부터의 해방이후 근대 학문이 제대로 착근되지 못한 불모의 상황에서도 우리의 선배 공법학자들의 피나는 노력과 공헌으로 공법학의 제반 현안문제를 주도적으로 논의하는 학문공동체로 자리매김하면서 우뚝 설 수 있었습니다.

최근 학술단체가 늘어남에 따라 공법학계는 세부적인 학문분과의 전문화경향으로 다양한 헌법 또는 행정법의 관련학회가 활성화되고 있을 뿐만 아니라 공법적인 현안문제에 대해 다각적으로 연구하는 인접학회와의 학제적 연구의 필요성이 증대되고 있는 과도기적인 전환기에 놓여있다고 할 수 있습니다.

우리 사회의 민주적 법치국가의 수준을 한 단계 높이기 위해서는 헌법과 행정법 다시 말해서 공법의 중요성을 인식하고, 사회적 현안 문제에 대한 공법학자들의 대응모색을 통하여 공법학의 위상제고와 한국사회의 발전을 위한 한국공법학회 차원의 지속적인 노력이 필요한 상황이라고 생각합니다.

이런 점에서 이번 학술대회의 주제는 매우 시의 적절하다고 할 수 있습니다.

오늘날 과학기술의 발전에 수반된 산업구조의 고도화·복잡화로 인하여 각종 다양한 위험이 발생하여 현대사회의 존속 자체가 위협받고 있습니다. 각종재난의 대형화, 빈발화로 국민생활의 안전에 대한 불안감이 증대되고 있고, 지난 4월의 청해진 해운 소속의 세월호 침몰사고와

그 대처과정을 지켜보면서 비정상적인 사회시스템으로 인해 법집행이 적절하게 이루어지지 않고 기본이 무시되고 법과 원칙이 제대로 지켜지고 있지 않음을 알 수 있었습니다. 세월호 침몰사고 이후 안전에 대한 국민의 기대가 높아진 상황에서 국가는 관료사회의 개혁 및 각종 사회적 비정상과 적폐해소, 부정부패의 척결과 더불어 국민의 생명과 안전을 확보하는 행정시스템을 구축하여야 하는 과제를 안게 되었으며, 안전사회 내지 안전국가의 확립의 필요성을 일깨워 주었다고 생각합니다.

아울러 문화융성의 시대에 있어 헌법상 문화국가원리의 실현과 나아가 문화진흥정책과 법제도의 정비에 한류로 대변되는 한국의 미래산업인 굴뚝없는 문화산업을 선도할 필요가 있다고 할 것입니다. 이처럼 문화사회의 진흥을 통해 선진국가로 나아가야할 시대적 사명이 공법학자들에게 부여되고 있다고 해도 과언이 아닙니다.

무엇보다 인간의 존엄과 가치를 중심으로 모두가 더불어 살아가는 민주공화국을 열어가는 선진화에 공법학의 가치철학과 규범적 방법론이 중요한 역할을 담당해야 할 것으로 믿습니다.

금년 1월1일 설립되고 3월10일 개원한 대법원 산하의 미래사법을 연구하는 싱크탱크인 사법정책연구원은 한국공법학회와 교류협정을 체결하고 한국공법학회가 선진사회의 중추적 역할을 담당할 수 있도록 동반자의 관계를 지속적으로 발전시키기로 하였습니다. 사법분야에서 국민적 인권이 신장되고 민주주의와 법치주의가 병행 발전하는 합리적인 사회를 만드는데 한국공법학회와 사법정책연구원이 함께 노력하여 한국의 법률문화 창달에 기여하게 되기를 희망합니다.

이번 뜻 깊은 2014 공법학자대회에서 발제자와 토론자의 열띤 토론과 내실있는 논의를 통해 선진국가를 위한 공법적 과제를 해결하고 한국 공법학의 발전을 위한 소기의 성과를 달성하기를 기원합니다.

끝으로 오늘 이 자리를 마련하는데 헌신과 노고를 아끼지 아니한 한국공법학회의 최승원 회장을 비롯한 집행부의 관계자 여러분에게 감사를 표하며, 이 자리를 함께하신 내외 귀빈을 비롯한 모든 공법학회 회원님들의 행복과 건승을 기원합니다.

감사합니다.

2014년 12월 12일
사법정책연구원장, 한국공법학회 고문 최 송 화

목 차

【기조연설】

- 문화와 법 : 역동적 관계의 진화 권 영 설 1

제1세션

【제1주제】

- 문화기본권과 문화법제의 현황 및 과제 이 중 수 21
- 토론문 홍 석 한 35
- 토론문 김 해 원 39

【제2주제】

- 문화공공성과 문화다양성을 제고하기 위한 법적 과제 김 재 광 43
- 토론문 배 병 호 89
- 토론문 윤 계 형(별첨)

【제3주제】

- 국가의 문화보장책임에 기초한 문화산업진흥법제에 관한 연구
— 게임산업진흥·규제에 관한 검토와 함께 — 이 기 춘 93
- 토론문 최 철 호(별첨)
- 토론문 이 중 기(별첨)

【제4주제】

- 국가공동체와 문화유산 전 종 익 115
- 토론문 이 상 경(별첨)
- 토론문 신 욱 주 129

【제5주제】

- 세계화와 한국의 다문화주의 최 윤 철 131
- 토론문 장 민 선 163
- 토론문 손 윤 석 167

제2세션

[한국법제연구원]

- 안전국가 정착을 위한 입법적 과제
— 에너지 안전법제를 중심으로 — 김 중 천 169
- 토론문 차 진 아 207
- 토론문 정 상 우(별첨)

[헌법학회]

- 헌법국가로서의 안전국가 조 재 현 213
- 토론문 김 중 세(별첨)
- 토론문 김 선 화 233

[행정법학회]

- 보장행정에서의 공기업과 자율규제 서 보 국 237
- 토론문 김 중 세(별첨)
- 토론문 김 중 세(별첨)

【기조연설】

문화와 법 : 역동적 관계의 진화

권영설*

- I. 들어가는 말
- II. 문화개념과 유럽의 문화전통
- III. 문화와 국가
- IV. 문화와 법의 교차
- V. 글로벌리제이션과 문화

I. 들어가는 말

우리에게도 익숙한 이름 - 새뮤얼 헌팅턴(Samuel Huntington), 조지프 나이(Joseph Nye), 프랜시스 후쿠야마(Francis Fukuyama) — 이 시대를 꿰뚫는, ‘문명의 충돌’¹⁾ / ‘문화가 중요하다’²⁾, ‘소프트 파워’³⁾, ‘트러스트’⁴⁾ 등의 저술가들이다. 그런데 이 책들에 공통점이 있다. 현재와 가까운 미래의 세계를 내다봄에 있어 바로 ‘문화’를 그 길잡이로 잡았기 때문이다. 이 전문가들의 입장만 그런 것이 아니다. 바야흐로 오늘날 문화야말로 백가쟁명(百家爭鳴)적 시대담론의 중심이 아닐 수 없다.

대통령선거 공약에 과거 같으면 주변부분야이어야 할 ‘문화예산 2%’를 담은 것도 이례적이거니와 ‘문화가 있는 삶’을 국정목표, 그리고 ‘문화융성’을 4대 국정운영기조로 내걸고 들어

* 중앙대 법학전문대학원 명예교수

1) Samuel P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Simon & Schuster, 1996

2) Lawrence E. Harrison & Samuel P. Huntington (eds), *Culture Matters*, Basic Books, 2000. 이 편저는 22명의 우수한 전문가 논문들인데 유독 제프리 삭스(Jeffrey Sachs) 만은 문화결정론과 달리 지리와 기후를 경제발전의 주요 요인으로 보고 있다.

3) Joseph Nye, *Soft Power*, Perseus Books Group, 2005.

4) Francis Fukuyama, *Trust*, Free Press, 1996.

선 경우가 현 박근혜정부이다. 한 해전에 ‘문화기본법’⁵⁾의 제정에 이어 ‘문화가 있는 날’의 대통령 공개나들이를 올 해들어 다섯 차례 연속하고 있다. 단순한 정치·사회적 수사이며 행사라는 비판이 뒤따르고는 있으나 크게 달라질 것 같지는 않다.

현재 국가예산 대비 1.5%선인 문화부문을 임기 말인 2018년까지 2%로 끌어올린다는 것이 쉽게 달성될지는 모르나, 문화가 이제 이 시대 주요 어젠다의 하나로 흔들림 없이 자리매김 된 것은 분명하다고 하겠다. 국가영역 이외에도 눈을 돌려볼 때, 올해로 20년을 넘어서는 기업메세나(MECENAT 문화예술후원)활동도 이제 안정적 기반이 다져졌다고 할 수 있기 때문이다.

다른 어느 경우 보다 ‘문화’는 그 정의와 구성요소에 대한 설명이 혼란스럽다고 하겠다. 분야마다 그리고 국가마다 그 용례가 다 달라 통제불능의 상태라고 개탄의 대상이 되기도 한다. 이 같은 상황을 더욱 부채질 하는 것은, 국가나 사회계층을 가리지 않고 개인과 집단의 정체성을 부각시키고자 하는 곳에는 으레 문화라는 낱말이 붙어 다니기 때문이다. 따라서 문화와 법의 역동성을 짚어 봄에 있어 그 출발은 당연히 문화개념형성의 시대 및 장소에 대한 이해가 아닐 수 없으며 특히 그 발원지인 유럽의 국가전통에 주목해야 마땅하다고 본다.

문화와의 관계에서 ‘법’은 사회와 인간관계를 제도화하기 마련이다. 뿐만 아니라 개인의 정체성형성, 가족관계상의 지위, 국적, 개인의 권리와 의무 및 그 제한의 정도 등에 있어 그 때 개 또한 ‘법’인 것이다. 결국 문화에 깊이 뿌리내림(deep rootedness)을 피할 길이 없다. 요컨대 법의 이 ‘문화 내재성(內在性)’을 간파한 학자가 사비니(Friedrich Karl von Savigny)뿐이었겠는가. 19세기 초반부에 벌써 이를 체계화하고, 법을 민족정신(Volksgeist)이라 했음도 이에 다름 아니다.

더구나 제정법은 필연적으로 언어의 형태로 나타나는 까닭에 같은 언어공동체에 있어 ‘문화동일성’은 당연한 시발이며 귀결이 아닐 수 없다. 결국 ‘법’이 ‘문화’와 분리될 수 없는 2인3각적 관계임을 뜻하는 것이다. 그러나 경우에 따라 이와는 다른 역설이 성립할 수도 있는 것이다. 오늘날 날이 갈수록 커지는 ‘다양성’의 결과 문화공동체로부터 차별받거나 배제되는 소수자들과의 문화갈등이 바로 그것이다.

이민, 노동력 이동, 외국인의 입출국 등으로 파악되던 인종·국적 중심주의가 어느덧 ‘다문화주의(multiculturalism)’라는 용어로 대체됨에서 나타나듯이 ‘문화’중심주의로 인식의 전환이 자리매김하고 있다. 즉 이 나라 저 나라를 가릴 것 없이 인종과 역사 그리고 종교 및 언어 등의 차이를 덧씌우는 완곡어법으로 ‘문화’를 듣기 좋게 빌려오고 있는 까닭이다. 다만 여기서 하나 지적할 점이 있다. 우리나라에서 인식되는 다문화주의는 지나치게 획일적이며 일방

5) 법률 제12134호, 2013. 12. 30 제정

적으로 강요된 ‘우리 문화에의 동화(同化)’ 즉 이기적이고 배타적인 자기중심주의라는 왜곡된 다문화의 또 다른 걸모습이라 하겠다.

바로 이 연장선상에서 당연히 ‘문화와 국가’ 넥서스가 떠오르기 마련이다. 이점에서 적어도 우리의 경우 묘한 우연성을 발견하게 된다. 이 땅에 ‘문화’라는 낱말이 최초로 등장한 용례는 20세기 이전엔 어디에도 없다. 공교롭게도 공적 문서상 최초 사례는 대한민국임시정부 임시헌장 제7조⁶⁾에서 발견되기 때문이다. 개화(開化)라는 낱말이 그 전에 있었으되 의미와 뉘앙스가 같지 아니하며, 비록 ‘임시’정부의 ‘임시’헌장⁷⁾이긴 하나 국가와의 연결고리를 선언한 문서에 문화(文化)가 최초로 등장하고 있다는 점은 예사롭지 아니하다. 당시 임시헌장과 의정원법의 기초위원이었던 조소앙이 채용한 문언(文言)으로 추정된다. 아무튼 근 100년이 지난 오늘 헌법에 문화관련 조항이 있고, 개인적으로는 동의하기 어려우나, 문화국가 지향으로 풀이들 하니 이 또한 짚어볼 일이 아닐 수 없다. 그것을 헌법의 기본원리로 이해하든 또는 국가목표규정으로 봄으로써 하나의 지침이나 방향의 제시로 파악하여 입법·행정·사법 등 국가기관에게 의무를 지움과 동시에 기준을 제시한다 풀이들 하고 있기 때문이다.

굳이 존 라이츠(John Reitz)의 표현을 빌리지 않더라도 법은 인간문화 전체의 융합된 한 구성부분(a part of the seamless whole of human culture)인 것이다.⁸⁾ 문화의 구성요소들이 규범세계에서 지속적으로 어떻게 작용하는가 하는 것, 다시 말해서 법과 문화의 교차(law and culture at the crossroads)현상은 우리의 탐구 대상이 아닐 수 없다. 여기서 법문화와 비교법은 바로 이 점에서 문화연구의 또 다른 보고(寶庫)가 되기 마련이다. 규범발생지로부터 법이 끊임없이 장소적 이동을 하기 마련이고, 특히 이질적 문화정체성의 국가사회로 계수되는 경우, 또 다른 법현상을 보게 되며 새로운 법의 지평을 열리는 셈이다.

그동안 이루어진 법계수의 양적 증대뿐만 아니라, 정보화의 심화가 초래하는 외국법령 및 판례의 교차인용(cross citation) 상시화와 교호성은 놀랄 만한 수준에 이르고 있음을 보게 된다. 그런데 아래에서 지적하겠거니와 국가경계의 쇠퇴(fading state borders)에 있어 큰 원동력을 제공한 것이 바로 법의 수렴현상인 점에 관하여 아무도 이의를 제기하지 않을 것이다.

뿐만 아니라 고급문화에 대응되는 대중문화가 바야흐로 시대의 대세를 이루고 있다. 이른바 문화의 대중화가 초래하는 폭발적 영향력과 개별 장르와 대중스타의 휘발성은 이제 더 이상 놀랍다 할 수도 없다고 본다. 오늘날 달라지는 정치 그리고 변화하는 민주주의의 여러 양태는 바로 이 같은 새로운 문화현상과 무관하지 않다. 우리의 ‘한류’ 현상은 물론이려니와

6) 1919년 4월 11일 공포

제7조 “대한민국은 인민의 의사에 의해 건국한 정신을 세계에 발휘하고 나아가 인류문화 및 평화에 공헌하기 위해 국제연맹에 가입함.”

7) ‘임시헌장’으로 시작하여 개정형식을 빌려 ‘헌장’, ‘약헌’, ‘헌법’, ‘약헌’으로 명칭을 바꾸었다.

8) John C. Reitz, How to Do Comparative Law, AJCL, vol.46, 617-636.

최근 문제영역으로까지 등장하고 있는 온라인게임중독증 등에 법이 어떻게 반응하고 또 하여야 하는지 흥미롭다 하겠다.

국적인의 국경을 넘어서는 이동과 활동, 그리고 귀화로 대표되는 국적의 변경 등 빠르게 달라지는 범세계적 현상을 보고 있다. 즉 이민과 노동력의 국제적 이동에 법률관계를 넘어 문화가 덧씌워지고 그를 오히려 압도한다. 이쯤하여 다문화주의라 한다. 우리 또한 어느새 깊숙이 들어와 있지 않는가. 관련 법률문제를 외면만 할 수는 없게 되어 있다. 요컨대 속도와 폭을 가늠하기 힘든 오늘날의 글로벌리제이션이 문화정체성과 문화다양성에 어떻게 영향을 미치고 있으며 안게 될 과제는 무엇인가 등에 주목하지 않을 수 없다.

II. 문화개념과 유럽의 문화전통

문화의 개념을 살펴보기에 앞서 먼저 지적되어야 할 점이 있다. 인문사회과학의 어느 분과이든 이보다 더 각양각색의 개념풀이를 하는 경우를 찾기 힘들다. 일상 생활어 문화와 학술 전문어 문화의 차이로부터, 사용하는 연관에 따라 설명의 편차가 너무 큰 것이 사실이다. 그 결과 혼란, 통제불능, 난해 등 문화의 정의와 관련된 불만과 경고가 쏟아지고 있다. 결국 문화 자체가 ‘장소와 때(Wo u. Wann)’ 반영성이 크고 날이 갈수록 ‘다양성(diversity)’확대가 두드러지고 있기 때문이다. 그만큼 설명자간의 펜들럼 폭이 크다는 뜻이다.

아울러서 이에 덧붙여 지적할 요점으로서 적어도 문화의 경우만은 그 용어의 발원과 발달이 철저히 유럽적이라는 점이다. 다시 말해서 그 어원의 배경이 되는 시대사조, 그 뒤의 유럽과 세계의 역사적 변천 그리고 특히 21세기로 진입한 이래 일어나고 있는 전지구적 차원의 여러 변화들 속에서 문화의 의미를 되새겨 보지 않는 한 진정한 이해는 어렵다고 보기 때문이다.

가장 평이한 출발점은 “인간이 태어난 그 자연상태를 넘어서는 단계로 부터 어떠한 형태이건 ‘문화’가 시작된다고 볼 것이다.”⁹⁾라는 설명에서 비롯된다. 바로 그 같은 의미에서 인간이야말로 본질적으로 문화적 존재가 아닐 수 없다. 그러나 우리가 논의할 문화가 반드시 고급문화에 한정된 것이 아니어도 그것을 만족할만한 개념풀이로 볼 수는 없을 것이다. 문화개념의 발원지라 할 서양에서 마저도 학문적 수준으로 개념정립이 가능하게 된 것은 그리 오래되지 않는다고 본다.

⁹⁾ “Culture begins at the point at which humans surpass whatever is simply given in their natural inheritance.”, Andrew Edgar & Peter Sedgwick, *Key Concepts in Cultural Theory*, Routledge, 1999, p. 102

라틴어에서 *cultra*를 찾을 수는 있으나 근대 이후 오늘날과 같은 의미수준으로 보편화된 것은 적어도 2세기를 넘지 않는다. 뿐만 아니라 이 문화 개념은 적어도 그 공고화 이전까지는 문명(civilization) 개념과 혼용되는 다소 혼란적 시기가 있었음과 더불어 프랑스와 독일에서의 그 용례 상의 차이처럼 유사하거나 다른 개념으로 상호 발전되어 온 것이다. 우리 헌법의 경우 전문과 3개의 조문(제 9, 11, 69조)에서 규정되고는 있으나 문화의 개념 자체를 정의하고 있지는 않다.

2013년 말 문화기본법이 등장하기 이전에는 문화에 대한 정의는 물론 그 포괄하는 의미영역까지도 구체화한 법령근거를 찾기 힘들었다. 굳이 친다면 정부조직법 제 35조 1항(문화체육관광부장관은 문화·예술·영상·광고·출판·간행물·체육·관광, 국정에 대한 홍보 및 정부발표에 관한 사무를 관장한다), 지방자치법 제 9조 2항 5호(제1항에 따른 지방자치단체의 사무를 예시하면 다음 각 호와 같다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있으면 그러하지 아니하다. 5. 교육·체육·문화·예술의 진흥에 관한 사무). 요컨대 여기서 확인되는 것은 문화 개념에 포용되는 범위에 학문, 종교, 교육, 예술 등이며 날이 갈수록 그 범위를 넓혀가고 있다는 점은 분명하다.

한편 위에서 지적하였듯이 제정된지 아직 1년이 채 안 되는 우리의 문화기본법 제3조(정의)가 내리고 있는 정의를 살펴보기로 한다.

“이 법에서 ‘문화’란 문화예술, 생활양식, 공동체적 삶의 방식, 가치 체계, 전통 및 신념 등을 포함하는 사회나 사회 구성원의 고유한 정신적·물질적·지적·감성적 특성 총체를 말한다.”¹⁰⁾ 여기에서 보듯 앞부분에서 부터 동어반복으로써 다소 조잡성을 드러내고 있다. 즉 “...문화란 문화예술 ...등을...포함하는...말한다.”

이와 관련하여 근년에 유네스코 중심으로 국제적인 전문가그룹이 작성한 “문화권에 관한 프리부르선언”¹¹⁾이 주목을 받고 있으며 가장 진진된 연구성과로 평가되고 있다. 12개 조문으로 구성되어 있는 바, 이 가운데 제2조가 정의 규정이며, ‘문화’ ‘문화정체성’ 그리고 ‘문화공동체’로 나누어 다루고 있다.

[정의 : 문화]

개인 또는 집단이 인간성과 그들의 존재와 발전에 부여하려는 의미. 문화라 함은 가치, 믿음, 신념, 언어, 지식과 예술, 전통, 제도와 삶의 방식 등을 모두 가리키는 것으로서 이를 통

10) 위 5)

11) P. Meyer-Bisch (ed.), UNESCO, Fribourg, 2007 : www.unifr.ch/iiedh

하여 개인과 집단이 그들의 인간성과 그들의 삶의 존재 및 그 발전에 부여하는 의미를 표현한다.

[정의 : 문화정체성]

개인이 개인적으로 또는 그 공동체의 다른 사람들과 더불어 정리, 구성, 소통하거나 또는 자신의 존엄성을 인정받기를 원하는 방법으로 문화를 언급하는 전체. 개인이 독자적으로 또는 타인과 결합하여 사람답게 인정받을 수 있는 바를 정의하고 또 그 내용이 무엇인지를 구성하고 소통함에 있어 문화에 관한 논의의 전체를 가리킨다.

[정의 : 문화공동체]

구성원들이 함께 보존하고 발전시키려 하는 공통의 문화적 정체성을 구성하는 것이 무엇인가에 관하여 생각을 공유하는 인간집단을 가리킨다.

기본적으로 우리 문화기본법이나 유네스코 정리나 문화를 실용적 관점에서 접근하고 있다는 점에서는 유사하다. 여기서는 다루지 않았지만 유네스코의 FCS (Framework for Cultural Statistics)로써 문화 측정을 계량화 하는 경우, 가치 믿음 같은 항목을 어떻게 처리하느냐 하는 딜레마에 빠지게 된다. 더구나 글로벌화의 확산, 문화호환성(Interculturality)의 확대로 이전과 달리 문화 정체성에 변화가 일어나고 있는 까닭이다. 요컨대 문화다양성이 두드러진 대세를 이룸은 부인할 수 없다.

아무튼 분야별 전문학자, 법령상의 정의, 그리고 유네스코 등 국제기구의 전문가 그룹이 내린 문화에 관한 정의를 훑어보았거니와 내용과 개념적 구성요소에 있어 불일치수준을 넘어서서 가히 혼란 그 자체라 할 것이다. 당연히 그 뒤에 있는 국가 또는 사회 사이에 존재하는 차이와 갈등으로부터 기인된 것인 만큼 그 배경에 대한 이해가 요청되는 것이다. 동시에 이는 계속 발전중(developing)이며 확장적(expansionary)이고 지나치게 포괄적(all inclusive)인 개념으로 치닫고 있음은 분명하다.

유럽적 배경을 지적하였거니와, 기본적으로 독일어나 영어에서의 ‘문화’는 프랑스어에서 차용한 것이 분명하다고 알려져 있다. 즉 오늘의 ‘culture’는 계몽주의 언어이긴 하나, 이 시대 사조의 기원이 영국이었음에도 불구하고, 그 어휘의 발전만은 프랑스에서 이루어졌다고 보는 것이 일반적이다. 동시에 초기에는 culture와 문명화를 의미하는 civilisation이 거의 단일 개념 내지 유사 개념으로 통용되었다. 결국 합리성추구를 통해 인류를 이끌어 내야 한다는 함의를 가졌다. 물론 뒤이어서는 이 둘이 대립적, 대항적 개념과 인식으로 그 기반에는 각기 다른 세력에 둘러싸이는 시기도 거치게 됨은 물론이다.

한편 독일의 Kultur는 이웃 프랑스로부터 전래되어 궁정귀족정치에 대항하는 부르주아 지식층이 애용하였다고 한다. 그 결과 진실과 진리 그리고 풍요한 정신세계는 ‘문화’로, 이에 반해 경박하고 표면적이고 세속적 세련성은 ‘문명’으로 봄에 따라 대립과 갈등은 필연적이 될 수밖에 없었다. 19세기에 들어서면서, 정치적 분열상을 극복하여 단일 민족국가를 수립한다는 것이 1차적 목표였다. 뿐만 아니라 이어서 언어 및 문화영역에서는 독일어의 회복, 독일적인 것의 종합화와 같은 당면한 목표는 결국 문화영역에서의 단일화를 가리키며 이 또한 최우선적으로 출발해야 한다는 점에 합의가 이루어지고 있었다. 이것이 훗날 문화국가(Kulturstaat) 지향으로 나타나게 되었음은 물론이다.

아무튼 프랑스에서의 culture 개념에는 인류의 단일성과 보편성이 강조되는 결과 집단적 의 미로서의 문화는 곧 ‘인류문화’인 것이다. 굳이 그 함의를 구별한다면 culture는 개인적 진보, civilisation는 집단적 진보를 뜻하는 것이었다. 즉 독일의 ‘문화 개별성’ 인식과는 대조를 이 름이 분명하다. 이들 상이한 문화관 내지 문화인식이 극명하게 나타난 것은 다른 무엇보다도 제1차 세계대전이었다. 굳이 표현한다면 독일의 ‘문화옹호주의’와 프랑스의 ‘문명화 우선주의’의 대립이었기 때문이다.

이에 비해 영국·미국의 경우는 문화를 주로 공동체 삶의 형태 내지 그 방식으로 접근한다고 볼 것이다. 한국은 2013년 말 제정한 문화기본법 제 3조에서 문화에 대한 정의를 다음과 같이 하고 있다. “...한 사회의 개인과 집단의 감성을 표현하는 가치, 활동이나 제도”라고 규정한다. 결국 특별한 성격과 특색이 있다고 하기보다는 문화개념의 확대를 뜻하며 지나치게 포괄적이며 비제한적인(open-ended) 정의인 셈이다.

이미 앞에서 지적하였듯이 몇 세기에 걸친 ‘문화’에 관한 논의는 인류학 사회학의 학문적 영역확대와 연구의 심화를 초래하였는바, 이보다는 다소 지연되었다고 하나 법인류학 및 법 사회학에서 또한 문화는 줄기찬 탐구대상이 되고 있다. 즉 집단적인 믿음, 가치, 전통, 애착, 견해 등에 주안점(foci)을 두고 이들이 규범세계에서 지속적으로 어떻게 작용하는가를 법과 문화의 교차점¹²⁾이라 보기도 한다.

Ⅲ. 문화와 국가

이미 앞에서 지적한 바와 같이 우리의 경우 공적 문서에 처음으로 ‘문화’라는 낱말이 등장한 것은 대한민국 임시정부헌법으로서 세 번의 용례를 볼 수 있다. 1) 1919년 4월 11일의 대

¹²⁾ Roger Cotterrell, Law, Culture and Society, Ashgate, 2006, p.97

한민국 임시헌장 제 7조 “...인류의 『문화』급(및) 평화에 공헌하기 위하여 국제연맹에 가입 함”, 2) 1941년 11월 25일의 건국강령 총강 “...국토와 주권과 경제와 『문화』를 가지고...”, 3) 1944년 4월 22일 마지막 개정본인 임시헌장 전문 “...시대의 취향에 순응하여 정치, 경제, 『문화』 기타 일체 제도”

제헌헌법 이래 우리 헌법은 전문과 본문에서 주로 국가·사회의 모든 영역을 열거함에 있어 그 하나로서 ‘문화’를 규정해온 것에 덧붙여 현행의 헌법 제 9조는 . 이들 경우와는 달리 현행헌법은 전문 및 두 개 조항에 덧붙여 아예 문화 관련 사항을 그 내용으로 하는 독립조항을 두고 있는바 제9조가 바로 그것이다. 따라서 이 같은 헌법상의 문화조항은 당연히 문화와 국가의 관계를 짚어봄에 있어 그 출발점이 되지 않을 수 없다.

‘문화’의 구성내용이 무엇이며 국가와의 관계가 어떠한 것인가를 살펴봄에 있어 여기서 눈여겨 볼 대목이 있다. 1919년의 임시정부 헌장에서는 추상적으로 “인류문화”라 함에 그친 반면, 1944년의 헌장에 들어오면 이미 “정치, 경제, 사회, 문화”와 같은 사회체제 내지 국가·사회영역을 열거하는 가운데 그 하나로서 문화를 들고 있기 때문이다. 탈컷 파슨스(Talcott Parsons)의 사회체제이론을 연상케 하며, 그 같은 열거주의는 오늘에까지 이어지고 있다. 아무튼 이때의 문화영역이 포용하는 구체적 구성이 무엇이었는데는 분명치 않으나 교육, 학문, 예술, 종교이었으리라 짐작되며 그 점에 관한 한은 오늘날 또한 이를 벗어나지 않는다고 본다. 그러나 많은 경우 거의 고정관념상의 표현으로 ‘문화예술’로 쓰고 있으나 사실 ‘문화’의 구성내용에 예술이 포함되어 있는 이상 그 같은 용어 자체도 불필요하고 논리적이지도 않다고 하겠다. 물론 계속 강조하거나, 오늘날 문화의 내용적 구성이 끊임없이 확대되고 있으며, 새로운 발전된 현상 내지 생활양식, 정보화된 사회양태 등이 포용하고 있음은 두 말할 필요도 없다. 앞에서 문화의 개념적 발화와 그 전개가 철저히 서유럽 중심이었음을 지적한바 있다. 아울러서 그 때 빠트릴 수 없는 측면은 근대 서유럽 사회를 지배하던 국가사상 및 시대사조라는 점이다. 즉 이로부터 문화와 국가의 관계를 짚어볼 수 있기 때문이다.

당연히 이 경우 제기되는 논의는 헌법 제9조로부터 우리나라를 이른바 “문화국가” 지향으로 규정할 수 있느냐 하는 문제이다. 왜냐하면 ‘문화’라는 용어가 임시정부 헌법부터 그리고 제헌헌법 이래 역대 개정헌법에 등장은 하였으나 ‘문화국가’를 주장하지도 또 그 헌법원리가 대체를 이루지도 않았기 때문이다. 유일하게 김기범 교수가 문화국가주의를 교과서에서 서술은 하고 있으나 그 소제목도 “문화국가(복지국가)주의”¹³⁾라 함에서 드러나듯 복지주의와 동의어로 쓰는, 이해하기 힘든 서술이라서 달리 논의의 대상이 되지를 않았다. 예컨대 “문화국가이념을 실현시키기 위해서는 일면에서는 경제적 약자인 근로대중을 보호하는...타면에 있어

13) 김기범, 한국헌법, 교문사, 1973, 78면, -----, 헌법강의, 법문사, 1963, 104면

서는 경제적 강자인 독점자본가의…경제적 자유를 어느 정도 제한하지 않으면 안 된다.”¹⁴⁾

1980년의 개정은 이른바 국보위 중심의 밀실 하향식 개정으로서 구체적으로 누구에 의해 문화조항 제안이 이루어졌는지 기록으로 확인 할 길은 없다. 다만 분명하리라고 추정되는 점은 비정치적인 외양인 ‘문화’를 통해 강압정치를 순화하면서 정당성결핍을 치유하려는 계산에서 나온 것이 아닌가 한다. 뒤이은 ‘국풍81’라는 초대형의 관계문화행사 등이 이를 웅변하기 때문이다. 요컨대 문화 본질을 위한 문화조항의 신설이었던지는 의문이 아닐 수 없다.

후버(E.R. Huber)의 문화본질론과 그림(Dieter Grimm)의 문화와 국가 분류론이 소개된 것은 1980년과 1987년의 헌법개정으로 문화조항이 개설되고도 10여년이 훨씬 지난 뒤의 일이다. 헌법의 기본원리이든 국가목표이든 전문가도 이를 논증하고 법리를 구성함에 있어, 본말이 전도되고 그 만한 시차라면, 더 이상 어떻게 그 적실성을 설명할 것인가. 요컨대 이에 대한 새로운 논의가 이루어지길 바랄 뿐이다.

다시 서유럽전통에 관한 논의로 되돌아가 ‘문화’ 또는 ‘문명’ 용어의 발아기 지적 토양을 살펴 보지 않을 수 없다. OO주권, OO국가와 같은 명명이 다소 도를 넘어서고 있는 것 같다. 물론 그 배경에는 특정국가 구체적으로는 독일이다. OO국가¹⁵⁾ 명명의 경우 경우에 따라 이해를 돕고 구분의 명료화를 위해 학습과정에 필요함은 충분히 인정 된다고 본다. 다만 그 배면에 깔려있는 국가중심성과 국가주도성 같은 국가주의의 한국식 표현이라는 점을 간과해서는 안 될 것이다.

19세기 후반 비스마르크의 국가통합 당시만 하여도 30여개의 대소공국들의 결합을 가능케 하기 위한 촉매제를 다름 아닌 ‘문화’에서 찾았기 때문이다. 이 과정에서 분열을 극복하기 위해서 게르만인에게는 공유하는 무엇인가가 있음을 개발하기 위하여 문학가, 음악가, 사상가 등이 앞장서게 되었고 이를 당연히 지지한 세력은 통합주의자 정치인들이었던 것이다. 이것이 훗날 문화국가(Kulturstaat)지향으로 나타나게 된 것이다.

요컨대 “독일 특유의 가부장제적인 정치·사회·문화의 조건, 편협한 독일의 민족주의 그리고 농후히 독일적인 신비주의와 선민의식”¹⁶⁾ 등이 이 같은 19세기 및 20세기 초 문화국가주의의 토양이 아닐 수 없다. 다시 말해서 제1차 세계대전을 거쳐 외형상의 근대국가체계는 바이마르 공화국으로써 완성하였으나 이념과 의식이 그를 따르지 못하였음이 분명하다. 즉 사상과 의식의 심층적 변화를 거친 경우가 아닌 까닭에 히틀러에게 지배의 길을 터준 셈이기 때문이다.

14) 위의 책 한국헌법, 79면

15) Obrigkeitsstaat, Beamtenstaat, Burgerstaat, Nationalstaat, Rechtsstaat, Gesamtstaat, Volksstaat, Parteienstaat, Fuehrerstaat, Sozialstaat, Wohlfahrtstaat, Machtstaat, Militaerstaat, Klassenstaat, Polizeistaat, Personenverbandsstaat, Gewährleistungsstaat

16) 권영설, 헌법이론과 헌법담론, 법문사, 2007, 25면

여기서 다시 문화와 국가의 넥서스를 되새겨보지 않을 수 없다. 다시 말해서 대한민국의 경우 어떤 논리로 문화국가일 수밖에 없는가에 앞서 제9조와 제69조가 문화국가를 규정하고 있는 것으로 본다는 것은 논증의 순리가 아니라고 하겠다. 문화의 자율성 보장, 적극적인 보호 육성, 그리고 평등의 보장으로 그것도 뒤 늦게 설명하고 있기 때문이다.

아울러서 우리 헌법재판소의 이와 관련된 특정 외국의 법리와 판례에 대한 편향이 엇보인다. 그리고 아예 한 걸음 더 나아가서 국가의 문화풍토조성이라는 정책실현에 초점을 두면서 국가적 개입과 그 정도를 제시하고 있어 향후 판례도 주목하게 된다. 기왕 ‘문화와 국가’에 관한 한 독일 영향을 숨길 수 없다면 1990년 독일의 통일기본법 개정이 완성되는 과정에서 특히 기본법 제20a조에 신설된 또 하나의 국가목표규정으로 대등하게도 중요성을 인정받는 환경보호조항에 주목할 필요가 있다고 본다.

다시 말해서 1983년 당시 서독 전문가위원회의 보고서(Bericht der Sachverstaendigenkommission)는 헌법법리상 문화유산보호와 유사성이 큰 ‘환경보호’를 국가목표규정으로 신설함에 우선순위를 둔 것이다. 결국 미래에 타당할 헌법상 국가목표로 Kulturstaat 지향을 포기하였다는 것을 의미한다. 문화의 중요성을 인정치 않았다는 뜻이 아님은 물론이다.

IV. 문화와 법의 교차

1. 법문화

대체로 법문화(legal culture)란 법제도에 관하여 일반인이 알고 있는 지식, 태도 및 행태를 총칭하는 것으로 가장 간단히 규정할 수 있겠다. 또 달리 풀이하면 문화 전체와 유기적으로 관련된 관습의 총체라 하겠다.¹⁷⁾ 한 마디로 말해서 법문화도 문화의 한 구성부분이라 할 수 있음은 물론이다. 그 가운데서 법에 대하여 또는 법으로부터 관습, 의견, 행위 및 사고의 방식에 있어 특정한 방법으로 사회세력을 형성하게 하는 전체 문화의 한 구성부분을 법문화라 부르는 것이다.

결국 여기서 주안점은 법과 관련된 인식과 행태의 클러스터라는 점이다. 그리고 이 둘은 대단히 밀접하게 상호연관 되어 있기 때문이다. 요컨대 법문화에 있어서 구성요소는 법과 관련된 태도, 가치, 의사라고 할 수 있다. 경우에 따라서는 여기에 덧붙여 법제도에 대한 일반인의 믿음을 덧붙이기도 한다. 물론 이 경우 이런 요소들이 무엇을 구체적으로 포함하는 것이고 어

¹⁷⁾ L. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, 1975, pp.193-194.

떠난 부분이 이로부터 배제될 것인가 하는 것은 사실 분명치 않은 경우가 많은 것이다.

다시 말해서 문화 자체가 개인적인 편차나 환경적 편차 등을 인정하는 까닭에, 흔히 주어진 문화는 이 같은 구성요소들의 총화(aggregate) 개념으로 본다. 그러나 개념정의에 있어 이는 또 다른 딜레마의 출발점이 된다. 왜냐하면 구체적으로 한국의 총화와 다른 국가의 총화를 현실적으로 어떻게 견주느냐를 과학화하기 쉽지 않기 때문이다. 따라서 부차적이고 상관관계가 적으며, 또 자의적인 요소들이 제외된 그 잔여(residue)를 문화라 한다는 다소 황당한 논리에 도달하게 된다. 요컨대 법문화의 정의는 이처럼 복잡하거나 논리적이라고만 볼 수 없는 방법론상의 문제점을 안게 됨에 따라, 결국 과학적인 정의를 내리기 힘들다는 뜻이 된다.

심지어 프리드먼마저도 법문화가 법과 국가발전의 인과관계에 있어 하나의 요소라는 점은 분명하다고 인정한다. 따라서 법사회학의 이론구성에 있어 설명의 한 요소라는 점 또한 사실이다. 요컨대 이것으로써 법문화에 대한 명확한 설명이 되지 못하는 까닭에 더 구체화되고 객관화된 합리적 정의가 나와야 한데 대한 요청은 공유되고 있다고 본다. 이것의 가장 큰 요인은 바로 ‘문화’ 그 자체의 의미가 확장적이고 비일률적이며 혼성적인 까닭에 있다고 본다. 바로 이 점은 많은 인류학자들이 보는 견해이기도 하다.¹⁸⁾

어느 국가나 다 특정한 법문화를 가지고 있다. 다시 말해서 전체 법제도를 대표하는 특정한 성격을 나타낸다고 보기 때문이다. 즉 지배적인 법사상, 법 스타일 등으로 대표되기 때문이다. 그러나 이 또한 법문화 정의의 어려움과 같이 똑같은 문제를 안기 마련이다. 어떤 측면을 주로 관찰하고 어떤 측면에 주안점을 두냐에 따라서 복수의 법문화로 규정할 수 있다. 이를테면 주어진 국가 또는 사회의 경우에도 부유층과 빈곤계층에 각기 다른 법문화가 존재한다고 볼 수도 있고 인종을 기준으로 할 때 흑·백·황인종에 각각 타당한 법문화를, 그리고 성별에 따라 남성과 여성 법문화를 달리 파악할 수도 있기 때문이다.

사회구성이 복잡적일수록 법문화 또한 복잡적 성격을 더욱더 띠게 마련이며 이념적 갈등이 심하거나 종교분쟁이 있는 국가 또는 사회일수록 관련된 법문화의 클러스터는 더욱더 복잡한 양상을 띠게 됨을 물론이다. 따라서 법문화를 크게 보아 두 갈래로 파악할 수 있는바 가장 큰 차원에서 이를테면 역사적 흐름 또는 세계의 권역별 특성과 같이 광범위한 기준에서 비교를 할 때의 법문화가 있을 것이며 다른 한편 사회과학적 차원의 법다원주의를 인정하는 차원에서 비교하는 경우가 있을 수 있겠다.

2. 비교법

보는 시각에 따라서 비교법은 법 그 자체와 같이 오랜 역사를 가졌다고 보며 법의 존재

¹⁸⁾ C. Geertz, *The Interpretation of Cultures*, Basic Books, 1973, pp.4-5

그 자체와 함께 오래된 경우로 설명하기도 한다.¹⁹⁾ 대체로 주어진 연구 분야가 독립된 과학으로서 인정받기 위하여서는 독자적인 연구목적, 연구방법론 및 연구대상을 가져야 된다. 비교법이 독자적인 학문영역인가에 대하여서는 상당히 긴 시간에 걸쳐 논란이 되어 왔다. 다시 말해서 법에 관한 ‘연구방법론’이지 법학의 독립된 분과는 아니라는 주장이 한동안 대세를 이루었기 때문이다.

그러나 오늘날 비교법의 유용성에 관한 논의는 이제 더 이상 의심과 논쟁의 대상에서는 벗어났다고 본다. ‘비교법론’으로서 법학의 독자적 분과로 인정을 받고 있다고 할 것이다. 아무튼 그럼에도 불구하고 그 핵심이 여전히 ‘비교방법론’에 있음은 분명하다. 연구대상이 되는 2개 이상 ‘국가’ 또는 ‘공동체’의 법을 견주어 분석함에 있어 그들이 담고 있는 ‘문화’요인은 당연히 불가분의 관계에 있다 할 것이다. 즉 이동성(異同性), 다시 말해서 비슷한 점과 다른 점의 식별과 분석 및 이해를 위하여서는 관련 문화배경의 이해가 무엇보다 중요하기 때문이다.

법에 문화한이 아닌 이상 언어 및 법계(法系)에 관한 최소한의 이해를 바탕으로 하더라도 다양한 문화배경과 여러 문화요인들이 제기하는 역동적 측면은 비교법의 연구효용성을 가늠하는 경우가 많다. 이 같은 연관에서 유사점과 차이점에 대하여 ‘지나치게’ 중요성(overemphasis of similarities, overemphasis of differences)을 둘 필요는 없다고 지적하는 전문가도 물론 있다.²⁰⁾ 그러나 표면상의 이동성(異同性) 발견과 분석에만 몰입하고 집착하는 경우에는 자칫 잘못된 결론에 다다를 수 있는 위험성이 있기 때문이다. 바로 여기에서 문화의 중요성이 강조되는 까닭이 있는 것이다.

최근 비교법에 나타나고 있는 새로운 경향을 가리켜 ‘포스트모던 비교법(Postmodern Comparative Law)’이라 부르기도 한다. 물론 전통적 비교법학자들은 그 같은 용어 자체내지 명명을 인정하지 않는 경우도 있는바, 지나치게 법외적인 학문적 지향성에 휩쓸릴 필요가 없다는 것이다. 다시 말해서 철학과 인류학, 국제정치학 등의 새로운 경향에 매몰될 필요가 없다는 점이 아닐 수 없다. 왜냐하면 이는 20세기중반 이래 상당기간 세계를 지배해왔던 양극화 현상으로부터 미국이 유일 슈퍼파워인 단극화 시대가 전개됨에 따라 펼쳐진, 세계적 차원의 법 현상을 지칭하는 것이다. 조지 W.부시 행정부 이래로 부쩍 대두된 신조어라 하겠다.

당연히 이 포스트모던 비교법이 보편적으로 인정되는 명명 내지 지향성이라 할 수는 없으나 그 배경에 반이슬람, 반국제테러라는 문화요인이 상당히 깔려 있음은 부인하기 어렵다고 본다. 동시에 농후히 미국편향이 큰 시각의 반영이 아닐 수 없다. 바로 이점을 인정한다 하더라도, 점차 대두하고 있는, 부인 못할 흐름 속에서 등장한 것이 다른 아닌 ‘문화내재 법

¹⁹⁾ Gyula Eoersi, Comparative Civil Law, Akademiai Kiado, 1979, p.17

²⁰⁾ Mathias Siems, Comparative Law, Cambridge University Press, 2014, pp80-94

(Law embedded in Culture; Culture-embedded Law)’이다. 1950년대 이래로 인문과학 및 사회과학에서의 물질주의와 이데올로기 중심성이 바야흐로 문화중심성으로 접근방법상의 변화경향을 나타내기 시작하였음을 뜻하기 때문이다. 이것을 다른 표현으로 문화전환이라고 부르기도 한다.²¹⁾

결국 이른바 포스트모던 비교법에서는 법을 단순히 어떤 기술적 도구로만 봐서는 결코 안 되고 문화의 한 구성요소로서 법이 갖는 중요성을 강조한 것은 분명하다고 할 것이다. 아예 한 걸음 더 나아가서 ‘문화로서의 법(law-as-culture)’이라고까지 명제를 새롭게 설정함 동시에 비교법에서 문화의 중요성을 다른 무엇보다 으뜸가는 것으로 주안점을 달리 설정하게 된 것이다. 그에 따라 많은 학자들이 법과 문화의 상호관계에 관한 연에 집중하기 시작하였음은 물론이다. 여기서 접차 나온 신조어가 앞에서 지적한 바와 같이 ‘문화내재 법’이다.

요컨대 사회과학적 및 기타 학제적 연관에서 주어진 국가의 법을 분석하고 판단해야 한다는 뜻이며 관련법 분야에 따라 그 문화적 요소의 중요성은 커질 수가 있다는 뜻이 된다. 특히나 오늘날 글로벌화의 폭과 속도가 커지고 있는 상황에서 또 그 결과 법의 계수와 법계 간의 법수렴이 뚜렷한 상황에서는 과거보다 문화요인이 더 커지고 있음에 주목해야 할 것이다

문학작품과 영화의 심심찮은 소재로 ‘법’이 등장하게 되고, 존 그리샴(John Grisham), 애거서 크리스티(Agatha Christie)등의 법을 소재로 한 외국소설과 영화가 생활의 한 부분이 되었으며, 우리의 방송드라마들도 그와 크게 다름이 없다. 그렇다고 하여 이들 법소재의 문화예술장르 작품들 속에서 맛닥뜨리는 법지식과 내용들이 정확하고 체계적이라는 뜻은 물론 아니다. 다만 이들 단편적 관련지식의 축적과 활용은 결국 해당 국가나 공동체의 법이 그 만큼 질적 양적으로 더 풍부해 지고 문화 속에 깊숙이 자리하게 되었다는 점만은 분명하다 그에 덧붙여, 아래에서 다시 다루겠거니와 교통의 경이적 발달, 정보화 및 글로벌화의 확대는 이 추세를 이제 더 이상 거스를 수 없게 하고 있는 것이다.

3. 대중문화

일반적으로 대중문화(popular culture)의 역사는 문명의 초기 내지는 인간의 사회적 관계가 조직화될 때로부터 비롯되었다고 할 수도 있겠지만, ‘인민’의 세력화가 두드러지기 시작한 ‘민주혁명의 시대’로부터 본격화 하였다고 해야 옳을 것이다. 즉 18-19세기 들어 수(數)적으로 다수를 이룬 이들 대중의 정치·사회적 역할이 커지고, 뒤이어 서유럽의 경우 ‘도시중산층’이 형성되기 시작하면서 이른바 고급문화(high culture)에 대응되는 대중문화가 자리잡기

²¹⁾ Austin Sarat and Jonathan Simon (ed), Cultural Analysis, Culture Studies and the Law, Duke University Press, 2003, pp1-2

시작하였기 때문이다. 물론 이때 초기의 이른바 고급문화는 주로 궁정중심 내지 귀족중심으로 형성된 것이었음은 물론이다.

20세기 중반 제2차 세계대전의 종전은 대중문화의 성격변화에 큰 기폭을 이루게 된다. 즉 양적 도약(quantum leap forward)의 결과 문화의 ‘대중화(massification)’²²⁾현상이 나타났기 때문이다. 사실 19세말부터 시작되긴 하였으나 본격적으로 라디오·텔레비전의 대규모 시청, 자동차보급의 확대와 스테이션왜건형 자동차생활, 생활편의와 레저의 보편화 등으로 대중문화가 새로운 국면을 맞게 된다. 이 가운데서 특히 주목할 점은 바로 매스미디어와 대중문화의 결합이라 하겠다.

민주주의의 신장 특히 선거권의 보편화에 따른 의회, 정당, 선거 등으로 대표되는 정치과정에 시민의 세력화는 곧 대중문화의 ‘정치화’를 초래하지 않을 수 없기 마련이다. 바로 여기에 법과 대중문화의 넥서스는 필연적이게 되는 것이다. 합법성에 대한 요청만으로 충족되던 정치질서 사회질서에 ‘문화적 정당성’²³⁾까지 갖추어야 하기 때문이다. 이때 수적 우위성과 대중과의 소통력에 바탕을 둔 대중문화의 영향력이 이른바 고급문화에 뒤지지 않으며 경우에 따라서는 압도하게 된다.

외국의 경우 대중문화가 시대의 아이콘으로 등장하며 가공할 영향력행사의 사례를 흔히 ‘시민 케인(Citizen Kane)의 오손 웰스(Orson Welles)’나 ‘사계의 사나이(A Man for All Seasons)의 감독 프레드 진네만(Fred Zinnemann)’을 보기로 든다. 그러나 사실 우리나라의 경우도 그에 다름 아니다. 영화 연극인이 지난 3개 정부에서 각료²⁴⁾를 지내거나, 젊은 방송인들의 정치적 의사표현이 강력한 영향력을 행사해온 우리의 경우도 결코 우연이 아니며, 한걸음 더 나아가 이념논쟁을 불러온 바 있음을 기억할 것이다.

요컨대 오늘날의 대중문화는 사회적 소통력 특히 다양한 표현행위를 통한 침투력이 압도하는 수준인 까닭에 당연히 그에 대응되는 규제의 영역을 중심으로 법리가 전개되고 있다. 비단 정치·사회적 영향력이 폭발적인 대중집회나 전파미디어는 물론이거니와 일상화된 SNS 등 때와 장소를 가리지 않고 그 휘발성을 더 하고 있다. SNS의 보편화는 또 다른 많은 법적 분쟁의 소지를 잉태하고 있다고 본다.

이를테면 2009년에 있었던 사례를 보기로 들어 살펴보기로 한다. 5살짜리 어린이가 특정가수의 노래와 율동을 따라하는 UCC를 자신의 블로그에 업로드함에 따라 한국음악저작권협회가 저작권침해를 주장하게 된 경우이다. 포털업체 네이버는 그 삭제요청을 받고 저작권자의

22) Richard K. Sherwin (ed.) *Popular Culture and Law*, Ashgate Publishing Ltd., 2006, p.554

23) Franco Moretti, *The Comfort of Civilization*, 12 Representations 115, at 115-116 (1985)

24) 김대중 정부의 손 숙 장관 : 노무현 정부의 이창동 장관 김명곤 장관 : 이명박 정부의 유인촌 장관

요구에 따라 삭제조치를 취하였다. 여기서 문제의 소재는 ‘저작권 보호요청’과 이에 대응하는 ‘문화적 소통의 자유’ 즉 정보문화향유권 보장의 대립이라는 법률문제에 있었다.

여기에서 저작권법을 들어 내세운 근거는 2000년의 대폭개정으로부터 최근의 한·EU FTA 및 한·미 FTA를 반영하는 법개정 등 기본적으로 저작권이 강화된 입법임은 물론이다. 이에 대응하여 이른바 문화향유권이 우선되어야 한다는 주장이 맞서게 되었다. 아무튼 한국 음악저작권협회는 문제의 게시물에 대한 게시중단을 요구하면서 손해배상을 제기하였고 1·2심 법원은 모든 동영상 등의 게시물은 저작권법상의 복제전송에는 해당되지만, 그 이용행위는 ‘공표된 저작물의 인용’에 해당됨에 따라 직접적인 저작권침해를 구성하지는 않는다는 판결을 내렸다.²⁵⁾

현재 당면한 대중문화관련 법의 논의는 주로 ‘인터넷게임 개인중독’을 둘러싼 규제 문제에 집중되고 있다고 본다. 당연히 우리나라는 온라인 게임산업에 있어 세계 유수의 국가 가운데 하나이며 마약·도박·알콜과 더불어 주요 중독증으로 게임의 문제가 불거짐에 따라 이에 대한 강력한 규제입법론과 이를 막기 위한 대중문화예술 관련단체들의 이해대립이 핵심을 이루고 있기 때문이다. 다시 말해서 게임중독을 종합적으로 관리하기 위한 정부기관을 만들고 그에 따라 규제를 강화하자는 내용의 법률안이 현재 발의되어 있는 상태이다.²⁶⁾

물론 이와 관련하여서는 논란의 출발점이 게임을 즐기는 것과 지나치게 몰입하는 것에는 어떤 차이가 있으며 중독성 판단의 기준이 무엇인가 등이 치열한 쟁점의 대상이 되기도 한다. 현재 정부는 미래창조과학부의 발족과 더불어 게임산업의 육성에 대한 강력한 의지를 밝힌바 있음은 물론이다. 그런가 하면 여당대표의 교섭단체대표 연설에서는 게임중독을 4대 중독규제대상에 포함시켜야 된다고 역설함에 따라 정부정책상 혼란이 야기되고 있기 때문이다. 22개 문화예술단체들은 ‘게임 및 문화콘텐츠 규제개혁을 위한 공동대책위원회’를 발족하는 등 강력히 맞서고 있다. 따라서 상당한 기간 이를 둘러싼 논란이 계속 될 것으로 예상된다.

또 다른 측면에서 우리 대중문화의 대외적 현상으로서 ‘한류’를 들지 않을 수 없다. 기본적으로 TV드라마, K-pop, 영화로 시작한 이른바 1세대 한류는 일본과 중국 등 일부 중화권 국가를 주로 대상으로 한 것이었다. 이제 바야흐로 이른바 ‘제 2세대 한류’ 내지는 ‘신 한류’의 시대에 접어들고 동시에 그 대상권역 또한 일본·중국·대만을 넘어서 몽골, 거의 대부분의 동남아시아, 중앙아시아는 물론 중동지역과 일부 중·남미지역에까지 그 인기몰이를 이어가고 있다고 한다. 기존의 장르는 물론이거니와 우리 전통생활 및 전통음악과 결합된 퓨전문

25) 서울고등법원 2010.10.13 선고 2010나35260 판결

26) 게임 관련 법안 3개: ‘인터넷게임 중독 치유 지원에 관한 법률안’ (손인춘 의원 대표발의), ‘중독 예방·관리 및 치료를 위한 법률안’ (신의진 의원 대표발의), ‘콘텐츠산업 진흥법 일부개정 법률안’ (박성호 의원 대표발의).

화, 녹색관광, 그리고 한국 특유의 IT기술과 접목한 이른바 디지털한류 새 장르를 개발하고 있다. 또 프로그래머들로 대표되는 e-스포츠 영역 또한 한국이 주도하고 있는 영역이라 할 것이다.

아래에서도 다루겠지만 지난날 ‘정체성’ 중심의 ‘닫힌 문화’는 보편성으로 덧씌움에 따라 이른바 ‘열린 문화’로 지향하고 있음은 미래의 한류가 지역확대와 새로운 트렌드의 수용을 반영하고 있기 때문이다. 다시 말해서 사물놀이에 바탕을 둔 난타나 태권도에 바탕을 둔 점프는 이의 대표적인 보기가 아닐 수 없다. 하급문화 및 전통문화는 고급문화와 결합하여야 할 과제를 안고 있고, 마찬가지로 전통음악과 전통음식 및 전통생활방식은 서양 및 타 지역과 결합함에 따라 이른바 퓨전문화의 형태로 그 대외적 전파의 지평을 넓혀가고 있다고 본다.

4. 문화적 항변

문화적 항변(Cultural Defense)이라 함은 주로 형사사건의 경우에 피의자 또는 피고인이 기존의 법질서가 추구하는 가치를 부정할 의도 없이 자신이 오랫동안 소속된 문화공동체에 내재화된 가치질서에 따른 행위임에 따라 그 같은 문화의 차이에 기인한 범법행위에 대한 법적책임의 감면을 구하는 주장을 가리킨다. 대표적으로 미국 등의 이민국가에서는 종종 제기되기는 하나 일반적으로는 인정되기 쉽지 않다.²⁷⁾ 다만 오늘날 범세계적인 이른바 다문화현상으로 대표되는 귀화 및 외국인 체류의 일상화 현실에 비추어 이 같은 갈등은 과거보다 훨씬 더 증가할 개연성이 크다.

주로 다수의 우리나라 교포들이 거주하는 미국 캘리포니아주에서 이와 관련된 사례가 심심치 않게 일어났었다. 이를테면 귀신이 씌었다는 이유로 안수기도를 시술한 목사와 남편이 살인혐의로 기소된 사례(1996년) : ‘고추 만진 죄’사건으로 많이 보도도 된 LA카운티의 사례이다. 71세의 한인 피의자가 이웃거주의 남자아이 성기를 강제로 만졌다는 혐의로서, 이것이 미국문화에 대한 이해부족에 따른 것인지 또는 성적욕구의 결과인 것인지가 문제되었다.(2007년) : 뉴욕의 한인타운에서 발생한 사건으로서 부업으로 학원 밴 운전을 하는 한인 목사가 8세 한인여자 어린이에 여러 차례에 걸쳐 성추행을 했다는 혐의로서 이 또한 문화 차이를 주장한 사례이었다.(2009)

문화의 이질성을 근거로 한 항변이 소송절차상 권리로서 공식적으로 인정되거나 제도화되고 있지는 않지만, 적어도 이 같은 문화요인이 법제도와 운영에 영향을 미쳐왔음은 분명하다

27) 이 분야에 관한 법률문제를 초기에 우리나라에 소개한 문헌으로서는, 이재협, 법과 문화의 충돌: 미국 형사재판에서의 문화적 항변에 대한 고찰, 저스티스, 제 36권 제 1호, 한국법학원, 2003, 271면; 차동욱, 문화적 항변과 감정인의 역할 및 소송전략, 미국학논집, 제 38집 제 3호, 한국아메리카학회, 2006, 359면 참조.

고 본다. 특히 특정 문화에 유래된 행위가 타 법질서와 충돌 내지 저촉함에 따라 형사절차에 회부될 때 자기 방어에의 필요가 제기되기 마련이다. 더구나 이를테면 미국처럼 형사배심의 경우에 배심원들에게 미국 주류 문화와 상이한 외국의 문화를 설명할 별도의 조치는 필요하다고 할 것이다.

이때 종교로부터 파생된 생사(生死) 관련의 관습과 의식, 혼인과 출산 관련 행위와 예식, 육아의 방식, 식생활 관련 전통, 동·식물의 관리 특히 애완동물 관리생활 등이 대체로 문화 충돌에 기인하여 발생하는 영역들이다. 당연히 주류사회의 문화권역의 밖에 있는 소수와 문화와 그 가치들이 주로 문제됨은 당연한 귀결이다.

20세기 말로부터 불어 닥친 글로벌차원의 인구이동, 특히 이민과 이주노동력의 괄목할 만한 증가 그리고 교통의 발달에 따른 세계적인 관광인력의 관광목적 대규모 이동인구 등은 지금은 물론 앞으로도 상당한 기간 이 같은 문화차이를 둘러싼 갈등과 법률문제가 제기될 가능성을 높이고 있다.

아무튼 본격적인 이민국가 예컨대 미국, 캐나다, 오스트레일리아 등과 전통적으로 외국인 노동력 입출국 경험이 많은 일부 유럽국가의 경우에는 위와 같은 문화차이의 문제가 어느 때라도 불거질 조짐이 있는 경우라 하겠다. 그렇다고 하여 우리 또한 이로부터 벗어난 조건이라 할 수는 없겠다.

현재 대체로 170만 명의 정주외국인 인구가 있는 한 우리 또한 이 같은 문화적 권리문제가 침해하게 대두되지 않으리란 보장이 없기 때문이다. 현재 우리의 경우 논의되고 있는 수준은 대체로 이를 ‘법률의 착오’의 한 형태로 인정하느냐를 형법 제 16조 적용여부를 둘러싼 정도에 그치고 있다. 특히 몇몇 특정국가에 집중된 외국국적 여성과의 혼인관계에서 제기되는 민형사상의 법률문제는 지금도 그러하거니와 앞으로 많은 갈등을 예고하고 있는바, 아직은 양형감경의 사유로 보아 개별적으로 처리하는데 그치고 있다.²⁸⁾ 한국처럼 국가분단이 벌써 70년을 경과함에 따라 북한과 남한 사이에 마저도 또 다른 의미의 문화이질화가 굳어져 가고 있다. 따라서 이 또한 형사법리상 또 다른 요소로서의 문화가 등장하고 있음이 분명하다.

V. 글로벌리제이션과 문화

20세기가 마감될 즈음, 다시 말해서 15년전 만 해도 ‘글로벌리제이션’이란 낱말은 그 때 이미 시대의 클리셰(cliche), 곧 상투어가 되었다.²⁹⁾ 어느 연관에서나 막을 수도 또 가릴 수

²⁸⁾ 의정부지방법원 2011.10.28 선고 2011고합210 판결 (살인미수, 외국인 신부 남편 살인미수 집행유예 판례)

도, 그리고 헤쳐나아가야 할 과제가 된 까닭이다. 그 말이 하도 남용되어 신선한 관점도 나만 아는 사실은 더구나 아니게 되어 가고 있었다. 바로 이때쯤 논쟁을 불러일으킨 논객중 하나가 프랜시스 후쿠야마가 아닐까 한다. 그가 약 20년을 사이에 두고 두 개의 다소 도발적인 저술을 펴내었음은 잘 알려진 바이다.³⁰⁾

후자의 경우는 논문인데 여기에서 후쿠야마는 세계전체로 볼 때 자유민주주의를 향한 지속적인 추세가 확인됨을 지적하면서, 이때 인권보장, 국가권력의 책임성, 법치주의의 신장, 특히 비(非)서방 국가들의 경우 ‘문화가치’의 변화상을 언급하고 있음에 주목하지 않을 수 없다. 결국 ‘문화의 변화’ 내지는 서양·비서양 문화의 수렴현상이 이를 가능케 하고 있다는 주장이다. 현대국가의 법과 제도가 대단히 실용적이며 문제해결방식 중심이라서 끝내 자유민주주의적 가치 중심으로 그 방향으로 수렴이 되고 있는 것이라고 본 것이다.

이는 곧 그 세계화흐름의 중심축이 국가라 하기에는 과거와 달리 국가가 약화되고 있으며, 그 자리에 문화적 가치가 들어선다는 것을 가리킨다. 후쿠야마보다 한 걸음 더 나아가서 글로벌화가 초래된 배경 내지 원인은 중국적으로 ‘국가권력의 침식(erosion)’,³¹⁾ ‘국가의 후퇴(retreat)’³²⁾, ‘국가의 쇠퇴(decline)’,³³⁾ ‘국가의 분해(disaggregation)’,³⁴⁾ 국가의 공동화(空洞化 hollowing out)³⁵⁾ 등이라 규정지우면서 그 가속화 추세를 내다보고 있는 전문가들이 적지 아니하다.

물론 이들이 쓰는 표현과 논거에 다소 차이가 있으나 ‘국가성’의 약화라는 점에 있어서 만은 공통된다고 할 것이다. 동시에 현상과 문제에 있어 ‘국내적’ 및 ‘국제적’ 차원과 영역의 구별이 점차 모호해진다는 점이다. 왜냐하면 전자의 경우 국가기능이 또 다른 형태로 분할 및 분산되고 있음에 따라, 삼권분립으로 대표되던 전통적인 제도와 기능의 상호분립이 크게 흔들리고 있음을 보게 된다. 또 규제기관 상호간의 경합, 그리고 공(公)·사(私)기능과 업무의 재편성이 나타나고 있는 바, 이들 현상을 덮고 나타난 개념이 거버넌스(governance)임은 물론이다.

국제적 차원에서도 괄목할 만한 변화는 계속되고 있다. 초정부주의(transgovernmentalism)의

29) D. Held et al, *Global Transformations : Politics, Economics and Culture*, Polity Press, 1999, p.1

30) Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, Free Press, 1992 : ----, *The “End of History” 20 Years Later*, *New Perspectives Quarterly* vol. 27, 2010, pp.7-10, 2010

31) B. Santos and C. Rodriguez-Garavito (eds.), *Law and Globalization from Below : Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge Univ. Press, 2005, p.5

32) Susan Strange, *The Retreat of the State*, Cambridge Univ. Press, 1996, p. i

33) Ugo Mattei, *An Opportunity Not to Be Missed ; The Future of Comparative Law in the United States*, 46 *AJCL*709 at 710 (1998)

34) Paul S. Berman, *The New Legal Pluralism*, 5 *ARLSS* 225, at 236 (2009)

35) Neil Coe et al, *Economic Geography*, Blackwell, 2010, p.216

대두가 바로 그것이다. 즉 전통적인 주권논리로서는 설명할 수 없는 경우로서, 입법·행정·사법의 국가기관들이 타국의 대응기관들과 상호교류 등 교호작용을 가속화 하고 있는 등 정치체도의 새로운 패러다임을 가리킨다. 아무튼 이같은 의미에서 기존의 국가주권에 대한 도전들이 반드시 정면대결 또는 정면부정으로 나가고 있다는 뜻은 아니다. 그러나 국경을 넘어서 이루어지는 협업의 양적 증가, 새 패러다임의 기준설정과 그 결과의 교류 등을 통하여 점차 그 같은 방향으로 서서히 또는 비교적 빨리 진행되고 있음은 부인할 길이 없다고 본다. 물론 이 같은 일련의 주장과 설명들이 현실적으로 다소 과장된 측면은 분명히 있다고 본다. 다시 말해서 지금까지 나타난 전통적 의미의 국가퇴조가 그 같은 국가론 전문가들이 판단하는 수준이나에 대해서는 다소 의문을 제기할 만하기 때문이다.

그런데 여기서 문화의 글로벌리제이션을 짚어보려면 다시 그 본질을 되새겨 보지 않을 수 없다. 문화의 ‘열립과 닫힘’ 그리고 ‘보편성’의 문제에 귀결되기 때문이다.³⁶⁾ 문화는 개방적일 수도 있고 폐쇄적일 수도 있는 양면성이 있다. 공동체 ‘정체성(正體性)’의 측면에서 많은 경우 국수주의 그리고 국가와 민족의 집단 이데올로기의 기수역할로 나타나기도 한다. 여기서 김우창 교수는 막스 베버(M. Weber)의 또 다른 용어를 빌어 ‘철갑 우리(stahlhartes Gehaeuse)’처럼 벗어나기 어려운 수준의 개별성을 가리킨다.

한편 문화는 스스로 보편성을 반영하여야 한다는 이중성의 강박에 싸여 있기도 하다. 더구나 21세기의 세계 환경이 어떤 지향성을 요청하고 있는가는 불문가지라 하겠다. 보기에 따라 이 시점 그 요청은 가히 거스를 수 없는 수준이라 할 것이다. 다시 말해서 문화보편주의(culture universalism)가 두드러지고 있어 문화다양성과 결합하여 그리고 논쟁과 투쟁을 거쳐서 세계문화로 자리매김 될 것이라 내다보기도 한다. 앞에서 언급한 헌팅턴의 경우도 이슬람과 서구의 조화되지 않은 두 문화가치의 갈등측면만 지나치게 부각하였다는 비판도 있음에 주목하여야 할 것이다. 곧 같은 이슬람 국가들마저도 내부에서 일어나고 있는 투쟁과 같이 복잡하고 다양한 측면을 지나치게 단순화하는 부분도 있기 때문이다. 다시 되돌아가서 앞의 성격 즉 ‘개별성’과 ‘보편성’을 전략적 내지 상업적으로 섞은 이른바 세방화 즉 글로벌리제이션(globalization)이 나오고 있음은 물론이다.

우리의 이른바 한류전략 또한 이에 다름 아니다. TV드라마, 대중가요, 영화, 이렇게 세 장르로 출발하였으나, 여기에 보편주의를 다소 덧씌운 노력으로 난타, 점프, 뿌까, 뽀로로, 아기공룡 둘리 등 만애캐(만화 애니메이션 캐릭터)를 위시한 영역확대로 나아가고 있음에 주목해야 하겠다.

당연히 법의 영역에서도 개별적 수렴, 지역적 및 세계적 차원의 수렴과 통일의 방향으로

36) 김우창(외), 풍요한 빈곤의 시대, 민음사, 2014, 86-87면

나아가고 있음에 따라 ‘법글로벌리제이션’이 이제 거스를 수 없는 흐름으로 자리매김한지는 적어도 4반세기에 이르고 있음이 분명하다.

이른바 소프트 로(soft-law)의 위력이 날로 거세지고 있음을 보게 된다. 즉 세계정부가 없는 틈새에 강제력으로 뒷받침 된 다국적기업, 국제 신용평가회사, 대형투자금융기관과 펀드, 국제회계검사기업 등이 전통적 국가를 압도하는 힘을 발휘하고 있음이 일상화 되고 있지 않느냐? 이미 글로벌 차원에서 초국가 시장지배세력, 대형규제기관 그리고 중재기관 등은 이 ‘국경없는 세계’의 새로운 지배자가 아닐 수 없다. 아무튼 글로벌리제이션 속의 법 또한 그 진화의 속도가 빠르거나 더디거나, 보는 시각에 따라 다를 수 있으나 시공간적으로 큰 틀에서는 어김없이 그 방향으로 진행하고 있음을 부인하기는 어려울 것이다.

【제1주제】

문화기본권과 문화법제의 현황 및 과제

이 종 수*

- I. 들어가는 말
- II. 문화기본권의 가능성과 한계
- III. 문화법제의 현황과 문제점
- IV. 맺는 말

映畫가 시작하기 전에 우리는
일제히 일어나 애국가를 경청한다
삼천리 화려 강산의
을숙도에서 일정한 群을 이루며
갈대 숲을 이룩하는 흰 새떼들이
자기들끼리 끼룩거리면서
자기들끼리 깎깎대면서
일렬 이렬 삼렬 횡대로 자기들의 세상을
이 세상에서 떼어 내고
이 세상 밖 어디론가 날아간다

우리도 우리들끼리
깎깎대면서/ 깎깎대면서
우리의 대열을 이루며
한세상 떼어 떼고
이 세상 밖 어디론가 날아갔으면
하는데 대한 사람 대함으로
길이 보전하세로
각각 자기 자리에 앉는다
주저앉는다

황지우, <새들도 세상을 뜨는구나>, 1987

I. 들어가는 말

한 시대를 일관했던 질식적인 문화현실 앞에서 시인이 시를 통해 이렇듯 냅두리하는 암울했던 때가 있었다. 영화 한편을 보기 위해서는 자리에서 일어서서 애국가를 합창하고서는 어김없이 대통령 동정이 첫 소식으로 뜨는 대한뉴스에 어쩔 수 없이 주목해야 했고, 마지막 곡

* 연세대 법학전문대학원 교수

으로 건전가요가 삽입되지 않고서는 음반 하나를 온전히 만들 수가 없던 시절이 오랫동안 지속되었다. 그리고 지난 1987년의 ‘민주화’ 이후 사정은 다소 나아졌지만, 그러나 흑자에게는 지금도 별반 달라진 것 없이 여전히 그 시절인지도 모르겠다.

현 박근혜정부가 출범하면서부터 내건 화두가 ‘창조경제와 문화융성’이다. 이어서 현 정부의 4대 국정기조 중 하나로 채택된 ‘문화융성’ 시대를 열기위해 작년 7월에 대통령 직속의 ‘문화융성위원회’가 설치되었다. 동 위원회는 문화의 가치를 ‘행복을 만드는 문화’, ‘마음을 여는 문화’, ‘경제를 살리는 문화’, ‘국격을 높이는 문화’로 정의하고 있다.¹⁾ 특히 ‘경제를 살리는 문화’와 ‘국격을 높이는 문화’에서 확인되듯이 이처럼 과거에서부터 문화는 자본의 논리와 국가주의에 포획된 채로 여전히 우리 곁에 자리하고 있다. 그런데 정작 문화를 향유하기 위해 절실한 ‘저녁이 있는 삶’은 대부분의 시민들에게서 아직도 요원하기만 하다.

대표적인 문화도시인 전주에서 개최되는 오늘의 뜻 깊은 이 학술대회에서 발제자에게 주어진 주제는 ‘문화기본권과 문화법제’이다. 한 정치공동체에서 지속적으로 형성해온 문화적 각성과 계몽의 결과물이 바로 헌법이기에 헌법과 문화는 처음부터 깊은 관계를 맺어왔다. 그리고 정치적·사회적 통합의 결과물이자 지속적인 과정으로 이해되는 것이 헌법인 반면에 다양성이 그 본질로서 파악되는 문화는 때로 일정하게 길항관계에 놓여 있기도 하다. 특히 21세기에 접어들어서 더욱 본격화된 세계화의 흐름에 당면해서 우리를 포함한 대부분의 나라들에서 적극 논의되는 다문화사회담론은 문화와 헌법이 그간 맺어온 관계성의 재검토 내지 재정립을 요구하고 있기도 하다.

문화와 헌법의 관계에 대해 그간 학계에서 ‘문화국가원리’를 중심으로 교과서적인 수준에서의 논의는 충분히 많았던 반면에 헌법학에서 다루는 여느 다른 주제들에 비해서 개별 논문차원에서의 선행연구는 그리 많지 않아 보인다. 이는 헌법상의 문화국가원리와 관련해서 국가목표규정으로서의 성격을 밝히면서 국가의 바람직한 자세와 노력을 촉구함에 그치고, 오히려 문화와 관계하는 개별 기본권들의 보장과 실현에 보다 강조점을 두었던 때문일 것이라고 짐작하고 있다. 같은 이유로 이 발제문 역시 중복적 논의를 가급적 삼가는 가운데 관련 논의에 그다지 기여하는 바가 크지 않을 것임을 미리 고백한다. 그러나 해당 주제와 관련하여 발제자가 지닌 문제인식의 일단을 공유하는 것만으로도 소기의 목적을 달성하는 것이라고 자위하면서 글을 시작한다.

1) 문화융성위원회 웹사이트 (http://www.pcce.go.kr/02_culture/sub02_intro.html) 참조.

II. 문화기본권의 가능성과 한계

1. 문화의 개념

문화는 그 자체 매우 추상적이고 포괄적인 개념이며, 문화의 기반을 이루는 전제인 ‘문화 현상’은 사회의 근저에서 지속적으로 새로이 형성 중에 있기 때문에 이를 포착하기가 매우 난해하다.²⁾ 그리고 그간 문화라는 개념으로 다루어지고 있는 개별영역 또한 무수히 많기만 하다. 예컨대 상류문화와 하류문화, 공공문화와 대중문화, 정치문화와 기업문화, 성문화, 노동문화, 스포츠문화, 노인문화와 청년문화, 흑인문화와 백인문화 그리고 심지어 확장실문화 등에 이르기까지 문화가 관계하는 영역은 우리 주변의 모든 것을 총괄한다고 해도 과언이 아닐 것이다.

이러한 가운데 문화에 관한 개념정의 역시 매우 다양하게 행해지고 있다.³⁾ 그래서 심지어 문화는 거의 모든 것이고, 문화에 관한 연구는 거의 모든 것에 대한 연구를 뜻한다고도 한다.⁴⁾ 이처럼 문화를 다루는 여러 다양한 개념정의들 가운데 기어츠(C. Geertz)는 인간들이 모여서 살아가는 사회에 있어서 “문화란 일종의 ‘상징과 의미의 시스템’으로서 여기서 상징이란 인간이 삶에 관한 지식과 삶에 대한 태도를 전달하고 유지하고 전개하는 수단으로서, 그 상징으로 표현되는 개념이 역사적으로 계승되어 생성된 시스템”으로 정의한다.⁵⁾ 지난 2013년 12월 30일에 제정된 ‘문화기본법’ 제3조에서는 문화에 관하여 “이 법에서 ‘문화’란 문화예술, 생활양식, 공동체적 삶의 방식, 가치 체계, 전통 및 신념 등을 포함하는 사회나 사회 구성원의 고유한 정신적·물질적·지적·감성적 특성의 총체를 말한다”라고 개념정의하면서 사실상

2) 본래 ‘경작’을 뜻하는 라틴어 cultura에서 유래하는 영어의 culture 또는 독일어 Kultur는 이후 철학자 Cicero가 ‘cultura animi’로 인용하듯이 정신과 영혼의 함양을 뜻했다. 중세와 르네상스 시대에 접어들어서 이 문화는 ‘civilization’이라 개념과 불명확하게 결합되었다고 한다. 독일에서 1782년 Johann Gottfried Herder가 자신의 저서 ‘인류 역사의 철학에 관한 이념’에서 ‘정신세계가 만들어낸 시스템 내지 한 민족이 지닌 생활양식의 표현의 전체’로서 문화개념을 본격적으로 서술하면서부터 다른 민족의 상이한 문화와의 비교작업이 행해졌고, 상이한 문화들이 내적 그리고 외적으로 통일체(Einheit)를 드러내는 표식이 되었다고 한다.

3) 문화에 대한 가장 오래된 정의는 1871년에 영국의 인류학자 타일러(Sir E. B. Tylor) 경이 자신의 책 ‘원시문화’의 서문에서 “문화란 인간이 사회의 일원으로서 습득한 지식, 믿음, 예술, 도덕, 법률, 풍습 그리고 다른 능력들과 습관을 포괄하는 복합체”라고 서술한 것이다. 이어서 마거릿 미드(M. Mead)는 “문화는 사회나 소집단의 학습된 행위”로 정의한다. 그리고 레이먼드 윌리엄스(R. Williams)는 “문화는 생산구조, 가족 구성, 사회관계를 표현하거나 통제하는 제도의 구조, 사회 구성원들의 특징적인 커뮤니케이션 형태를 포괄하는 것”으로, 그리고 클리포트 기어츠(C. Geertz)는 “문화란 우리가 우리 자신에 대해 말하는 이야기들의 총체일 뿐”이라고 주장하는 등 많은 학자들에 의해서 그간 다양한 개념정의가 행해져 왔다.

4) 지아우딘 사르다르(이영아 역), 문화연구, 김영사, 2002, 9쪽 참조.

5) 아야베 쓰네테(이종원 역), 문화를 보는 열다섯 이론, 인간사랑, 1987, 194쪽 참조.

넓은 의미의 문화개념을 포섭하고 있다. 반면에 헌법적 문화의 개념은 “헌법을 매개로 국가와 밀접한 관계를 갖는 지적, 창조적 영역”이라고 정의되는데 예컨대 교육, 학문, 예술, 종교, 언론 등이 대표적으로 이 같은 문화의 범주에 속한다고 한다.⁶⁾ 앞서 밝혔듯이 헌법학의 관심은 주로 여기에 집중되어 왔다.

2. 문화가 갖는 헌법적 함의

개별 민족국가가 하나의 단위를 이루어서 본격적으로 형성된 근대 세계의 모습에서 국가는 정치공동체에 있어서 문화, 특히 민족문화는 개별 국가들 각각의 정체성과 고유성을 직접적으로 드러내고 확인하는 주요한 기제로 자리매김 해왔다. 이는 19세기부터 본격화된 제국주의적 팽창정책과 식민지화 그리고 이후 잇따른 식민지 국가들의 해방 국면에서 이들 국가들이 자신의 주권적 독립성을 주장하고 관철하는 중심적인 추동력이 되었고, 그것의 긴 과정은 오늘날까지도 국가들 간의 경쟁에서 이른바 ‘과시적 문화(우월)주의’로 지속되고 있다.⁷⁾ 그리고 이 같은 ‘과시적 문화주의’의 이면에는 민족 내지 인종차원에서의 문화적 콤플렉스가 강하게 자리하고 있다. 예컨대 그것이 다루어지는 대표적인 주제가 바로 ‘오리엔탈리즘’ 논쟁이다.⁸⁾

또한 유럽에서 중세를 청산 내지 극복해가는 국면에서 시민(부르주아)계급의 성장과 함께 전문성과 경제력을 갖춘 이들 시민계급이 ‘문화의 생산과 향유’ 과정에 적극 가담하면서 사회의 기능분화를 주도해갔고, 특히 궁중의 지배체제와 경쟁하면서 신분제 계급사회라는 구체제의 정당성이 점차 허물어져갔다.⁹⁾ 왜냐하면 과거에서부터 이들 신분귀족들이 문화를 사실상 전유해오면서, ‘문화적 (향유)능력’의 유무와 수준이 신분제 질서의 엄격한 계급사회가 지

6) 전광석, “헌법과 문화”, 공법연구 제18집, 1990, 174쪽; 이와 유사하게 한수웅, 헌법학, 2011, 법문사, 341쪽 참조.

7) 최근 ‘농악’이 유네스코 인류무형유산에 등재되면서 우리나라는 문화유산 강국으로서의 위상을 다시 한 번 입증했다고 각 언론들에서 널리 홍보하고 있다. 관련 기사에 따르면 우리나라는 올해 6월에 선정된 남한산성을 비롯해서 하회와 양동마을, 조선왕릉, 제주화산섬과 용암마을 등 총 11건의 세계유산을 보유하고 있으며, 작년에 등재된 난중일기와 새마을운동기록물 등 총 11건의 세계기록유산을 보유하고 있다고 한다. 정부는 내년에는 줄다리기, 2016년에는 제주 해녀 문화를 인류무형유산으로 등재시키기 위한 관련 작업을 추진 중에 있다고 한다. 현재 보유 건수로만 독일, 오스트리아, 폴란드, 러시아에 이어서 세계 5위 수준으로, 아시아에서는 최다 보유국이라고 한다.

8) 에드워드 사이드는 오리엔탈리즘을 “동양에 대해 진술하고, 동양에 대한 관점을 주관하며, 동양을 묘사하고 가르치고 결론짓고 지배함으로써 그것을 다루는 종합적 규범”으로 정의하는데, 즉 오리엔탈리즘은 동양을 지배하고 재구성하고 마음대로 휘두르는 서양의 방식이라고 비판한다.

9) 문화와 국가의 상호관계 및 그것의 역사적 전개 양상에 대하여는 특히 전광석, 앞의 글, 165쪽 이하 참조.

속해서 공고히 유지될 수 있었던 체제 내재적인 정당화의 주된 기제로 작용해왔기 때문이다. 이는 지금의 우리가 당연시하듯이 정신적 능력에 있어서 인간과 구별되는 동물들에 대한 여전한 차별적 취급을 생각해보면 더욱 분명하게 드러난다. 이후 독서대중의 형성 및 출현과 함께 더욱 가속해서 국가의 개입과 간섭으로부터 자유로운 시민사회의 (국가에 대한) 상대적 자율성이 요청됨에 따라서 ‘문화’는 전적으로 시민사회의 자율적인 형성의 몫으로 주장되었고, 오늘날의 자유민주적인 헌법국가에서 문화는 국가에 대립해서 시민사회가 갖는 자율성의 징표로써 관철되기에 이르렀다. 그럼에도 불구하고 문화는 과거와 크게 다를 바가 없이 여전히 자율적인 사회 내에서 행해지는 여러 차별의 계기로 남아있다.¹⁰⁾ 즉 유감스럽게도 문화가 지닌 부정적인 의미에서의 차별화기능은 예나 지금이나 크게 다를 바가 없다.

3. 문화국가의 개념과 과업

그간의 인류역사를 통해 발견, 형성 내지 발전해온 문화는 ‘민족’ 내지 ‘민족국가’와의 밀접한 연관성으로 인해 국가 그리고 헌법과 특별한 관계를 형성해왔다. 이러한 가운데 이른바 ‘결합테제(Verbindungsthese)’와 ‘자율테제(Autonomiethese)’가 주장된다. 먼저 결합테제에 따르면 문화와 헌법국가는 오랜 전통 속에서 정당화되어온 상호 밀접한 공생적 관계에 놓여 있고 또한 불가분의 통일체를 구성하고 있다고 한다. 예컨대 ‘문화국가(Kulturstaat)’는 이를 드러내는 전형적인 표현으로 이해된다. 반면에 자율테제는 문화와 국가 간의 원칙적인 분리에 입각하는데, 이에 따르면 문화는 우선적으로 사회의 영역에 속하고, 헌법(국가)은 다양한 문화현상들 속에서 다원적 형성을 위한 중립화의 기제로써 이러한 틀을 보장하는 것으로 이해된다.¹¹⁾ 이 같은 입장은 달리 문화 자체의 시각에서 보면 결합테제는 지배체계 종속적·후견적 문화로 그리고 자율테제는 체제독립적·자율적 문화로 이해되고 있다.¹²⁾

우리의 경우도 예외가 아니어서 대부분의 헌법학교과서에서 문화와 헌법(국가)과의 특별한 관계는 문화국가원리¹³⁾ 내지 문화국가주의로¹⁴⁾ 우리 헌법의 주요한 기본원리의 하나로 거의

10) 이와 관련해서 스투어트 홀은 “사회는 계급뿐만 아니라 성, 인종, 종교, 지역에 근거한 갈등으로 움직이고, 문화는 경제 못지않게 민중의 정체성을 결정한다”고 주장한다.

11) U. Volkman, Kultur im Verfassungsstaat, DVBl. 2005, S. 1061 f.

12) 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2014, 142쪽 이하 참조.

13) 강경근, 헌법학, 법문사, 1998, 205쪽 이하; 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2004, 409쪽 이하; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 143쪽 이하; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2014, 290쪽 이하; 양건, 헌법강의, 법문사, 2009, 201쪽 이하; 이승우, 헌법총론, 두남, 2007, 283쪽 이하; 장영수, 헌법학I 헌법총론, 홍문사, 2002, 319쪽 이하; 전광석, 앞의 책, 139쪽 이하; 정재황, 신헌법입문, 박영사, 2012, 176쪽 이하; 한수웅, 앞의 책, 341쪽 이하; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2014, 175쪽 이하; 홍성방, 헌법학, 현암사, 2002, 168쪽 이하 참조.

14) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 139쪽 이하

빠짐없이 설명되고 있다.¹⁵⁾ 헌법재판소 또한 우리나라는 건국헌법 이래 문화국가의 원리를 헌법의 기본원리로 채택하고 있음을 분명히 밝히고 있다.¹⁶⁾ 반면에 ‘문화국가(원리)’ 개념의 적용을 반대하는 견해도 제기된다. 즉 19세기 초반의 독일에서 국가와 문화를 연결 짓기 위해 당시 국가철학자인 J. G. Fichte에 의해 처음 주창된 문화국가(Kulturstaat) 개념은 이후 전개된 문화의 상대적 자율성을 고려하지 않은 채로 문화의 국가종속적인 국가주의적 관점에 철저히 입각한 것이라고 비판된다. 따라서 문화가 본질적으로 자율적인 사회영역에 속하는 것을 인식하지 못하고서 여전히 국가의 문제로 보려는 것 자체가 문화국가개념이 안고 있는 근본적인 문제라는 인식하에 문화영역의 기본원리로 달리 설명하는가 하면,¹⁷⁾ 모든 생활영역에 대해서 요구되는 법치국가원리와 사회국가원리와는 달리 ‘특수한 생활영역’에서 요구되는 문화가 위 원리들과 동등한 지위에서 병렬적으로 자리매길 만큼의 독자적인 원리가 아니라고 주장되기도 한다.¹⁸⁾ 발제자 역시 오늘날의 우리 헌법에서 문화국가(원리)개념의 적용을 비판하는 후자의 입장이 보다 타당하다고 생각한다. 이러한 가운데 헤벌레교수는 문화국가에서 탈피해서 문화에 관한 시민권(Bürgerrecht auf Kultur)을 보장하는 문화헌법(Kulturverfassungsrecht)으로 변화해 간다고 설명한다.¹⁹⁾ 그리고 문화국가는 헌법국가 안에서 비로소 완성된다는 주장도 이와 맥락을 같이 한다고 보인다.²⁰⁾

그러나 이 같은 차별적인 접근에도 불구하고 문화국가원리가 문화적 자율성의 보장, 국가에 대해 문화의 조성 내지 장려의 과제 부여, 문화적 약자의 보호 내지 실질적인 문화적 평등 실현의 의무를 부과하는 국가목표규정으로서의 헌법적 함의를 지닌다는 데에 학계의 여러 입장들이 대체로 일치하고 있다.

문화국가원리로 설명되는 현행헌법의 태도는 지난 1980년헌법(제5공화국헌법)에서 처음으로 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력할 국가의 과제를 규정하면서부터 비롯되었다. 이는 현행헌법 제9조에서 그대로 이어지고 있다. 이러한 문화국가조항의 헌법적 규정화에는 당시 일본문화, 미국문화 등 외래문화의 유입에 따른 우리 문화의 동질성 파괴 위협에 대한 대응과 제헌헌법 이래 고착화된 분단 상황에서 민족적 동질성을 유지하여 향후의

15) 특히 문화국가원리에 관한 독일에서의 논의를 충실하게 소개한 문헌으로는 홍성방, 앞의 책, 170쪽 이하 참조. 특히 독일연방헌법재판소 판결을 통해 드러나는 문화개념에 관한 논의로는 M. Nauke, *Der Kulturbegriff in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, mauke., 2000; M. Bauer, *Kultur und Sport im Bundesverfassungsgericht*, Peter Lang, 1999 참조.

16) 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1등, 판례집

17) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2014, 242쪽 이하 참조.

18) 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2013, 189쪽 이하 참조.

19) P. Häberle, *Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht*, in: Ders. (Hrsg.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, 1982.

20) U. Volkmann, 앞의 글, S. 1066 참조.

통일에 대한 대비였던 것으로 이해된다.²¹⁾

이와 관련해서 헌법재판소는 “문화국가원리는 국가의 문화국가실현에 관한 과제 또는 책임을 통하여 실현되는바, 국가의 문화정책과 밀접 불가분의 관계를 맺고 있다. 과거 국가절대주의사상의 국가관이 지배하던 시대에는 국가의 적극적인 문화간섭정책이 당연한 것으로 여겨졌다. 그러나 오늘날에 와서는 국가가 어떤 문화현상에 대하여도 이를 선호하거나, 우대하는 경향을 보이지 않는 불편부당의 원칙이 가장 바람직한 정책으로 평가받고 있다. 오늘날 문화국가에서의 문화정책은 그 초점이 문화 그 자체에 있지 않고 문화가 생겨날 수 있는 문화풍토를 조성하는 데 두어야 한다. 문화국가원리의 이러한 특성은 문화의 개방성 내지 다원성의 표지와 연결되는데, 국가의 문화육성의 대상에는 원칙적으로 모든 사람에게 문화창조의 기회를 부여한다는 의미에서 모든 문화가 포함된다. 따라서 엘리트문화뿐만 아니라 서민문화, 대중문화도 그 가치를 인정하고 정책적인 배려의 대상으로 하여야 한다”고 밝히고 있다.²²⁾ 그리고 현행헌법 전문과 제9조에서 언급되는 ‘전통’ 내지 ‘전통문화’와 관련해서도 이는 “...역사성과 시대성을 띤 개념으로서 헌법의 가치질서, 인류의 보편가치, 정의와 인도정신 등을 고려하여 오늘날의 의미로 포착하여야 하며, 가족제도에 관한 전통·전통문화란 적어도 그것이 가족제도에 관한 헌법이념인 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것이어서는 안 된다는 한계가 도출되므로, 전래의 어떤 가족제도가 헌법 제36조 제1항이 요구하는 개인의 존엄과 양성평등에 반한다면 헌법 제9조를 근거로 그 헌법적 정당성을 주장할 수는 없다”고²³⁾ 밝히면서 헌법해석에 있어서 이른바 ‘객관주의적 입장’을 취하고 있다. 따라서 전통문화는 그 자체로서 헌법에 의한 보호와 지원의 대상이 아니며, 전통문화의 보호는 헌법의 정신과 객관적인 가치결정에 부합해야 한다는 유보 하에 놓여있다.²⁴⁾ 헌법재판소는 이 같은 입장에 기초해서 특히 가족법상의 규정들에 대해 그간 적극적인 판단을 해왔다.²⁵⁾

최근에 법조계 일각에서 헌법 제9조에서 규범화된 문화국가조항에도 불구하고 이를 제대로 설명하는 헌법교과서가 없다는 뜬금없는 비판이 제기된다.²⁶⁾ 이는 사실과 맞지 않는 주장

21) 전광석, 앞의 논문, 171쪽 이하; 이준일, 앞의 책 190쪽 참조.

22) 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1등, 판례집 16-1, 670, 678쪽.

23) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-1, 1, 16-17쪽.

24) 한수웅, 앞의 책, 343쪽 참조.

25) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등(호주제도사건); 헌재 2005. 12. 23. 2003헌가5등(민법 제781조 제1항 위헌제청사건) 등. 특히 2003헌가5등 사건의 결정에서 권성 재판관이 “가족제도 중에도 부정적 요소는 헌법에 선행하는 문화이다”고 주장하면서 밝힌 반대의견에 대해 전적으로 동의하지 않지만, 이러한 표현 자체는 헌법과 문화사이의 직접적 관계를 가장 분명하게 하고 있다는 점에서는 주목된다.

26) 곽영철, “우리 헌법상 전통문화의 개념과 범위”, 법률신문 2014. 9. 18.자, 11쪽; 법률신문 사설, 2014. 10. 2.자 15쪽 참조. 글에서 필자는 우리 전통문화의 뿌리는 한민족 고유의 선도문화(仙道文化)에 있으며 우리 전통문화의 핵은 ‘홍익(弘益)’이라는 정신문화에 있다고 강조하는데, 문제

일 뿐만 아니라 기실 우리 문화의 고유성과 정체성이 제대로 확보되지 못한 것은 우선적으로 전통문화의 계승·발전에 대한 정치공동체 구성원의 무관심, 문화생산자인 장인(丈人)을 천대시해 온 우리 사회의 오랜 관행 그리고 이를 극복하기 위해 우리 문화의 조성 및 장려를 헌법상 국가과제로 떠맡고 있는 정부의 책무 소홀에 따른 결과일 것이다.²⁷⁾

결론적으로 규범학적 시각에서 바라보면 문화는 헌법의 한 규율대상이지만, 사실학의 시각에서 보면 헌법 자체가 한 시대의 문화의 한 단면인 셈이다. 즉 헌법은 한 민족의 민족정신의 표현, 혹은 문화의 산물이기 때문에 여기서는 부분적으로는 문화가 헌법을 형성하고, 헌법이 바로 문화라는 명제가 성립한다.²⁸⁾ 이와 유사하게 문화, 국가 그리고 헌법은 상호 융합된 채로 문화의 총괄개념이 바로 (헌법)국가인 것으로 표현되기도 한다.²⁹⁾ 이는 단지 헌법에 국한된 논의만은 아니다. 법 자체가 문화적 발전의 한 요소이고, 문화는 재차 법을 형성하는 환경으로 이해되기 때문이다.³⁰⁾

4. 문화기본권의 가능성과 한계

1) 문화 관련 기본권의 보장과 실현

현행헌법은 헌법상 기본원리의 하나로 제9조를 통해 문화국가원리를 밝히면서 이를 국가가 추구하고 달성해야할 목표임을 밝힘과 아울러 개별 시민들에게 정신·문화생활영역에서 문화의 형성 및 향유와 관련하여 기본권적인 실현을 보장함으로써 문화에 관한 국가와 사회간의 역할분담을 분명히 하고 있다.

헌법 제10조에서 밝히는 ‘인간의 존엄과 가치’는 정신적 존재인 인간이 문화를 향유하는 기본적인 토대 위에서만 공동체의 일원으로서 즉자적 그리고 대자적 관계를 형성한다는 측면

제기의 단초는 미국의 중학교 2학년 교과서에는 “한국에는 전통문화가 없으며 만약에 있다면 그것은 일본문화와 중국문화의 아류일 뿐이다”고 기술된 데에 있다고 한다. 사실이 그러하다면 이는 미국 교과서 집필자의 단순한 무지(無知)에 기인한 것이거나, 우리 전통문화를 해외에 널리 알리는 데에 소홀했던 정부의 잘못이지 헌법학자들이 헌법상 문화국가조항에 대한 설명을 등한시한 것으로부터 비롯된 것은 아닐 것이다.

27) 이와 관련해서 어느 문화평론가는 이렇게 지적하고 있다. “...(임진왜란 때에) 일본에 끌려간 도공들은 영웅이 되고, 한국에 남은 도공들은 놀림감이 되었다. 일본이 빼앗아간 조선 그릇은 국보가 되었는데, 한국인의 밥상에는 스테인리스 밥그릇이 놓여 있다. 일본인의 다탁(茶卓)에는 조선 도공의 후예들이 만든 예술품이 놓여 있는데 한국인의 손에는 종이컵과 머그가 들려 있다. 부끄럽고 기가 막힌다.” 김무곤, “[문화산책] 안타까운 우리 그릇문화”, 세계일보 2014. 11. 22.자. 참조.

28) 전광석, 앞의 글, 162쪽 참조.

29) U. Volkmann, a.a.O., S. 1064 f.

30) B. Losch, Recht und Kultur, Koeln, 2006.

에서 볼 때 가장 먼저 전제되어야 할 기본권임은 분명하다. 그렇기 때문에 헌법상 명시적으로 문화국가원리가 전제되지 않아도 ‘인간의 존엄과 가치’ 그 자체에 의해서 문화적 형성과 장려를 위한 국가적 의무가 당연히 승인된다는 견해가 제기된다.³¹⁾

또한 헌법 제34조에서 규정하는 ‘인간다운 생활을 할 권리’도 그것이 물질적·경제적 차원에서의 최저한의 생활 보장에 그치지 않고, 문화적 차원에서의 최저 수준도 함께 보장된다고 이해된다.³²⁾

또한 평등권 역시 문화적 향유와 관련하여 특별한 의미를 지닌다. 헌법 제11조 제2문은 그것이 실령 예시규정으로 이해된다고 하더라도 “누구든지 성별, 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니 한다”고 규정하는 데에서 문화적 차별취급의 금지, 즉 문화적 평등요청을 확인할 수 있다. 앞서 언급한 바와 같이 동서고금을 막론하고 공통적으로 문자와 예술 등 문화적 (향유)능력의 유무 및 수준에 따라서 차별화된 신분체계 내지 인정체계가 고착되어 왔기 때문에 평등권은 문화의 향유와 관련해서 여전히 중요한 의미를 갖는다. 이와 관련해서 독일연방헌법재판소가 1972년에 선고한 이른바 ‘입학정원제한판결(Numerus-clausus-Urteil)’에서³³⁾ 밝힌 사회적 참여권(Soziales Teilhaberecht)에 상응하는 문화향유권이 ‘가능성의 유보하에’ 보장된다는 견해가 주장된다.³⁴⁾

그리고 시민들의 정신·문화영역에서 보호되는 여러 특별한 하위영역들, 예컨대 학문, 예술, 종교, 교육 등을 고려해서 그것이 각각 개별적인 기본권으로 보장되고 있다. 혹자는 이를 통틀어서 문화기본권, 문화적 기본권 내지 문화 관련 기본권으로 설명하고 있다. 그것이 지금처럼 기본권의 체계적 분류에 따른 하나의 범주적 논의에 그칠지 아니면 향후에 나름 의미 있는 독자적인 기본권 범주가 될지의 여부는 현재로서는 열린 문제인 것으로 보인다.

2) 문화기본권의 가능성과 한계

우리의 경우에 별다른 숙고 없이 그간 일각에서 문화기본권이라는 용어가 문화현상과 관련된다는 기본권이라는 맥락에서 일부 사용되고 있다. 특히 문화행정 관련 분야에서 문화기본권이라는 용어가 더욱 빈번하게 사용되고 있다. 앞서 밝힌 바와 같이 기본권분류에 따른 하

31) 전광석, 앞의 책, 139쪽 이하.

32) 반면에 인간다운 생활을 할 권리에는 문화적 최저생활의 보장이 포함되지 않는다는 주장도 제기된다. 허영, 앞의 책, 547쪽 이하 참조.

33) BVerfGE 33, 303. 반면에 허영 교수는 “국가가 사실상 독점하고 있는 고등교육시설을 누구나 균등하게 이용할 수 있도록 기회균등을 요구하는 것은 구체적 새로운 ‘참여권의 이론’을 빌리지 않더라도 기존의 평등권이론으로도 충분히 해결할 수 있는 문제”라며 위 판결을 비판하고 있다. 허영, 앞의 책, 170쪽 참조. 이에 관한 보다 상세한 논의는 W. Cremer, Freiheitsgrundrechte, Mohr Siebeck, 2003, S. 369 ff. 참조.

34) 홍성방, 앞의 책, 174쪽 참조.

나의 범주로서 문화(관련)기본권이 나름 의미 있는 표현이 될지는 몰라도, 독자적이고 체계적인 차원에서 문화기본권을 별도로 논하기에는 규범적 차원에서 볼 때 아직 적절치 않다고 본다. 독일에서도 이와 관련된 논의에서 마찬가지로 문화기본권의 체계화에는 회의적인 시각이 강하게 드러난다.³⁵⁾ 특히 독일에서는 연방헌법재판소가 행한 지난 십자고상판결(Kruzifix-Urteil)을³⁶⁾ 통해 문화, 특히 종교적 소재가 얼마나 강력한 헌법정책적 그리고 헌법적 폭발력을 잠재하고 있는지를 드러냈다고 평가하고 있다. 부언하건대 우리와는 달리 특이하게도 독일 기본법에는 ‘문화’에 관한 아무런 언급이 없다.

이러한 가운데 만일 문화적 권리의 체계적인 이론화작업이 가능하다면 문화적 권리에는 다음과 같은 여러 기능들이 고려될 수 있다고 주장된다. 첫째, 문화적 권리의 목적은 잊히거나 사라져가는 특정 문화를 보호하고 유지하는 것이 될 수 있다. 둘째, 문화적 권리의 확장된 기능에는 문화집단의 유지와 장려가 포함될 수 있다. 셋째, 이를 통해 개인의 문화적 형성과 개인의 문화적 정체성을 법적으로 보장하는 것이 목적이 될 수 있다. 넷째, 스스로 문화적으로 민감한 개인 내지 문화적 정체성을 고수하려는 개인이 갖는 주관적인 전개욕구를 충족시키는 것도 목적으로 고려될 수 있다. 다섯째, 문화적 권리는 문화적 소수자들의 통합에 기여하고 그들의 자치를 강화한다는 측면에서 사회안정화적 기능과 민주적 기능을 가질 수 있다고 주장된다.³⁷⁾

그러나 개별 정치공동체의 특수성상 문화기본권이 별도로 표현되고 적용되는 특별한 비교법적인 사례들이 확인된다. 이는 ‘문화적 다양성(cultural diversity)’이 전제되거나 요청되는 특별한 상황에서 그러하다. 예컨대 북미권에서는 이미 문화기본권의 체계화에 관한 헌법논쟁이 제기되어 왔다. 예컨대 캐나다에서 원주민들과 여전히 프랑스어 사용을 고수하는(francophon) 소수민족과 그들의 집단적 거주지역인 퀘벡(Quebec)주의 법적인 상황과 관련해서 그간 문화기본권(cultural rights)이 적극적으로 논의되어 왔다. 또한 유럽연합(EU)을 통한 유럽통합과정에서도 문화기본권이 적극 논의되고 있다. 유럽통합이 그 속도를 더해 가는 과정에서 유럽연합의 구성국가들의 다양한 문화적 정체성이 훼손되지 않도록 하는 것에 그 취지가 있는데 즉 유럽의 헌법질서의 테두리 내에서 문화의 역할, 문화정책의 과업 등이 유럽연합과 구성국가들에게서 어떻게 새로이 자리매김 되어야 하는지가 문제이다. 이와 관련해서는 특히 유럽헌법조약(Verfassungsvertrag) 제III-280조의 문화조항에서 정하고 있으며, 이는 이전 유럽공동체구성조약(EG-Vertrag) 제151조의 문화조항을³⁸⁾ 그대로 수용한 결과이다.³⁹⁾

35) G. Britz, Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, S. 5 참조.

36) BVerfGE 93, 1 ff.

37) G. Britz, 앞의 책, S. 174 f.

38) 제1항 - “공동체는 공동의 문화적 유산을 동시에 보존하고 민족적, 지역적 다양성을 유지하는 가운데 구성국가들의 문화 발전에 기여한다.

또한 그간 국제법 영역에서는 문화적 소수자의 이해관계에 관련하는 일련의 규정들을 마련해 왔다. 대표적으로 유엔 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제협약(B규약) 제27조와 1994년에 제정된 소수민족보호를 위한 유럽의회의 기본합의가 그러하다. 즉 유엔 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제협약 제27조는 다음과 같이 정하고 있다. “종족적, 종교적 또는 언어적 소수민족이 존재하는 국가에 있어서는 그러한 소수민족에 속하는 사람들에게 그 집단의 다른 구성원들과 함께 그들 자신의 문화를 향유하고, 그들 자신의 종교를 표명하고 실행하거나 또는 그들 자신의 언어를 사용할 권리가 부인되지 아니한다.” 이는 이후 1992년에 유럽의회에서 제정된 지역언어와 소수민족언어 보호를 위한 유럽헌장에서도 다시 강조되었다.

앞에서의 논의에 비추어 볼 때, 소수민족과 소수언어가 별도로 존재하지 않는 우리의 경우에 독자적인 문화기본권 정립의 필요성과 가능성은 현저히 낮다고 평가된다. 그러나 문화정책과 관련해서 문화에의 보편적 접근 및 향유에 있어서의 평등 실현, 지역문화의 정체성 보존과 장려 그리고 더욱 가시화되어가는 다문화사회에서 이주민들의 증가와 함께 비롯하는 문화 다양성과 사회통합의 문제는 우리에게 의미 있는 주제로 주어져 있다고 여겨진다.

Ⅲ. 문화법제의 현황과 문제점

1. 국가 주도의 문화통제와 ‘과시적 문화정책’

해방이후 6.25전쟁과 전후 복구과정, 60년대 이후의 산업화국면에서의 급속한 서구화 등을 통해 그간 우리 문화에 대한 정부와 국민 일반의 관심은 상대적으로 소홀했다고 평가된다. 그러나 이 시기 동안에 문화정책 추진에 필요한 법제와 행정체계의 기본 틀이 그나마 갖추어진 것이 나름의 성과였다고 평가된다.⁴⁰⁾ 즉 이 시기에 국립중앙박물관(1949년), 국립극장

제2항 - “공동체는 자신의 활동을 통해 구성국가들 간의 공조협력을 촉진하고, 지원하며 그리고 필요한 경우에는 아래 영역들에서 보충적 역할을 행한다.

- 유럽민족의 문화와 역사에 대한 인식과 확산의 개선
- 유럽적 의미에서의 문화유산의 유지와 보호
- 비상업적인 문화교류
- 시청각적인 영역에서 예술과 문학의 생성

제3항 - “공동체와 구성국가들은 제3국과, 문화영역에 관할을 지닌 국제기구, 특히 유럽의회와의 공조협력을 촉진한다.

제4항 - “공동체는 다른 규정에 따른 활동에 있어서 문화적 측면, 특히 문화 다양성의 유지와 촉진이라는 관점에서는 이 조약을 고려해야 한다.

제5항은 생략함.

39) T. von Danwitz, Die Kultur in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, NJW 2005, S. 530.

(1950년), 국립국악원(1950년)이 설치되었고, 문화보호법(1952년), 저작권법(1957년), 공연법(1961년), 문화재보호법(1962년), 불교재산관리법(1962년), 향교재산법(1962년), 지방문화사업 조성법(1965년), 영화법(1965년), 음반에 관한 법률(1967년)에 제정되었고, 1961년에는 문화재 관리국이 설치되었다. 그러나 1970년대 유신정권의 문화정책은 기본적으로 국가의 목표달성을 위한 하나의 수단으로 문화·예술을 이용하였으며, 이를 위한 선별적 지원, 심의, 검열 등을 통한 통제를 적절히 활용했다. 그리고 이른바 3S(Sports, Screen, Sex)정책으로 상징되는 80년대의 문화정책은 정치적 주제로부터 국민들의 관심을 분산시킬 것을 의도하면서 그 기저에 “물량지원을 통한 문화예술의 진흥과 대중문화에의 개입을 통한 국민동원체제의 강화”라는 두 요소가 깔려 있었다고 비판된다.⁴¹⁾

2. 문화기본법 및 지역문화진흥법의 제정

앞서 언급했듯이 현 정부는 핵심 국정기조의 하나로서 ‘문화융성’을 밝혔고, 문화융성위원회가 설치되고서 지난 2013년 12월 30일에 ‘문화기본법’이 제정되었다. 핵심 내용은 모든 국민의 문화 향유를 일종의 법적 권리로 뒷받침하는 것인데, 즉 성, 종교, 인종, 신체조건 등에 상관없이 국민 누구나 문화 활동에 참여하고 누릴 수 있는 기본 권리를 명시(제4조)하면서, 이를 근거로 국가와 지방자치단체의 관련 책무를 규정(제5조)하는 데에 있다. 즉 정부는 매 5년마다 범정부 차원의 문화진흥 기본계획을 수립해야 하고, 정부와 지방자치단체는 정책의 문화 효과를 측정하는 문화영향평가를 의무적으로 실시하도록 정하고 있다. 그리고 ‘문화진흥 기본계획’에는 ▲국가 문화 발전의 목표와 방향 ▲문화진흥을 위한 법·제도 마련 등의 기반 조성 ▲전통문화, 문화예술, 문화복지, 문화산업 등 정책영역별 진흥 방안 ▲문화권 신장에 관한 사항 ▲문화 인력의 양성과 문화교육의 활성화에 관한 사항 등에 관한 내용이 반영될 예정이라고 한다. 여기서 문화 향유를 위한 기본 권리를 명시적으로 밝힌 것은 문화 향유와 관련하여 진일보한 내용이라고 평가된다. 그러나 이와 유사한 내용으로 헌법전에 삽입되지 않는 한은 여전히 법률상 권리의 지위에서 벗어나지 못한다고 본다. 이 문화기본법은 문화·예술계는 물론 정치권 및 시민사회계가 오랫동안 요구해온 법으로서 이미 2004년과 2006년 두 차례에 걸쳐 입법이 추진되었으나 무산되었고, 이후 2006년 국민의 문화적 권리를 대내외에 천명하는 문화헌장이 제정 선포된 바 있었다. 최근에 여러 법영역들에서 이른바 ‘기본법’ 제정이 대세인 까닭에 문화기본법도 이와 맥락을 같이 한다고 판단되는데, 문화 향

40) 차원일, 헌법상 문화국가원리에 관한 연구, 연세대 대학원 석사학위논문, 2009, 58쪽 참조.

41) 차원일, 앞의 책, 58쪽 참조. 당시 갓 출범한 제5공화국 정부에게 민주적 정당성이 취약했던 가운데 국가주의와 상통하는 ‘국풍81’이라는 대규모 문화행사가 1981년 5월 28일부터 6월 1일까지 5일간 여의도에서 개최되었는데, 이후 ‘은폐의 축제 정치’로 비판되었다.

유를 위한 기본 권리의 선언에 뒤따르는 후속조치들이 얼마나 구체적일지는 여전히 불명확하다.

이어서 2014년 1월 28일에 ‘지역문화진흥법’이 제정되었다. 법안의 핵심 골자는 지역문화의 고유성과 다양성을 보존하고, 지역간 문화 격차를 해소하는 가운데 생활문화의 정착 및 활성화를 위한 국가와 지방자치단체의 책무를 밝히면서, 지역문화인력 양성 및 문화도시 등의 지정 및 지원, 지역문화재단 및 지역문화예술위원회 등에 대한 설치근거를 정하는 데에 있다. 지역문화의 고유성과 다양성을 인정하고 그것의 유지·보존을 강조하는 데에 이론의 여지가 없다. 이와 함께 그간 지방자치제도가 본격적으로 실시되고서 각 지역마다 지역축제가 난립하고, 중복적이고 전시행정적인 축제로 인해 지방재정에 큰 부담을 초래해온 문제는 이미 널리 알려진 바이다. 따라서 지역문화의 활성화에는 지역문화에 대한 지역주민들의 관심과 더불어서 무엇보다도 안정적이고 지속가능한 재정적 뒷받침이 필요하다.

3. 다문화사회담론과 사회통합의 관계 속에서의 문화

2013년 현재 체류외국인을 포함해서 우리나라에 거주하는 이주민수가 140만명을 훌쩍 넘어서고 있는 가운데 다문화사회담론이 활발하다. 특히 외국인과의 혼인이 증가하면서 그 사이에서 태어난 다수의 2세 자녀들이 자라나는 새로운 환경 속에서 단일민족의 동질성에 근거한 기존의 문화국가담론은 수정이 불가피하다. 왜냐하면 그것이 이들 자녀들에게는 차별과 배제를 뜻하고 인권을 침해할 우려가 크기 때문이다.⁴²⁾ 이러한 가운데 최근 정부는 다방면에서의 다문화가족 지원사업 등을 통해 이들을 우리 사회에 통합시키기 위한 노력에 적극적이다.⁴³⁾ 이러한 작업은 한편 그 자체로 필요하고 바람직하지만, 다른 한편 이들이 갖는 이중적인 문화적 정체성을 고려하지 않은 채 사회통합이 강조되면서 자칫 지나친 간섭과 개입으로 비취질 수도 있다. 이와 관련해서 현행의 ‘다문화가족지원법’은 정책대상이 문화 다양성이 아니라 가족에 중점이 놓여 있으며, 복지적, 시혜적 관점이 주가 되어서 문화적 관점이 소홀하고, 문화·예술관련 법제 등에서도 문화적 다양성 증진을 위한 내용이 반영되어 있지 않다는 비판이 제기된다.⁴⁴⁾ 그리고 최근에 제정된 ‘문화기본법’에서도 원칙적으로 문화다양성 보장과 문화 표현과 활동에 있어서 인종에 따른 차별금지를 밝히고는 있지만, 다문화사회담론에 따른 특별한 문화다양성 증진에 대해서는 별도의 언급이 없다.

42) 정중섭, 앞의 책, 249쪽 참조.

43) 예컨대 ‘제한외국인처우기본법’, ‘다문화가족지원법’ 등을 통해 각종의 한국어 교육 및 한국문화교육 등 각종의 사회통합프로그램을 운용하고 있다.

44) 김정순, 다문화사회의 문화다양성 증진을 위한 문화예술법제 개선 연구, 한국법제연구원, 2012, 27쪽 이하 참조.

IV. 맺는 말

인간이 정신적 존재인 까닭에 문화의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 이 같은 중요성 때문에 국가, 특히 권위주의국가의 입장에서는 개인 내지 다수 국민의 정신·문화영역을 주도 내지 통제하고자 하는 욕망에서 벗어나기가 또한 쉽지 않은 것도 사실이다. 이는 과거 권위주의적 군사정부시절에 “우리는 민족중흥의 역사적 사명을 띠고 이 땅에 태어났다”로 시작되는 국민교육헌장의 예에서 쉽사리 확인된다.⁴⁵⁾ 이렇듯 중립적인 문화조성 및 장려 그리고 문화에 대한 관리 내지 통제는 그 경계가 불분명하다. 그러므로 문화다양성을 증진하고 장애인과 빈곤층 그리고 이주민들과 같은 문화적 소수자에게 문화에 대한 보편적 접근을 가능케 하는 최선의 방법은 문화국가원리에 따른 국가과제의 설정보다는 무엇보다도 자유권과 생활권적 성격이 혼재하는 여러 문화관련 기본권을 최대한 보장하는 데에 있다고 생각된다.

무엇보다도 문화에 대한 보편적 접근은 최소한의 삶의 여유를 갖는 것으로부터 시작한다. 성인들에게는 직장가 가정, 아이들에게는 학교 등 주변의 환경이 여전히 그리고 더욱 팍팍하게 짜여있는 가운데 TV, 공연 등 각종의 매체가 동원되어서 이미 상품화된 문화가 우리를 가득 에워싸고 있는 것이 주어진 현실이다. 생업에 종사하면서 각자 또는 온가족이 한자리에 모여서 함께 누리는 ‘저녁이 있는 삶’ 자체가 바로 문화적 삶일 것이다. 민주주의가 제대로 작동하기 위해 일정한 경제적 성장이 전제되듯이 문화에도 어느 정도의 경제적 안정이 필요하다는 점에는 충분히 수긍한다. 그러나 과도한 국가주의와 함께 문화 그 자체가 아니라 문화상품 내지 문화산업으로 포장된 경제논리에 문화가 종속되는 것 또한 마땅히 경계되어야 한다.

45) 일본에서 메이지(明治)정부는 근대화정책을 추진하면서 잘 정비된 관료제와 군대가 있더라도 인민의 정신적인 지배가 없으면 권력을 안정시키지 못한다는 사실을 일찍부터 깨닫고 있었으며, 따라서 메이지정부는 천왕의 신격화에 노력하고자 의무교육을 실시했다고 한다. 황국신민으로서의 국민을 정신적으로 지배하기 위한 원리로서 메이지헌법 공포가 있는 이듬해인 1890년 10월에 ‘교육에 관한 칙어(敎育勅語)’가 반포되었다. 이 교육칙어는 모든 학교의 기본원리일 뿐만 아니라 국민의 정신생활에 있어서도 최고규칙이 되었다고 한다. 다카시로 고이치, 일본의 이중권력-쇼군과 천황, 살림, 2006, 57쪽 참조. 지난 제3공화국에서 1968년에 제정된 우리의 국민교육헌장 역시 그 동기적인 측면에서 이와 크게 다르지 않다고 비판되었다. 브리태니커 백과사전에서는 이 국민교육헌장을 “박정희 정권의 국가주의적·전체주의적 교육 이념을 담은 헌장”으로 정의하고 있는데, 국민교육헌장은 선포된 지 25년 만인 1993년 초등학교 교과서와 정부 공식행사에서 사라졌다고 기술하고 있다.

【토론문】

“문화기본권과 문화법제의 현황과 과제”에 대한 토론문

홍 석 한*

발표문은 길지 않은 분량에도 불구하고 문화국가원리와 문화기본권, 문화법제가 나아가야 할 방향에 대해 무게감 있는 논지를 분명하게 제시하고 있습니다. 선행연구가 상대적으로 많지 않은 상황이기엔 관련 연구에 주는 의미가 더욱 크다고 봅니다. 본 토론자는 발표문에 담긴 대부분의 취지에 공감하는 바입니다. 이에 특별한 이의제기나 질문을 하기보다는 발표문의 요지를 정리하면서 관련하여 앞으로 보충적으로 논의되어야 할 것으로 생각되는 바를 적어보려고 합니다.

먼저, 발표문은 문화와 국가의 관계에 대한 두 가지 대립된 관점을 소개하면서 문화국가 내지 문화국가원리 개념의 적용에 비판적인 입장을 취하고 있습니다. 이는 무엇보다 문화는 사회 내에서 자율성을 기반으로 생성·발전하는 것이라는 인식과 문화와 국가가 적극적으로 결부될 경우 나타날 수 있는 국가종속적 문화현상에 대한 거부에 따른 것으로 이해됩니다.

이와 같은 문제의식에 대해서는 충분히 공감할 수 있습니다. “문화국가”는 그 이해와 적용에 따라 자칫 사회의 자율적인 문화형성을 저해하고, 문화에 대한 수준심사나 획일적인 문화의 강제를 정당화할 수 있으며, 문화영역에서 국가에 의해 제공되는 급부가 지나치게 큰 비중을 차지하게 될 우려도 있습니다. 또한 발표문도 지적하고 있는 바와 같이 국가에 의한 중립적인 문화조성 및 장려와 문화에 대한 관리 내지 통제는 명확히 구분되기 어려운 측면이 있습니다. 이밖에 문화국가원리의 근거가 되는 헌법 제9조의 “전통문화의 계승·발전”과 “민족문화의 창달”이 문화의 자율성 및 역사성을 간과하고 국가의 적극적인 문화간섭이나 국수주의, 자문화중심주의와 연결될 가능성도 부정할 수 없습니다.

다만, 문화국가원리를 국가에 대해 문화의 개방성과 다원성을 존중해야 할 의무, 특정한 지역이나 집단의 문화적 정체성을 보장해야 할 의무, 불편부당의 원칙에 입각하여 문화발생의 풍토를 장려해야 할 의무, 문화영역에서 실질적인 평등을 실현해야 할 의무, 문화유산을 보호해야 할 의무 등을 부여하는 헌법의 기본원리로 인정하는 것은 가능하고 또 일부 필요한

* 목포대학교 법학과 부교수

측면도 있다고 봅니다.

헌법은 전문에서 “자유와 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 할 것을 규정한 것을 비롯하여 제9조에서 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력해야 할 국가의 의무와 제11조 제1항 제2문에서 문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니할 권리를 규정하고, 제69조에서 대통령 취임선서의 내용으로 헌법수호, 국가보위, 조국의 평화적 통일, 국민의 자유와 복리의 증진과 더불어 민족문화 창달을 포함시키고 있습니다. 이처럼 문화에 대해 특별한 관심을 보이고 있는 현행 헌법의 특징을 인정해야 할 것입니다. 헌법재판소 역시 위와 같은 취지로 문화국가원리의 헌법적 의미를 분명하게 제시하고 있으며, 헌법상 “전통”이 과거에 집착하는 것이 아니라 오늘날의 기준과 의미로 해석되어야 함을 강조함으로써 문화국가원리가 오해될 가능성도 어느 정도 배제하고 있습니다.

한편, 국가가 문화에 대해 그 토대를 조성하고 장려하는데 그치지 아니하고 적극적으로 개입하는 것도 문제이지만 전통문화를 비과학적이고 미개한 것으로 치부하고 민족문화유산의 보존 및 관리, 반환 등에 소홀한 것, 분명히 잘못된 문화나 문화적 불평등에 방관하는 것 역시 경계되어야 합니다. 또한 문화국가원리는 양심, 학문, 예술, 언론·출판, 종교, 교육, 인간다운 생활 등 관련 기본권의 내용을 더욱 풍부하게 하고, 입법과 정책결정의 지침이자 그 위헌성 심사기준으로 작용하게 될 것입니다.

문화국가원리를 헌법의 기본원리로 인정할 때 기대할 수 있는 긍정적인 측면도 있는 만큼 그 내용을 구체적으로 정립하기 위해 노력하는 것도 고려될 수 있다고 봅니다.

다음으로, 발표문은 문화기본권에 대해 이러한 용어가 기본권의 분류와 관련한 하나의 범주로서는 의미가 있을 수 있지만, 헌법적 차원에서 독자적인 기본권 영역으로 논의되는 것에 대해서는 회의적인 입장을 밝히고 있습니다.

본 토론자 역시 “문화”의 개념 자체가 매우 포괄적이고 다의적이기 때문에 독자적인 기본권 영역으로서 문화기본권을 설정하는 경우 관련 논의 역시 추상적이고 공허해질 우려가 있고, 대부분의 문제 상황은 관련 기본권의 적용을 통해 해결될 수 있다고 생각합니다.

다만, 발표문도 언급하고 있는 바와 같이 비록 우리나라에는 소수민족이나 소수언어가 별도로 존재하지 않는 상황이지만 다문화사회의 가시화는 위와 같은 인식에 대한 변화의 계기가 될 것입니다. 또한 이주민의 문제가 아니더라도 특정한 집단이나 지역의 구성원들이 자신의 문화적 정체성의 보존과 지원을 요구하는 상황도 상정할 수 있습니다. 특히, 요구되는 문화적 정체성이 단순한 생활양식에 그치지 아니하고 교육이나 의료 등과 같은 영역에서 국가의 획일적인 제도에 대응한 독자성까지 포함하는 경우라면 보다 복잡한 문제가 될 것입니다.

문화적 정체성의 유지를 기본권으로 인정할 수 있는지, 누구에게 어떠한 범위에서 인정할 수 있는지에 관한 논의도 필요해 보입니다.

마지막으로, 발표문은 과거 문화법제가 국가 주도의 문화통제 수단으로 활용되었다는 점, 문화융성을 국정기조의 하나로 내세운 현 정부에서 제정된 「문화기본법」 및 「지역문화진흥법」은 문화의 향유와 지역문화의 활성화를 위해 구체적, 안정적, 지속적인 후속조치와 지원이 이루어질 때 실효성을 거둘 수 있다는 점, 현행 「다문화가족지원법」이 다문화사회의 문화적 다양성을 증진하는데 기여하는데 한계가 있다는 점을 지적하고 있습니다. 발표문의 논지에 충분히 공감하는 바입니다.

한편, 문화의 조성 과 장려는 국가에 의한 지원을 필요로 하며, 「대중문화예술산업발전법」, 「독서문화진흥법」, 「문화산업진흥기본법」, 「문화예술교육지원법」, 「문화예술진흥법」, 「문화예술후원 활성화에 관한 법률」, 「방송문화진흥회법」, 「인쇄문화산업진흥법」, 「콘텐츠산업진흥법」, 「영상진흥기본법」, 「국민체육진흥법」, 「스포츠산업진흥법」 등 문화와 관련된 현행 법제 역시 재단, 협회, 위원회, 진흥원 등의 설립과 재정적 지원에 초점을 두고 있습니다.

하지만 이러한 지원은 문화의 자율성 및 독립성과 갈등관계를 초래하고, 순식간에 국가에 의한 개입 내지 통제 의 길로 연결될 수 있습니다. 더욱이 문화를 산업의 관점에서 바라보고 경제정책의 차원에서 접근하는 경우에는 그에 관한 국가의 개입가능성이 보다 확대될 것입니다.

결국, 문화적 다양성의 증진과 보편적 접근의 확대는 문화와 관련된 기본권을 최대한 보장하는 것과 더불어 정치적인 평가와 가치판단을 통해 지원이 선별적으로 이루어지는 것, 경제적 지원을 매개로 문화예술을 국가에 종속시키는 것, 재단이나 협회의 형식을 빌려 국가가 문화영역에 실질적으로 개입하는 것을 방지하기 위한 노력을 필요로 합니다. 나아가 문화, 예술, 체육 분야의 민간조직 내에서 재정의 공정한 관리와 민주적인 의사결정이 이루어질 수 있도록 절차적인 틀을 제시하는 것도 고려되어야 할 것입니다.

발표문은 문화에 대한 보편적 접근의 전제조건으로서 최소한의 삶의 여유, 문화가 자본의 논리와 국가주의에 포섭되는 것에 대한 경계를 강조하고 있습니다. 이 역시 문화에 대한 제도적 접근에서 가장 먼저 고려되어야 할 측면이라고 생각합니다.

각종 국제지표 가운데 자살율과 노동시간은 최상위권을, 출산율과 여가시간, 실질임금은 최하위권을 기록하고 있는 우리나라의 상황에서는 문화시설과 서비스에 대한 보편적 접근은 물론 자율적이고 창의적인 문화의 형성 자체가 어렵습니다.

또한 정부 정책을 비판하거나 풍자하는 미술작품이 전시를 거부당하는 상황,¹⁾ 특정한 기념

곡 제창이 기념행사의 순서에서 배제되는 상황,²⁾ 자신의 의지와 상관없이 영화 관람에 앞서 애국가 대신 지루할 만큼 많은 양의 광고를 시청해야 하는 상황,³⁾ 대형 기획사에 의해 대중 음악과 방송이 독점되고,⁴⁾ 대기업 계열의 대형 배급사에 의해 영화상영권이 독점되는 상황⁵⁾은 위와 같은 문제의식이 여전히 유효함을 보여줍니다.

결국, 문화융성은 마땅히 ‘저녁이 있는 삶’을 위한 제도적 노력, 표현의 자유가 갖는 민주적 가치에 대한 존중, 대기업 기타 자본에 의해 문화영역이 독점되는 것에 대한 경계를 토대로 할 때 비로소 가능할 것입니다.

-
- 1) “대통령 풍자작품 전시유보에 항의…작품 철거 잇따라”, 연합뉴스, 2014.08.11. <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2014/08/11/0200000000AKR20140811107300054.HTML?from=search>
 - 2) “올해 5·18 기념식에도 ‘임을 위한 행진곡’ 못 부른다”, 경향신문, 2014.05.13. http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201405131523201&code=940202
 - 3) “극장 광고 22개 봐야 영화 시작한다”, 서울경제, 2014.09.29. <http://economy.hankooki.com/lpage/industry/201409/e20140929171304120180.htm>
 - 4) “대형사가 독식한 방송 출연 ‘하늘의 별따기’”, 엑스포츠뉴스, 2014.05.01. http://www.xsportsnews.com/?ac=article_view&entry_id=440221
 - 5) “CGV·롯데시네마·메가박스 등 대기업 영화산업 독점 ‘심각’”, 세계일보, 2014.10.27. <http://www.segye.com/content/html/2014/10/27/20141027001033.html?OutUrl=naver>

【토론문】

“문화기본권과 문화법제의 현황 및 과제”에 대한 토론문

김 해 원*

I

토론할 수 있는 기회를 주신 한국공법학회와 한국법제연구원, 그리고 육고를 통해서 제 공부의 새로운 계기를 마련해주신 이종수 교수님께 감사드립니다. 문화와 헌법이란 주제에 관해서 평소 막연한 관심만 가지고 있었을 뿐 그다지 깊게 고민을 해보지는 못했는데, 이 교수님의 글을 통해서 새로운 생각들과 고민들을 가질 수 있게 되었습니다.

이 교수님께서 문화와 헌법의 관계와 관련하여 갖고 계신 “문제인식의 일단을 공유하는 것”에 주목하시면서 발표를 시작하고 있으시므로(발표문 2쪽), 우선 제가 이해하고 있는 이 교수님의 핵심 논지들을 간단히 말씀드리고, 관련하여 평소 제가 갖고 있었던 의문을 말씀드리고자 합니다. 이러한 의문들이 일견 터무니없는 것 혹은 이 교수님의 취지를 곡해한 것은 아닌가 하는 걱정도 들지만, 그에 대한 이 교수님의 답에서 많은 것들을 배워가는 시간으로 삼고자 합니다.

II

“문화기본권과 문화법제의 현황 및 과제”라는 제목으로부터도 유추해볼 수 있듯이 본 발표의 핵심은 기본권으로서의 “문화”와 그리고 국가목적 내지는 국가목표로서의 “문화”라는 두 가지 문제에 대한 탐구가 아닐까 합니다. 이와 관련하여 이 교수님께서 갖고 계시는 생각의 핵심은 다음과 같은 것이라고 생각합니다.

1. “기본권분류에 따른 하나의 범주로서 문화(관련)기본권이 나름 의미 있는 표현이 될지는 몰라도, 독자적이고 체계적인 차원에서 문화기본권을 별도로 논하기에는 규범적 차원에서 불

* 전남대학교 법학전문대학원

때 아직 적절치 않다고 본다.” (발표문 7쪽)

2. “문화다양성을 증진하고 장애인과 빈곤층 그리고 이주민들과 같은 문화적 소수자에게 문화에 대한 보편적 접근을 가능케 하는 최선의 방법은 문화국가원리에 따른 국가과제의 설정보다는 무엇보다도 자유권과 생활권적 성격이 혼재하는 여러 문화관련 기본권을 최대한 보장하는 데에 있다고 생각된다.”, “과도한 국가주의와 함께 문화 그 자체가 아니라 문화상품 내지 문화산업으로 포장된 경제논리에 문화가 종속되는 것 또한 마땅히 경계되어야 한다.” (발표문 11쪽)

이러한 이 교수님의 견해는 헌법과 문화의 관계에서 제가 갖고 있는 막연한 의구심들 - 특히, ‘정치적 구호로서 우리가 소위 ‘문화기본권’이라는 개념을 의미 있게 활용할 수 있다는 점은 부인하지 않지만, 적어도 엄격한 논증과정을 통해서 구체적인 국가행위에 대한 헌법적 평가를 해야 하는 사법적 판단에서 활용되는 개념으로서 ‘문화기본권’이란 용어는 무의미하거나 혹은 오히려 방해가 되는 것이 아닐까?, 그리고 ‘국가목표설정과 관련하여 문화라는 이름으로 행해지는 많은 공권력활동들의 실체는 ‘문화’ 그 자체에 주목하고 있는 것이 아니라, 과거에는 주로 물리적 강제력을 확보한 지배계급이 자신의 이데올로기적 설득력을 공고하게 만들기 위한 수단으로서, 오늘날은 지배계급의 효율적인 돈벌이의 수단으로서 ‘문화’라는 개념을 활용하고 있는 것이 아닌가?’ 등과 같은 의문들 - 을 보다 구체적으로 제기할 수 있는 계기가 되었습니다.

III

이렇게 제기되는 의문들은 특히 다음과 같습니다.

(1) 기본권은 개인(국민)이 국가에 대해서 요구할 수 있는 헌법적 차원의 권리입니다. 그런데 ‘문화기본권이란 것은 요구의 구체적 내용이 아니라, 요구되는 구체적 내용들을 문화의 이름으로 그저 한번 묶어보는 것이 아닌가?’ 그렇다면 ‘이렇게 묶어보는 작업은 과연 어떠한 구체적인 의미가 있는 것인가?’ 가령 국가에게 요구하는 것의 내용이 사실상의 급부인 경우, 우리는 이를 ‘사회적 기본권’이라고 묶으면서 심사의 대상이 국가의 적극적 행위이며 또 국가재정능력 등과 같은 사실적 요인에 의해 좌우되는 바가 크다는 점에 주목하여 심사기준으로서 ‘과소금지원칙’을 제안하거나 구체적인 경우에 국가(특히, 입법자)의 광범위한 형성권에 주목하는 경향성을 확인할 수 있는 것을 고려할 때, 과연 우리가 ‘문화기본권’이라는 용어를

사용해서 기본권심사과정에서 얻을 수 있는 구체적인 논증상의 실익이 과연 있는 것인지에 관하여 이 교수님의 의견을 듣고 싶습니다.

(2) 문화는 헌법상 개념이기도 합니다. 즉, 우리 헌법상 “문화”라는 용어는 5번 - 전문의 “정치·경제·사회·문화의 모든 영역”, 제9조 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”, 제11조 “[...] 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”, 제69조 “민족문화의 창달에 노력하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것” - 등장합니다. 따라서 헌법상 개념인 “문화”의 의미를 밝히는 것은 해당 헌법조항으로부터 출발해야 할 것으로 보입니다. 이러한 관점에서 본다면 다음과 같은 의문이 듭니다. 우선 헌법 전문과 제11조에서 사용된 문화는 정치·경제·사회와 함께 나열되어 있는데, 그렇다면 문화와 관련된 영역은 전체 생활영역 혹은 헌법을 통해서 규율되는 영역들 중에서 정치영역, 경제영역, 사회영역을 제외한 영역을 의미하는 것으로 이해할 수 있겠는지에 관해서 교수님의 생각을 여쭙고 싶습니다. 아울러 제9조 및 제69조는 “문화”라는 명사 앞에 “전통” 혹은 “민족”이란 명사를 붙여서 복합명사를 등장시키고 있습니다. 이러한 복합명사의 의미를 밝히기 위해서는 결국 “전통”과 “민족”의 개념이 확인되어야 할 것으로 생각되는 바, 헌법상 “전통”과 “민족”은 어떻게 이해되어야 할 것인지에 관해서 교수님의 생각을 여쭙고 싶습니다. 또한 계승·발전의 대상으로 삼고 있는 것은 단순한 문화가 아니라 “전통문화”이며, 마찬가지로 창달의 대상으로 삼고 있는 것 또한 “민족문화”라는 점에서 과연 “전통문화”와 “민족문화”는 다른 개념으로 이해해야 하는 것이지요?

(3) 마지막으로 여쭙고 싶은 것은 헌법적 논증에서 “문화”의 개념으로 포착될 수 있는 범위를 어떻게 볼 것인가 하는 문제입니다. 예컨대 ‘식인문화’라는 것이 있다면, 이러한 문화는 애당초 헌법상 문화의 개념에서 제외하고 출발해야 하는 것인지, 그렇지 않다면 일단 문화의 개념으로 포착한 후 ‘식인문화’를 금지하는 각종 제도들을 정당화하는 논증들을 별도로 해야 하는 것인지, 그리고 만약 별도로 해야 하는 경우에 과연 무엇으로(혹은 어떠한 기준에 따라서) 애당초 문화의 범주로 포착될 수 없는 것과 문화의 범주로 포착될 수 있는 것을 구분할 수 있는 것이지요? 또 이러한 논증에서 과연 누가 논증의 부담을 져야 하는 것이지요?

【제2주제】

문화공공성과 문화다양성을 제고하기 위한 법적 과제

김재광*

<국문요약>

오늘날 문화공공성과 문화다양성이 공법의 중요한 화두(話頭)로 등장하고 있다. 우리 헌법이 지향하는 문화국가에 있어서 문화란 ‘자율성·개별성·고유성·다양성·개방성·창조성·공공성’을 그 본질적 속성으로 한다. 문화국가란 문화의 자유와 평등이 보장되고, 국가의 적극적 과제로서 문화의 보호와 육성이 실현되는 국가를 말한다. 문화국가를 건설하기 위해 국가가 반드시 존중하고 또 그 문화정책의 가치기준으로 삼아야 되는 양심의 자유(제19조), 종교의 자유(제20조), 학문과 예술의 자유(제22조) 등을 우리 헌법은 보장하고 있다.

문화국가원리는 국가의 문화정책과 불가분의 상호관계에 있다. 국가와 문화의 관계에 대해서 ‘국가는 문화의 자율성을 보장하는 한편으로 또한 적극적으로 문화를 지원하고 육성해야 한다’는 기본관점을 가지고 있는 것으로 본다. 따라서 문화국가의 헌법적 과제로 대체로 ① 문화적 자율성의 보장, ② 문화의 보호·육성·진흥·전수, ③ 문화적 평등권의 보장을 들고 있다.

대부분의 현대국가는 문화현상의 자율성은 존중하면서도 문화국가를 위한 문화정책을 하나의 문화복지정책의 차원에서 파악하고, 모든 문화현상에 대해서 국민에게 균등한 참여기회를 보장해 주기 위해서 문화·교육단체의 조직과 활동이 민주적으로 이루어질 수 있도록 최소한의 규제와 간섭을 하는 것이 보통이다. 문화국가의 본질상 문화공공성과 문화다양성을 제고하기 위해서 국가개입이 불가피한 경우가 있을 수 있다. 그러나 이 문제는 필연적으로 문화국가원리에 따른 국가개입의 원리적 한계문제를 제기하게 된다.

문화공공성을 형식적 문화공공성, 내용적 문화공공성, 과정적 문화공공성으로 유형화하여 그에 상응하는 다양한 법제들을 살펴보았다. 형식적 문화공공성은 문화행정조직과 문화행정예산을 핵심 내용으로 하므로 문화행정조직제 등이 연구대상이 된다. 내용적 문화공공성은 문화 참여, 창작, 교육을 핵심내용으로 하므로 다양한 문화관련법제들이 연구대상이 된다. 과정적 문화공공성은 문화공론장의 형성의 전제조건으로서 참여, 정보의 공개 및 제공을 주요내용으로 하므로 행정절차법, 정보공개법, 공공데이터법 등이 연구대상이 된다. 한편 문화다양성도 「문화다양성법」, 다문화 관련 법제, 문화도시 관련 법제 등 다양한 법제들이 그 연구대상이 된다.

문화공공성과 문화다양성 제고를 위한 법적 과제로는 첫째, 문화공공성과 문화다양성 제고를 위한 중앙정부와 지자체의 노력으로서는 ① 문화분권 - 중앙정부와 지자체의 협업 및 협력 강화, ②

* 선문대학교 경찰행정법학과 교수·서울대학교 법학연구소 객원연구원

입법권 분배를 통한 문화공공성과 문화다양성의 실질화를 제시하였다. 둘째, 문화공공성을 제고하기 위한 법적 과제로는 ① 문화공공성에 대한 법적 용어정의의 필요, ② 문예진흥기금에 대한 법적 과제, ③ ‘문화가 있는 날’의 운영상 과제, ④ 문화공공성을 제고하기 위한 저작권법 과제 등을 제시하였다. 셋째, 문화다양성을 제고하기 위한 법적 과제로 ① 문화다양성 제고를 위한 교육과 전문 인력 양성, ② 문화다양성 제고를 위한 국제교류 및 국제협력의 강화, ③ 문화다양성 제고를 위한 문화도시 육성, ④ 문화다양성 제고를 통한 사회갈등 완화 등을 제시하였다.

- I. 머리말
- II. 문화, 문화공공성 및 문화다양성의 의의
- III. 헌법상 문화국가원리와 국가의 문화정책과의 상관성
- IV. 문화국가원리에 따른 국가개입의 기준과 한계문제
- V. 문화공공성 관련 법제 현황 및 분석
- VI. 문화다양성 관련 법제 현황 및 분석
- VII. 문화공공성과 문화다양성 제고를 위한 법적 과제
- VIII. 결론

I. 머리말

오늘날 문화공공성과 문화다양성이 공법의 중요한 화두(話頭)로 등장하고 있다. 우리 헌법이 지향하는 문화국가에 있어서 문화란 ‘자율성·개별성·고유성·다양성·개방성·창조성·공공성’을 그 본질적 속성으로 하기 때문에 자연스러운 것으로도 볼 수도 있고, ‘참여’, ‘공개’ 그리고 ‘차이’를 강조하는 시대적 요청에 부응하는 측면에서 그럴 수 있으리라 본다.

문화공공성과 문화다양성은 개념상 상당히 논쟁적인 측면이 있음을 부인할 수 없다. 특히 문화공공성이 그러하다. 주지하다시피 21세기 초반 우리나라에서 공공성이라는 단어만큼 자주 사용된 용어도 없을 것이다. 문제는 공공성개념은 시간과 장소, 또 주체에 따라 미묘한 변화를 일으키기 때문에 개념 정립이 어렵다는 것이다. 따라서 문화공공성에 대한 개념정립 노력이 요청된다. 문화다양성 또한 21세기에 들어서면서 전세계적 관심사로 떠오르고 있기는 마찬가지이다. 문화다양성은 언어나 의상, 전통, 도덕과 종교에 대한 관념, 주변과의 상호작용 등 사람 사이의 문화적 차이를 포괄한다. 문화다양성은 문화복지에서 나아가 인권권을 포함한 적극적인 개념으로 인식되고 있다. 흥미로운 것은 문화다양성이라는 말은 생물다양성으로

부터 개념을 빌렸다는 점이다. 생물다양성은 더욱 많은 생물이 필요로 하는 자원의 공급을 높이는 가장 중요한 원동력이다. 이는 생물 간 서로에게 유익한 방향으로 다양한 상호작용을 증가시켜 생태계의 기능을 유지하기 때문이다. 이제 문화다양성은 문화생태계에서 중요한 요소로 자리잡고 있는 셈이다.

공법영역에서 그동안 별다른 관심을 받지 못하던 문화공공성과 문화다양성은 박근혜 정부가 ‘문화 융성’을 국정기조로 삼고 문화 관련 법령을 대대적으로 정비함에 따라 이제 실정법령에서 제 모습을 드러내고 있다. 따라서 현행 문화공공성과 문화다양성 관련한 법제를 종합적이고 체계적으로 검토할 필요성이 있다. 또한 각 문화관련 법령간의 체계정합성을 검토하고 확보하는 문제도 중요하다. 다만, 본고에서는 법령들의 분석을 통해 문화공공성과 문화다양성을 제고하기 위한 법적 과제를 도출하는 데에 집중하고자 한다.

II. 문화, 문화공공성 및 문화다양성의 의의

우리 헌법이 지향하는 문화국가에 있어서 문화란 ‘자율성·개별성·고유성·다양성·개방성·창조성’을 그 본질적 속성으로 한다. 종래 공법학(헌법/행정법)의 대상으로서의 문화개념은 좁은 의미로 이해되어 왔는데, “국가에 대하여 특별한 관계에 있는 특정한 정신적·창조적 활동용역(교육, 학문, 예술, 종교 등)의 집합”이라고 설명한다.¹⁾ 『문화기본법』은 문화(Culture)를 “문화예술, 생활 양식, 공동체적 삶의 방식, 가치 체계, 전통 및 신념 등을 포함하는 사회나 사회 구성원의 고유한 정신적·물질적·지적·감성적 특성의 총체”라고 정의하고 있다(제3조).

우리나라 문화법정책에 있어서 문화에 대한 이해는 문화법정책을 총괄하는 문화체육관광부의 문화산업국이 신설된 1995년까지는 문화=문화예술=예술, 1995년부터 2001년까지는 문화=산업, 2002년부터 2005년까지는 문화=콘텐츠로 인식되었지만, 2006년부터는 문화=삶의 총체적인 방식으로 전환되었다.²⁾ 문화를 삶의 총체적인 방식으로 이해하려는 노력은 시민사회가 중심이 되어 2006년 5월 제정·공포한 ‘문화헌장’을 통해 그 모습을 드러내었고, 박근혜 정부의 출범과 더불어 ‘문화 융성’이 경제부흥, 국민행복, 평화통일 기반구축과 함께 새 정부의 국정기조로 제시되면서 문화가 중요시되었다.

1) 성낙인, 『헌법학』 제4판(법문사, 2014), 350쪽; 전광석, 『헌법학』 제9판(집현제, 2014), 146쪽; 이인호, “문화에 대한 국가개입의 헌법적 한계”, 『공법연구』 제43집제1호(한국공법학회, 2014. 10), 2쪽 등

2) 김창규, “문화국가 구현을 위한 문화분권의 과제”, 『공법연구』 제42집제4호(한국공법학회, 2014. 6), 152쪽

문화의 획일성은 금기시되며, 문화다양성이 존립할 수 있는 문화풍토를 조성하여야 한다. 『문화다양성의 보호와 증진에 관한 법률』(약칭: 문화다양성법)은 문화다양성(Cultural diversity)을 “집단과 사회의 문화가 집단과 사회 간 그리고 집단과 사회 내에 전하여지는 다양한 방식으로 표현되는 것을 말하며, 그 수단과 기법에 관계없이 인류의 문화유산이 표현, 진흥, 전달되는 데에 사용되는 방법의 다양성과 예술적 창작, 생산, 보급, 유통, 향유 방식 등에서의 다양성을 포함한다”라고 정의하고 있다(제2조 제1호). 또한 『문화기본법』은 제2조(기본이념)에서 “이 법은…개인이 문화 표현과 활동에서 차별받지 아니하고, 문화의 다양성, 자율성과 창조성의 원리가 조화롭게 실현되도록 하는 것을 기본이념으로 한다”고 선언하고 있다.

문화다양성개념은 생태학분야에서의 ‘생물다양성’(Biodiversity)에서 비롯된 것으로서 소극적으로는 특정 민족, 유적, 유산을 보존하고 관리하는 것이고, 적극적으로는 새롭게 떠오르고 창조되는 문화들을 적극적으로 수용하고 함께 공존할 수 있도록 여건을 마련함으로써 열린 문화를 지향하는 것으로 본다.³⁾ 이러한 맥락에서 문화다양성은 얼마나 다양한 문화가 존재하는가 하는 수적인 차원이 아니라 사회적 약자와 소수자의 문화적 권리를 얼마나 보장할 수 있는가 하는 보다 근본적인 문제에 관련된다.⁴⁾

한편 문화공공성(Cultural publicness)이란 무엇인가? 먼저 ‘공공성’에 대해 살펴보자. 일반적으로 공공성이라는 것은 사적 이익이나 권리에 대립되는 개념으로서, 혹은 특수이익의 공익으로의 전화(轉化)를 보장하는 허위적 공공성의 참칭개념(僭稱概念)으로서 등장하는바, 전통적 행정법 등의 이론적 테두리 속에서의 공공성 개념이라는 것은 그 내용을 구체적으로 확정하지 않은 채 사용되었고, 그런 까닭으로 행정법의 해석이론의 형성에 있어서 마치 ‘블랙박스’(black box)처럼 공공성개념이나 공익개념을 논할 뿐, 그 구체적 확증을 방치해온 결과 재판에 의한 통제론이나 행정청의 행위규범론으로서도 극히 불충분하였다는 견해가 있다.⁵⁾ 현대행정에 있어서의 공공성 내지 공익의 분석이 현대행정이 수행해야 할 가치실현을 위해 불가결한 것이라고 한다면 그것은 궁극적으로는 행정에 있어서의 헌법적 가치의 실현을 의미하는 것이라고 할 수 있다. 즉, 각각의 개별행정영역에 상응한 인권의 가치서열을 헌법적 원리를 바탕으로 도출함으로써 구체적인 이해조정자체를 법적·규범적 논리에 입각하여 평가해 나가는 것이 강력히 요구된다. 따라서 행정의 공공성론은 절차적인 통제의 대상으로서 그칠 것이 아니라 실체적으로도 헌법적 가치의 구체화로서 규범적 평가·분석의 대상이

3) 김창규, 앞의 논문, 149쪽 각주4) 참조

4) 홍경자, “세계화시대의 문화다양성에 대한 해석학적 문제들”, 『해석학연구』 제29집(한국해석학회, 2012), 143쪽

5) 서원우, 『전환기의 행정법이론』(박영사, 1997), 76-77쪽 참조

되지 않으면 안된다.⁶⁾

사전적(辭典的)으로 공공성은 “어떤 사물·기관 등이 널리 일반 사회 전반에 이해관계나 영향을 미치는 성격 또는 성질” 또는 “개인이나 단체가 아닌 일반 사회 구성원 전체에 두루 관련되는 성질”이라고 정의되고 있다.⁷⁾ 하지만 위에서 제시된 용례에서 드러나는 공공성의 함의(含意)가 이러한 개념정의에 남김없이 포섭될 수 없으며 공공성이라는 말을 사용하고 있는 일반 시민들 사이에, 심지어 학자들 사이에도 그 의미에 대한 최소한의 명시적 또는 묵시적 함의가 존재한다고 말하기 어려우며 그렇기 때문에 공공성이라는 말은 그저 수사적 개념으로 사용되고 있을 뿐이라는 인상을 지울 수 없으며 공공성이 이른바 ‘개념의 인플레이션’이라는 함정에 빠질 수 있는 문제가 있는 셈이다.⁸⁾

공공성은 각 국가별로 다양하게 인식되어 왔다. 미국에서는 자유주의와 공리주의가 결합된 공공선(public good)이 지배적인 공공성 개념이다. 로크(Locke)의 고전적 자유주의에서 출발하여 노직(Nozick)과 같은 자유주의자들에 의해 효율성을 중시하는 공리주의적 공공성이 정립되었으며, 이후 평등적 자유주의자인 롤스(Rawls)가 제시한 정의, 형평성 등이 공공성의 개념에 포함되었다. 반면 프랑스의 공공성은 공리주의적 공공재 개념보다 포괄적이며 그러한 공공성을 구현하는 구체적인 공공서비스 개념을 중요시한다. 공공성 개념은 선택적인 것이라기보다는 특정 상황에서 공동체의 집단적 선택과 의지가 개입되는 정치적 투쟁의 공간으로 해석되어진다.⁹⁾ 공공성을 정의할 때 ① 공적인 것(Official), ② 모든 사람들과 관계된 공통적인 것(Common), ③ 누구에게나 열려 있는 것(Open), 다시 말해, 많은 사람들이 접근 가능하고, 또 많은 사람들을 위한 특성을 갖는 것을 공공성의 핵심으로 보는 견해가 있고,¹⁰⁾ 공공성을 ‘자유롭고 평등한 시민이 공개적인 의사소통의 절차를 통하여 공공복리를 추구’하는 속성이라고 정의하는 견해도 있다.¹¹⁾ 생각건대, 두 견해간에 본질적인 차이를 찾기는 어렵다.

그런 측면에서 필자는 문화공공성을 “문화가 일반 사회구성원 전체에 관련되고 공개적인 의사소통의 절차를 통하여 공공복리를 추구하는 것”이라고 정의하고자 한다.

6) 서원우, 앞의 책, 84-85쪽 참조

7) 김민수 외 엮음, 『금성판 국어대사전』(금성출판사, 1991) 참조

8) 조한상, 『공공성이란 무엇인가』(책세상, 2009), 15-16쪽

9) 이주하, “민주주의의 다양성과 공공성: 레짐이론을 중심으로”, 『행정논총』 제48권제2호, 147쪽

10) 공공성의 3요소로 인민, 공공복리, 공개성을 드는 것도 같은 맥락이라 할 수 있다. 조한상, 앞의 책, 21쪽

11) 조한상, 앞의 책, 34쪽 참조. 이 책에서는 ‘시민’이 아닌 ‘인민’이라고 한다.

Ⅲ. 헌법상 문화국가원리와 국가의 문화정책과의 상관성

1. 문화국가원리의 의의

헌법학자들은 문화국가의 개념에 대해 대체로 긍정적으로 평가하고 있다. 헌법재판소도 여러 결정에서 우리나라는 건국헌법 이래 문화국가원리를 헌법의 기본원리로 채택하여 왔다고 판시하고 있다.¹²⁾ 문화국가란 문화의 자유와 평등이 보장되고, 국가의 적극적 과제로서 문화의 보호와 육성이 실현되는 국가를 말한다.¹³⁾

헌법학자들과 헌법재판소가 드는 논거는 대체로 다음과 같다. 헌법 전문(前文)은 “유구한 역사와 전통에 빛나는”에서 출발하고 있으며, 총강에서 민족문화의 창달조항을 규정하였다(제9조). 이 밖에도 대통령의 취임선서에서 “민족문화의 창달에 노력한다”고 하여, 제9조의 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다”는 의무를 보다 강력히 다짐하고 있다. 또 교육조항에서 “국가는 평생교육을 진흥하여야 한다”(제31조 제5항)고 하여 국가의 문화책임을 강조하고 있다.¹⁴⁾ 그리고 문화국가의 실현에 필요한 정신적 기본권으로서 양심의 자유(제19조), 종교의 자유(제20조), 언론·출판의 자유(제21조), 학문과 예술의 자유(제22조) 등도 그러하다. 한편 헌법재판소는 헌법 제36조 제1항의 혼인과 가족의 보호 또한 “헌법이 지향하는 자유민주적 문화국가의 필수적인 전제조건”이라고 판시하고 있다.¹⁵⁾

2. 우리 헌법상의 문화국가제도

우리 헌법상의 문화국가제도로는 첫째, 국가에게 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달을 위해서 노력하도록 의무를 지워주었고(제9조), 특히 대통령에게 이 의무를 확인시키고 있다는 점(제69조), 둘째, 문화국가의 바탕을 다지기 위해서 의무교육제도(제31조 제2항과 제3항)와 평생교육제도(제31조 제5항) 등 국가의 교육책임을 강조하면서 문화국가가 요구하는 교육의 다양성이 침해되지 않도록 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성을 보장하고 있다는 점(제31조 제4항), 셋째, 무엇보다도 중요한 것은 문화국가를 건설하기 위해 국가가 반드시 존중하고 또 그 문화정책의 가치기준으로 삼아야 되는 양심의 자유(제19조), 종교의 자유(제20조), 학문과 예술의 자유(제22조) 등을 우리 헌법이 보장하고 있는 점을

12) 대표적으로 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1등

13) 김수갑, 「헌법상 문화국가원리에 관한 연구」(고려대학교 박사학위논문, 1993), 14쪽 이하

14) 김철수, 「헌법학신론」 제20전정신판(박영사, 2010), 118-119쪽

15) 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1등

들고 있다.¹⁶⁾

3. 문화국가원리와 국가의 문화정책의 상관성

문화국가원리는 국가의 문화정책과 불가분의 상호관계에 있다. 국가와 문화의 관계에 대해서 ‘국가는 문화의 자율성을 보장하는 한편으로 또한 적극적으로 문화를 지원하고 육성해야 한다’는 기본관점을 가지고 있는 것으로 본다.¹⁷⁾ 따라서 문화국가의 헌법적 과제로 대체로 ① 문화적 자율성의 보장, ② 문화의 보호·육성·진흥·전수, ③ 문화적 평등권의 보장을 들고 있다.¹⁸⁾

국가가 문화정책을 추진하는데 있어서는 연혁적으로 세 가지 서로 다른 사상에 의해서 지배되어 왔다고 한다.¹⁹⁾ 초기자유주의사상이 지배하던 시대에는 국가의 문화불간섭정책을, 그 반대로 국가절대주의사상이나 헤겔(Hegel)의 국가관이 지배하던 시대에는 국가의 적극적인 문화간섭정책을 당연한 것으로 인식했다. 오늘날에는 국가가 모든 문화현상에 대해서 철저하게 ‘불편부당의 원칙’을 지켜서 어떤 문화현상도 이를 우대하거나 선호하는 경향을 보이지 않는 것이 가장 바람직한 문화정책으로 평가받고 있다.²⁰⁾ 즉 그것은 적어도 문화국가원리를 실현하기 위해서는 문화현상이 결코 국가적 간섭이나 규제의 대상이 되어서는 아니되고 사회의 자율영역에 맡겨져야 한다는 것을 뜻하는 것으로 이해하고 있다.

대부분의 현대국가는 문화현상의 자율성은 존중하면서도 문화국가를 위한 문화정책을 하나의 문화복지정책의 차원에서 파악하고, 모든 문화현상에 대해서 국민에게 균등한 참여기회를 보장해 주기 위해서 문화·교육단체의 조직과 활동이 민주적으로 이루어질 수 있도록 최소한의 규제와 간섭을 하는 것이 보통이다. 따라서 문화국가에서의 문화정책은 그 초점이 ‘문화’ 그 자체에 있는 것이 아니고 ‘문화’가 생겨날 수 있는 ‘문화풍토’를 조성하는데 두어져야 한다.²¹⁾ 헌법재판소가 제시하는 문화국가원리를 이해하는 4가지 해석지침으로는 ① 우리 헌법이 지향하는 문화국가에 있어서 문화란 ‘개별성·고유성·다양성·개방성’을 그 본질적 속성으로 한다. ② 문화가 꽃피우기 위해서는 ‘사회의 자율성과 사상의 다양성’이 불가결의 조건이다. ③ 국가의 과제는 이러한 문화가 생겨날 수 있는 문화풍토 조성에 있다. ④ 문화지원

16) 허 영, 『한국헌법론』 전정6판(박영사, 2010), 172-173쪽 참조

17) 문화의 ‘자율성 보장’과 ‘적극적 지원·육성’의 양립가능성의 논쟁에 대해서는 이인호, 앞의 논문, 4쪽. 부정적인 견해로는 정중섭, 『헌법학원론』 제8판(박영사, 2013), 245쪽 참조

18) 이인호, 앞의 논문, 3쪽

19) 허 영, 앞의 책, 171쪽

20) 헌재 2004. 5. 27. 선고, 2003 헌가 1 참조

21) 허 영, 앞의 책, 172쪽

또는 문화풍토의 구성에 있어서 특정 문화현상을 선호하거나 우대하지 않는 불편부당의 원칙이 준수되어야 한다.²²⁾

이러한 문화국가원리의 해석지침은 문화공공성을 당연한 전제로 한 것으로 보아야 할 것이다. 그것은 문화공공성은 개별성·고유성·다양성·개방성과 같은 문화의 본질적 속성이기 때문이다.

IV. 문화국가원리에 따른 국가개입의 기준과 한계문제

문화국가란 문화의 자유와 평등이 보장되고, 국가의 적극적 과제로서 문화의 보호와 육성이 실현되는 국가를 말하기 때문에 문화공공성과 문화다양성을 제고하기 위해서 국가개입이 불가피한 경우가 있을 수 있다. 왜냐하면 문화와 문화서비스는 공공재의 성격을 가지기 때문이고 우리나라의 문화법현실상 수도권과 지방간, 도농간 문화격차가 심하기 때문이다.

퐁티에 교수는 프랑스의 경우나 다른 국가에서도 공권력은 문화에 대해 무관심할 수는 없으며 자신들이 개입해야 할 영역으로 생각하면서 문제는 국가가 문화와 관련해 어떤 것을 해야 하고, 어떤 것들을 해서는 안되는 것인가를 판단하기는 어렵다는 점에 있다고 한다. 왜냐하면 예술적 가치가 있는 문화유산과 같이 공권력의 개입에 이론(異論)의 여지가 없는 부분이 존재하기 때문이라고 한다. 국가가 주도하는 문화정책이나 문화에 대한 권리의 인정은 문화적 활동 뿐만아니라 진정한 문화법의 발전에 중대한 영향을 가져다준다. 행정법과 예술의 일부가 되는 문화와의 접근은 전혀 우연이나 인위적인 것이 아니다. 행정법은 자신이 가지고, 유지하고, 보호해야 하는 공익을 통해 정당화된다. 그런데 어떤 식으로 예술에 대한 정의를 내리든간에 예술은 하나의 공적인 유용성을 나타내며, 공공의 유용함을 나타내는 문화적 활동형식이 존재하기 때문에 문화적인 성질을 가지는 공공서비스 활동이 존재한다고 한다.²³⁾

그러나 이 문제는 필연적으로 문화국가원리에 따른 국가개입의 원리적 한계문제를 제기하게 된다.

이와 관련하여 이인호 교수는 문화국가의 핵심원리로서 ‘문화의 자율성 보장’을 들고, ① 문화정책의 수립과 집행에 있어서 국가의 중립성 원칙의 요구, ② 문화적 다양성에 대한 국가의 관용의 원칙의 요구, ③ 문화적 자유권 내지 정신적 자유권에 대한 최대보장의 원칙의 요구를 문화에 대한 국가개입의 원리적 한계로 들고 있다.²⁴⁾

22) 이인호, 앞의 논문, 5쪽 참조

23) 장-마리 퐁티에(전훈 역), “문화적 서비스”, 『공법연구』 제35집제2호(한국공법학회, 2006. 12), 514쪽 참조

‘문화의 자율성 보장’ 측면에서 국가개입의 원리적 한계가 명확하게 지워지는 것과는 달리 문화공공성과 문화다양성은 ‘문화의 공익성 보장’ 측면에서 국가개입의 필요가 어느 정도 요청되는 것이 아닌가 생각한다. 즉, 국가는 헌법의 정신에 부합하지 않는 ‘사회의 정신적 흐름’에 대하여 대응해야 하고, 사회의 비합리적 요청이나 위헌적인 관습과 만난다면 이를 다른 방향으로 유도하고자 시도할 수 있다. 가령, 문화가 헌법의 가치질서에 명백히 반하는 방향으로 발전하는 경우에는 국가는 이러한 잘못된 방향에 제동을 걸고 다시 헌법에 부합하는 방향으로 유도하고자 시도할 수 있다.²⁵⁾

V. 문화공공성 관련 법제 현황 및 분석

1. 문화공공성과 행정법적 이해

행정학자 중 공공성을 1) 형식적 차원에서의 공공성, 2) 내용적 차원에서의 공공성, 3) 과정적 차원에서의 공공성으로 유형화하여 이해하는 견해가 있다.²⁶⁾ 이를 문화와 연결하면 1) 형식적 문화공공성, 2) 내용적 문화공공성, 3) 과정적 문화공공성으로 재구성할 수 있을 것이다.

행정법적으로는 ① 형식적 문화공공성은 예산과 행정조직을 주요내용으로 하므로 문화행정조직법에 상응하고, ② 내용적 문화공공성은 문화생활에의 참여와 향유, 문화 창작과 전파, 문화적 소양을 위한 교육, 문화적 실천의 확대 등을 주요내용으로 하므로 문화행정작용법에 상응하고, ③ 과정적 문화공공성은 의사소통의 장 혹은 공론장의 형성의 전제 조건으로서 관련된 정보의 공개 정도나 이와 관련된 제도의 존재 여부를 주요내용으로 하므로 문화행정절차법·정보공개법에 상응하는 것으로 볼 수 있다.

본고에서는 형식적 문화공공성, 내용적 문화공공성, 과정적 문화공공성으로 유형화하여 관련 법제를 살펴보고자 한다.

2. 형식적 문화공공성

(1) 형식적 문화공공성의 의의

공공성 개념의 핵심을 이루는 것은 정부적(governmental)이라는 말이다. 공공성 개념에 대

24) 이인호, 앞의 논문, 9쪽 이하 참조

25) 이인호, 앞의 논문, 9쪽 참조

26) 이병량, “문화정책과 공공성”, 『한국거버넌스학회보』 제18권제3호(제11. 12), 133-141쪽 참조

한 다의적(多義的) 이해에도 불구하고 정부적인 것, 즉 정부와 행정기관이 수행하는 역할과 관련을 맺고 있다. 정부와 관련된 것으로 공공성의 개념을 정의하는 것은 공공성의 행위주체가 누구인지, 또 그것이 어떤 방식으로 구현되고 있는지를 보여주는 것으로 이를 형식적 공공성이라고 정의할 수 있을 것이다.²⁷⁾

문화는 가치재로서의 성격을 지닌 대표적인 재화라고 주장되고 있다.²⁸⁾ 결국 어떤 의미로든 문화는 모두에게 좋은 무엇이고, 그렇다면 이 경우에는 공공재라는 본질적 특성 때문이 아니라, 정부가 개입하여 생산·공급하다 보니 공공재가 되는 것이라고 할 수 있다.²⁹⁾

(2) 구체적 기준과 내용

1) 구체적 기준

형식적 문화공공성은 재화의 성격 자체가 공공재로서의 속성을 지니고 있다는 점 보다는 정부나 행정 차원에서의 문화적 재화의 공급이 필요하다는 사회적 선택에 근거하는 것으로 본다.

구체적으로 정부가 공공재로서 공급하는 재화가 무엇인지 일일이 열거하기보다는 정부가 문화에 대해 쓰는 예산의 규모와 문화담당 정부부처의 조직의 변화과정에 대한 분석을 통해 형식적 문화공공성의 수준을 확인하는 것이라고 할 수 있다.

2) 구체적 내용

가. 문화행정예산

정부 차원에서 문화예술의 중요성을 인식하고 본격적으로 지원 체제를 갖춘 시기는 1990년 「정부조직법」 개편에 따른 문화부의 발족부터이다. 당시 문화 예산 규모는 정부 재정 규모 31조 8,823억 원의 0.38%인 1,218억원으로 현재와 비교할 때 매우 미미한 수준이라 할 수 있으나, 정부 차원의 본격적인 문화예술 육성과 지원 토대가 마련되었다는 점에서 그 의의를 찾아 볼 수 있다.³⁰⁾ 그리고 지방자치단체의 문화 예산 규모는 중앙정부에 비해 그 비중이 높은 편이다. 이는 주민 선거에 의해 뽑힌 자치단체장들이 주민의 요구를 반영하고 문화를 통해 주민 소득 증대와 지역 홍보 및 지방재정 자립도를 높이기 위해 가장 쉽게 접근할 수 있는 부문 중 하나가 ‘문화를 통한 지역 발전’이라는 자치단체장의 의지와 인식을 반영한 것으

27) 이병량, 앞의 논문, 121-122쪽 참조

28) 임학순, 「창의적 문화사회와 문화정책」(진한도서, 2003), 74쪽

29) 현진권, “공공성에 대한 경제학적 분석”, 「공공성: 공공성에 대한 다양한 접근」(미메시스, 2009), 70-79쪽

30) 정홍익·이종열·박광국·주효진, 「문화행정론」(대영문화사, 2008), 87쪽

로 보인다.

어느 영역까지 포괄하는 예산을 문화 예산의 범주에 포함시킬 것인가 하는 문제는 매우 어려운 문제이다. 문화 예산의 범위가 무엇이나 하는 것은 문화를 어떻게 개념 규정하는가와 밀접한 관련이 있다. 따라서 문화에 대한 공통된 개념 정의가 쉽지 않기 때문에 문화 예산이 포괄하는 영역을 그 개념에 기초하여 구분하기란 쉬운 일이 아니다.

가장 넓은 의미에서 ‘문화’ 예산이란 문화 영역에 소요되는 자원 전체를 의미한다. 따라서 국가 예산을 “일정 기간에 있어 국가의 수입과 지출의 예정된 계획”을 의미하는 것이라고 볼 때, 한 국가의 문화 예산이란 “일정 기간 동안에 한 국가가 문화 영역에 지출할 목적으로 수립한 수입과 지출의 예정된 계획”이라고 할 수 있다. 여기에는 문화를 인간의 정신적·지적 활동의 결과로 나타나는 모든 활동의 총체로 규정하며 이를 위한 재정계획의 범위는 무한히 확대된다. 한편, 좁은 의미로 문화 예산을 규정할 경우 예술을 중심으로 하는 분야의 재정계획으로 문화 예산이 포괄하는 범위는 매우 축소될 수밖에 없다.³¹⁾

우리나라에서는 “문화체육관광부 예산 가운데 체육 분야를 제외하고 문화재청의 예산을 합한 예산”을 문화 예산으로 보고 있는 것이 일반적이다. 아래에 소개한 2014년 및 2015년 문화체육관광부 예산은 일반적인 문화 예산을 의미하는 것이 아니므로 참고용으로만 보아주기 바란다.

① 2014년 문화체육관광부 예산

2014년 문체부 예산 및 기금(안)이 2014년 정부안(4조 3,384억 원) 대비 840억 원 증액된 4조 4,224억 원 규모로 최종 확정됐다. 이는 2014년도 정부 총재정(지출안, 355.8조 원)의 1.24%를 차지한다. 주요 증액 사업들을 살펴보면, 장애인 문화예술센터(52억 원 증액 → 53억 원), 초등학교 스포츠강사 배치지원(11.4억 원 증액 → 131억 원), 파리관광문화센터(200억 원, 신규), 우수도서 선정구입(10억 원 증액 → 152억 원), 관광두레(10억 원 증액 → 20억 원), 호텔부가세 환급(10억 원, 신규), 남한강 예술특구(50억 원 증액 → 75억 원), 인천 아시안게임(266억 원 증액 → 1,087억 원), 광주 하계유니버시아드 대회(105억 원 증액 → 819억 원) 등이다. ▲생애주기별·수요자 맞춤형 문화복지 확충 ▲창의력과 상상력의 원천인 인문정신문화 진흥 ▲콘텐츠·관광산업 고부가가치 창출 ▲예술인 창작지원 확대 ▲국제경기대회의 성공적 개최 지원 등 ‘문화융성 구현’을 위한 정책 수립과 사업 집행에 관련 재원을 집중 투자한다는 계획이다.

31) 정홍익·이종열·박광국·주효진, 앞의 책, 85쪽

② 2015년 문화체육관광부 예산

2015년 정부 예산·기금 운용계획 중 문체부의 재정규모는 올해 4조 4224억원에 비해 10.2% 증가한 4조 8752억원으로 책정됐다. 이 안에 따르면 정부 총지출에서 문체부 재정이 차지하는 비율은 올해 1.24%에서 1.30%로 소폭 증가하게 된다. 문체부는 전체 재정 중 예산에 2조 4766억원, 기금에 2조 3986억원을 배정했다. 예산·기금안에는 전국적으로 ‘천 개의 문화행사’ 진행, 미술진흥기반 구축, 공연장 안전선진화시스템 구축, 국가문화유산DB화, 폐광 지역 관광자원화, 평창동계올림픽 특구개발 등이 포함됐다.

분야별로는 체육, 콘텐츠, 관광 순으로 높은 증가율을 보였다. 이 중 문화예술 부문은 전년 대비 317억원, 2.3% 감소한 1조 3280억원이 편성됐다. 이에 대해 문체부는 아시아문화의전당 건립 사업 완료에 따른 것이라고 설명했다. 전체안 중 눈에 띄는 대목은 문화 융성 체감과 인문정신문화 사회적 확산 예산을 확충한다는 점이다. 문체부는 ‘문화가 있는 날 - 일상으로 찾아가는 천개의 문화행사’를 신규 진행해 100억원 집행할 예정이다. 또 인문정신문화 사회적 확산을 위한 예산을 중전 251억원에서 339억원으로 확대해 집행한다. 생활체육시설 건립을 위한 예산도 중전 710억원에서 1216억원으로 대폭 증액했다. 이 밖에 강북권 복합문화 조성을 위한 서계동 부지 매입비로 190억원을 책정하기도 했다.

내년 문화 융성 시대 3년 차를 맞이해 ‘문화의 일상화’를 정책의 기본 방향으로 삼고 ▲문화 향유기반 조성을 통한 생활 속 문화 참여 일상화 ▲콘텐츠·관광·스포츠산업 집중 육성해 창조경제 견인차 역할 ▲청년·취약계층 실업 해소를 위한 일자리 사업 추진 ▲안전하고 편안한 문화여가 향유 환경 조성 ▲지속적인 한류 확산 및 국제적 국가위상 제고 기반 조성 ▲문화공간 재생, 문화자본 구축, 문화중산층 확대 추진 등 6개 중점 과제에 전략적으로 재정을 투자하기로 했다.

참고로 내년 정부 예산에서 문화재정 규모는 총 6조원에 근접해 정부 각 부문별 지출 증가율 면에서 가장 높다. 문화재정은 문체부 예산에 문화재청과 방송통신위원회, 미래창조과학부의 디지털콘텐츠 예산을 합산한 것이다. 총 5조 9772억원으로 금년 대비 10.4% 늘었으며, 정부 총지출에서 비중도 올해 1.52%에서 내년도 1.59%로 늘게 된다. 문화재정 지출 증가율은 정부 전체(5.7%)를 크게 웃돈다.

나. 문화행정조직

「헌법」제96조는 “행정각부의 설치·조직과 직무범위는 법률로 정한다”고 규정하여 행정조직법정주의를 채택하고 있다. 이에 근거하여 「정부조직법」이 제정되었다. 「정부조직법」은 중앙행정기관(부·처·청)의 설치와 직무범위는 법률로 정하도록 하고 있다(제2조). 행정조직법 정주의하에서도 정부조직에 관한 세부적인 사항에 관하여는 법률에서 구체적 범위를 정하여

명령에 위임할 수 있다(헌법 제75조, 제95조).

① 국가문화행정조직

국가문화행정조직에 대해서는 「정부조직법」과 「문화체육관광부와 그 소속기관 직제」, 「문화융성위원회의 설치 및 운영에 관한 규정」(대통령령) 등에서 규정하고 있다.

「정부조직법」 제26조 제9호는 문화체육관광부를 행정각부로 규정하고 있다. 문화체육관광부는 문화·예술·영상·광고·출판·간행물·체육·관광, 국정에 대한 홍보 및 정부 발표에 관한 사무를 관장하는 중앙행정기관이다. 1948년 공보처로 출범하여 1968년 문화공보부로 설치된 뒤 1989년 문화부와 공보처로 분리되었고, 1993년 문화체육부, 1998년 문화관광부를 거쳐 2008년 문화체육관광부로 재편되었다. 1990년도에 우리 정부에 문화부가 독립 부서가 되고 그 후 체육 업무가 추가되어 문화체육부가 되고, 또다시 관광 업무가 문체부에 통합된 것은 향후 문화행정을 성공적으로 추진하기 위해 매우 적절한 기구 정비였다고 평가하는 견해도 있다.³²⁾

문화행정조직의 변천과정의 특징은 다음과 같다. 첫째, 우리나라의 문화행정조직은 수평적인 측면에서는 분화와 통합을 거듭하면서 21세기 선진국 문화행정조직이 지향하고 있는 비전이나 목표를 어느 정도 구체화하려고 노력했다. 적어도 소극적인 의미에서 문화행정조직을 통해 주체성, 창의성, 형평성, 경제성 등을 추구하고자 했다. 이러한 비전은 제1공화국 때부터 오늘날까지 문화기반 시설 마련, 문화유산 보존, 전통문화 보존, 문화 향수 기회 확대, 예술가에 대한 창작 지원, 문화산업화, 문화관광 육성, 그리고 문화의 정보화 등을 통해 꾸준히 추진되어 왔다. 둘째, 문화조직의 변천과정을 분석해 보면 대체로 점진적 변화를 겪어 왔으나 간헐적으로 급격한 변화를 보이기도 했다. 대표적인 것이 바로 제6공화국인 1990년에 문화부가 설립되었다는 것이다. 이로써 우리나라는 문화행정조직이 정부 권력 홍보의 굴레에서 벗어나 비로소 선진국 수준의 문화행정을 펼칠 수 있게 되었다. 이것이 하나의 계기가 되어 우리나라는 이후 문화와 체육의 통합, 문화와 관광의 통합에 기초한 시너지 효과를 통해 문화행정이 다른 정부정책을 선도할 수 있는 위치를 점할 수 있게 되었다.³³⁾

현재의 문화체육관광부의 조직은 다음과 같다. 문화체육관광부장관은 문화·예술·영상·광고·출판·간행물·체육·관광, 국정에 대한 홍보 및 정부발표에 관한 사무를 관장한다(제35조 제1항). 문화체육관광부에 차관보 1명을 둘 수 있다(제2항). 문화재에 관한 사무를 관장하기 위하여 문화체육관광부장관 소속으로 문화재청을 둔다(제3항). 문화재청에 청장 1명과 차장 1명을 두되, 청장은 정무직으로 하고, 차장은 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로 보한다(제4항).

32) 정홍익·이종열·박광국·주효진, 앞의 책, 12쪽

33) 정홍익·이종열·박광국·주효진, 앞의 책, 78-79쪽

문화체육관광부와 그 소속기관의 조직과 직무범위, 그 밖에 필요한 사항을 규정하는 「문화체육관광부와 그 소속기관 직제」가 있다. 이 중 문화예술정책실을 살펴보자. 문화예술정책실에 실장 1명을 두고, 실장 밑에 문화정책관·예술정책관·문화기반정책관 각 1명을 둔다(제11조 제1항). 실장, 문화정책관, 예술정책관과 문화기반정책관은 각각 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로 보한다(제2항). 문화예술정책실장이 5개에 이르는 문화정책사항을 총괄하고 있다(제3항).

「문화융성위원회의 설치 및 운영에 관한 규정」(대통령령)이 제정되었는데, 이는 국민 개개인의 문화적 권리를 보장하고, 우리 사회에 문화의 가치와 위상을 제고하며, 문화를 진흥하기 위하여 문화융성위원회를 설치하고, 그 구성 및 운영에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다(제1조).

문화융성위원회는 문화융성을 위한 정책에 관한 대통령의 자문에 응하는 대통령 소속의 자문기관이다(제2조). 자문기관은 행정청에 의견(자문)을 제시하는 것을 임무로 하는 기관을 말한다. 행정청은 자문기관의 의견에 구속되지 않는다. 그러나 적어도 자문절차가 법령에 의해 규정되어 있는 경우에 자문절차를 거치지 않고 한 처분은 절차의 하자가 있는 위법한 행위이며 원칙적으로 취소할 수 있는 행위이다. 자문절차를 거쳤지만 충실히 거치지 않고 형식에 그친 것도 취소사유인 절차의 하자로 보아야 한다.³⁴⁾

‘문화 융성’이라고 할 때 ‘문화’는 「문화기본법」상의 문화를 의미하나 ‘융성’은 어떤 상태를 이르는지 분명하지 않다.³⁵⁾ 사전적으로 ‘융성’은 기운차게 일어나거나 대단히 번성하는 것을 말한다. 종래 우리는 문화를 일상생활을 떠나 별도의 시간대에 특정한 공간에 가서 즐기는 것(예: 공연 문화-극장이나 음악당에 가고 뮤지컬을 보는 것)만이 문화적 활동이라고 생각하는 경향이 있었다. 그러나 이제는 이를 탈피하여야 한다. 그것은 문화의 궁극적인 목표는 삶의 질을 향상시키는 데 있기 때문이다. 「문화기본법」은 문화를 “문화예술, 생활 양식, 공동체적 삶의 방식, 가치 체계, 전통 및 신념 등을 포함하는 사회나 사회 구성원의 고유한 정신적·물질적·지적·감성적 특성의 총체”라고 넓게 정의하고 있다(제3조). 그리고 문화와 예술로 개개인의 생활이 풍성하게 이뤄지는 것을 문화 융성이라고 보고 있다.³⁶⁾

② 지방문화행정조직

국가의 지방행정기관은 그 주관사무의 특성을 기준으로 보통지방행정기관과 특별지방행정

34) 박근성, 「행정법강의」(박영사, 2014), 885쪽

35) 최준식, “문화적 삶이란”, 문화일보 2013년 12월 27일자 기고문 참조

36) 뉴스1 2014년 1월 30일자 “[인터뷰] 김동호 문화융성위원장 ”개개인이 문화주체 돼야“” 기사 참조

기관으로 나누어진다. 전자는 해당 관할구역 내에 시행되는 일반적인 국가행정사무를 관장하며, 사무의 소속에 따라 각 주무장관의 지휘·감독을 받는 국가지방행정기관을 말한다. 반면에 후자는 특정 중앙관청에 소속하여 그 권한에 속하는 사무를 처리하는 기관이다.

우리나라에서 국가의 보통지방행정기관에 해당하는 것으로는 지방자치단체의 집행기관이 국가사무를 처리하는 경우이다. 이들은 원래 지방자치단체의 기관이지만 국가사무를 위임받아 처리하는 까닭에 그 한도 내에서 국가기관의 지위에도 서는 이중적 성격을 지닌다.³⁷⁾

따라서 지방문화행정조직은 지방자치단체의 조직과 같다고 할 수 있는데, 그 종류로는 특별시, 광역시, 도, 특별자치도, 특별자치시, 시·군·자치구가 있다. 각 지방행정조직에는 문화행정을 담당하는 기관이 각각 다른 이름으로 설치되어 있다. 그럼에도 불구하고 지방문화행정조직은 독보적이지 못할 뿐만아니라 매우 취약한 형편이다.

보통지방행정기관의 문화에 관한 권한은 크게 두 가지로 분류할 수 있다. 첫째는 법률에서 명시적으로 지방자치단체의 장(長)의 권한으로 규정한 경우이고, 둘째는 법률상 문화체육관광부 장관의 권한이지만 그 권한이 지방자치단체나 지방자치단체의 장에게 위임된 경우이다.

자치행정이란 국가 안에 있는 단체가 국가로부터 독립하여 스스로 하는 행정을 말한다. 현대국가에서는 국가행정 이외에 국가로부터 독립된 인격을 가진 단체를 설립하여 이 단체에 일정한 행정권을 부여하여 단체 스스로가 행정을 행하도록 하는 경우가 있다. 이러한 단체를 공공단체라 하며, 공공단체에 의한 행정을 자치행정이라 한다.³⁸⁾

자치행정은 일정한 지역을 기초로 하는 지방자치단체에 의한 행정 즉, 지방자치행정을 의미하나, 그 외에도 경제적·직능적 공행정의 일부를 자주적으로 처리할 목적으로 인적 결합체(예; 공공조합) 또는 인적·물적 종합시설을 기초로 하는 영조물법인을 설치하여 행하는 행정도 넓은 의미에서 자치행정으로 본다.

문화행정도 자치행정으로 행할 수 있는데, 지방자치단체에 의한 문화행정과 지방문화원, 박물관, 미술관, 문화예술회관, 문화사업자단체에 의한 문화행정이 그것이다.

3. 내용적 문화공공성

(1) 내용적 문화공공성의 의의

공공성 개념을 형식적으로 규정하여 ‘정부적’인 것으로 이해하는 것은 공공성의 주체가 누구인지를 보여주고 있는 반면 공공성의 내용이 무엇인지를 보여주고 있지는 않다. 공공성은

37) 김재광·차길수·황해봉, 『관광법규론』 제2판(학림, 2014), 51쪽 참조

38) 김재광·차길수·황해봉, 앞의 책, 53쪽 참조

사적 영역을 통해서 실현되기 힘든 무엇인가 규범적으로 ‘좋은 상태’라는 내용을 의미하고 있다는 것이다. 이처럼 공공성이 무엇인지를 말해주는 개념 규정을 내용적 차원으로서의 공공성이라고 정의할 수 있을 것이다.³⁹⁾

여기서 공공성의 내용은 이론적인 수준에서는 공익, 형평, 정의, 인권 등의 추상적인 개념으로 정의되고 있고, 구체적인 정책이나 정책 영역에 대한 분석에서는 해당 정책이나 정책 영역에서 추구하려는 가치와 관련하여 매우 다양하게 정의되고 있다. 즉 문화정책에 있어서 내용적 차원의 공공성은 문화정책이 추구하려는 가치에 근거하여 구성되어야 할 것이다.⁴⁰⁾

(2) 구체적인 기준과 내용

1) 구체적인 기준

내용적 문화공공성은 민간에 대한 정부의 개입 자체로 달성되는 것이 아니라 이를 통해 무엇인가 좋은 결과를 얻었을 때 획득하는 것으로 본다.

구체적으로 문화의 영역에서는 문화권의 확대가 내용적 공공성의 달성 여부에 대한 판단의 기준이 될 수 있다. 문화권이란 “모든 국민은 성별, 종교, 인종, 세대, 지역, 사회적 신분, 경제적 지위나 신체적 조건 등에 관계없이 문화 표현과 활동에서 차별을 받지 아니하고 자유롭게 문화를 창조하고 문화 활동에 참여하며 문화를 향유할 권리”(문화기본법 제4조)를 말한다.

그렇지만 문화권의 달성을 구체적으로 측정하고, 평가할 수 있는 지표나 기준이 무엇이 될 수 있을지에 대해서는 고민이 필요하다.

문화권의 달성을 구체적으로 측정하고, 평가할 수 있는 구체적인 지표나 기준으로는 일반적으로 ① 문화생활에의 참여와 향유, ② 문화 창작과 전파, ③ 문화적 소양을 위한 교육, ④ 문화적 실천의 확대 등을 들고 있다.⁴¹⁾ 여기에 필자는 ⑤ 문화전문인력의 양성, ⑥ 문화 표현과 활동에서 차별금지를 보태고자 한다. 이러한 내용적 차원에서의 공공성은 보편성의 원칙에 따라 실현되어야 하는 것으로 논의되고 있다. 이는 문화권, 즉 문화의 영역에서 추구하여야 할 내용적 차원의 공공성에 형평성과 정의의 원칙이 적용되어야 함을 시사하고 있다.

39) 이병량, 앞의 논문, 123쪽

40) 이병량, 앞의 논문, 124쪽 참조

41) 문화생활에의 참여와 향유, 문화적 소양을 위한 교육과 관련하여 정부의 주무부처에서 1980년 말 이후 정기적으로 수행한 문화향수 실태 조사자료 - ① 문화생활에의 참여와 향유: 문학행사, 미술전시회, 클래식음악회/오페라, 전통예술공연, 연구(뮤지컬)공연, 무용, 영화, 대중가요콘서트/연예 등, ② 문화교육 경험: 문학, 미술, 서양음악, 전통예술, 무용, 연극, 영화, 가요/연예, 역사문화유산 등 - 를 근거로 문화영역에서 내용적 차원으로서의 공공성이 어떤 상황인가를 평가하고 있다.

2) 구체적인 내용

가. 문화생활에의 참여와 향유

문화생활에의 참여와 향유에 관해 규정하고 있는 법제로는 「문화기본법」, 「문화예술진흥법」 및 「서울특별시 문화도시 기본조례」 등이 있다.

「문화기본법」은 문화 진흥을 위한 조사·연구와 개발에 대해 규정하고 있다. 즉, 국가와 지방자치단체는 국민의 삶의 질 향상과 지역 간 문화 격차의 해소를 통한 국민의 문화 향유권의 확대를 위하여 문화 향유와 관련한 실태조사와 관련 조사·연구를 시행하여야 한다(제11조 제1항). 국가와 지방자치단체는 문화 진흥을 위하여 문화정책의 조사·연구와 개발을 장려하고 그 지원 시책을 강구하여야 한다(제2항). 국가와 지방자치단체는 대통령령으로 정하는 바에 따라 문화정책을 전문적으로 조사·연구·개발하는 전담기관과 이를 지원하는 문화정보화 전담기관을 지정하여 운영할 수 있다(제3항). 그리고 국민의 문화 의식과 이해를 높이고 문화 활동에의 적극적인 참여를 유도하기 위하여 매년 10월을 문화의 달로 하고, 매년 10월 셋째 주 토요일을 문화의 날로 한다(제12조 제1항).

「문화예술진흥법」은 문화소외계층의 문화예술복지 증진 시책 강구에 대해 규정하고 있다. 즉, 국가 및 지방자치단체는 경제적·사회적·지리적 제약 등으로 문화예술을 향유하지 못하고 있는 문화소외계층의 문화예술 향유 기회를 확대하고 문화예술 활동을 장려하기 위하여 필요한 시책을 강구하여야 한다(제15조의3). 그리고 문화이용권의 지급 및 관리에 대해서도 규정하고 있다. 즉, 국가 및 지방자치단체는 「국민기초생활 보장법」에 따른 수급권자, 그 밖에 소득수준이 낮은 저소득층 등 대통령령으로 정하는 문화소외계층에게 문화이용권을 지급할 수 있다(제15조의4제1항).

「서울특별시 문화도시 기본조례」는 서울을 인간중심적인 문화도시로 구현하기 위하여 필요한 기본적인 사항과 「문화예술진흥법」 및 같은 법 시행령, 「지방문화원진흥법」 및 같은 법 시행령에서 위임한 사항 및 그 시행을 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 시민이 행복한 삶을 영위할 수 있는 문화복지를 실현하고 국제경쟁력을 가진 도시로 발전시키는 것을 목적으로 한다(제1조). 서울특별시장은 시가 문화도시로 성장할 수 있도록 노력하고, 시민의 문화예술 접근성을 높이기 위한 정책을 수립·시행하고, 지역별·문화예술 분야별로 균형을 이루도록 한다(제5조 제1항). 시장은 전통과 현대적인 것이 조화를 이루는 서울의 문화정체성을 발전시키고, 지역적·국제적인 문화교류를 활성화하는데 적극 노력한다(제2항).

나. 문화 창작과 전파

문화 창작과 전파에 대해 규정하고 있는 법제로는 「문화예술진흥법」, 「서울특별시 여성관련시설 설치 및 운영에 관한 조례 시행규칙」 등이 있다.

「문화예술진흥법」은 도서·문화 전용 상품권 인증제도에 대해 규정하고 있다. 즉, 국가는 문화예술 창작 및 향유 활동을 활성화하기 위하여 도서(圖書)나 문화예술 재화·용역의 구입을 주된 사용 목적으로 하는 상품권을 인증(認證)하고, 그 사용을 촉진할 수 있는 방안을 강구할 수 있다(제15조 제1항).

「서울특별시 여성관련시설 설치 및 운영에 관한 조례 시행규칙」에서는 여성플라자의 주요 기능 중 하나로 ‘여성친화적 문화예술 활성화를 위한 전시·공연 등 공간 지원’을 규정하고 있다(제3조 제4호).

다. 문화적 소양을 위한 교육

문화적 소양을 위한 교육에 관해 규정하고 있는 법제로는 「문화예술진흥법」, 「문화예술교육 지원법」 등이 있다.

「문화예술진흥법」은 문화강좌 설치에 대해 규정하고 있다. 즉, 국가와 지방자치단체는 국민이 높은 문화예술을 누릴 수 있도록 문화강좌 설치 기관 또는 단체를 지정하여 문화예술을 보급할 수 있다(제12조 제1항). 국가 및 지방자치단체는 문화강좌 설치·운영에 드는 경비를 지원할 수 있다(제3항).

「문화예술교육 지원법」은 문화예술교육의 기본원칙으로는 첫째, 문화예술교육은 모든 국민의 문화예술 향유와 창조력 함양을 위한 교육을 지향한다(제3조 제1항). 모든 국민은 나이, 성별, 장애, 사회적 신분, 경제적 여건, 신체적 조건, 거주지역 등에 관계없이 자신의 관심과 적성에 따라 평생에 걸쳐 문화예술을 체계적으로 학습하고 교육받을 수 있는 기회를 균등하게 보장받는다(제2항)고 규정하고 있다. 학교문화예술교육의 지원과 관련하여, 문화예술 관련 교육과정 및 교육내용의 개발·연구 및 각종 문화예술 교육활동과 이를 위한 시설·장비 지원(제15조 제1항), 교원을 대상으로 문화예술교육에 대한 연수기회 제공(제16조 제1항), 교원이 수행하는 연구 및 각종 활동 지원(제2항), 동아리활동·축제·학예회·발표회 등 학교문화예술 활동 및 행사 지원(제17조), 학교가 교육시설 및 교육단체를 연계·활용할 수 있도록 지원(제18조 제1항), 문화예술인 및 문화예술단체 등의 학교 공연·전시·상영 등 문화예술교육 관련 활동 지원(제2항), 질 높은 사회문화예술교육을 위하여 문화예술 관련 교육과정 및 교육내용의 개발·연구 및 각종 문화예술 교육활동과 이를 위한 시설·장비 지원(제21조 제1항), 다양하고 질 높은 사회문화예술교육을 위하여 민간 교육시설 및 교육단체의 운영이 활성화될 수 있도록 지원(제22조), 사회문화예술교육의 일환으로 이루어지는 동아리 활동, 축제, 발표회 등 사회문화예술 활동 및 행사 지원(제23조), 노인·장애인 등 특별한 배려가 필요한 문화적 취약계층을 보호·지원하는 각종 시설 및 단체에 대하여 사회문화예술교육 관련 활동 지원(제24조) 등을 규정하고 있다.

라. 문화적 실천의 확대- 문화교류 등

문화적 실천의 확대- 문화교류에 대해 규정하고 있는 법제로는 「인쇄문화산업 진흥법」, 「출판문화산업 진흥법」, 「아시아문화중심도시 조성에 관한 특별법」 등이 있다.

「인쇄문화산업 진흥법」은 “문화체육관광부장관은 인쇄문화산업의 진흥을 위하여 국제교류가 활성화될 수 있도록 지원하여야 한다”고 규정하고 있다(제8조).

「출판문화산업 진흥법」은 “문화체육관광부장관은 출판문화산업을 진흥하기 위하여 국제교류가 활성화될 수 있도록 지원하여야 한다”고 규정하고 있다(제6조).

「아시아문화중심도시 조성에 관한 특별법」은 아시아 문화교류 활성화 및 기반형성에 대해 규정하고 있다. 즉, “국가 및 광주광역시장은 아시아문화중심도시를 조성하기 위한 아시아 각국과의 문화교류 활성화 및 협력기반형성을 위하여 다음 각 호(1. 국내 및 아시아 각국의 문화예술 관련 기관·단체·인력에 대한 정보 수집 및 제공, 2. 문화교류를 위한 아시아 각국의 문화예술 관련 단체 및 관련전문가, 공무원, 청소년, 교사, 시민 등의 초청 및 파견 등 활동 지원, 3. 문화다양성에 대한 이해제고와 협력을 위한 아시아 각국과의 문화교류 및 회의의 개최·유치 지원, 4. 아시아 문화예술인 거주시설 등 아시아인 상호간의 문화교류를 위한 기반시설 설치·운영 지원, 5. 외국 도시·기업·단체와의 문화교류 및 문화산업의 협력 지원, 6. 그 밖에 국제 및 아시아 문화교류의 촉진을 위하여 필요한 사업의 지원)의 사업을 할 수 있다(제26조).

마. 문화전문인력의 양성

문화전문인력의 양성에 대해 규정하고 있는 법제로는 「문화기본법」, 「인쇄문화산업 진흥법」, 「출판문화산업 진흥법」, 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 및 「전통무예진흥법」 등이 있다.

「문화기본법」은 “국가와 지방자치단체는 문화 인력의 양성을 위한 기반을 조성하고, 필요한 시책을 추진하여야 한다”고 규정하고 있다(제10조 제1항). 국가와 지방자치단체는 문화의 가치를 확산하고 문화를 진흥시키기 위한 교육을 실시하여야 한다(제2항).

「인쇄문화산업 진흥법」은 “문화체육관광부장관은 인쇄문화산업의 진흥을 위하여 필요한 전문인력(이하 “전문인력”이라 한다)의 양성을 지원하여야 한다”고 규정하고 있다(제3항).

「출판문화산업 진흥법」은 “문화체육관광부장관은 출판문화산업을 진흥하기 위하여 필요한 관련 분야 전문인력의 양성을 지원하여야 한다”고 규정하고 있다(제5조).

「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」은 “문화체육관광부장관은 정기간행물 분야의 전문인력을 양성하기 위하여 필요한 시책을 수립할 수 있다”고 규정하고 있다(제14조 제1항).

「전통무예진흥법」은 “문화체육관광부장관은 전통무예의 진흥을 위한 전통무예지도자의 육

성과 자질향상을 위하여 필요한 시책을 강구하여야 한다”고 규정하고 있다(제6조).

4. 과정적 문화공공성

(1) 과정적 문화공공성의 의의

최근의 논의는 공공성의 형식과 내용이 참여의 과정과 이를 통한 공공 의사의 결정을 통해 이루어졌을 때 공공성이 개념적·실질적으로 완성된다고 보는 관점을 내포하고 있다. 이는 형식적 차원의 공공성이 결과로서의 좋은 상태로 바로 연결되지 않을 수 있다는 점에 주목한 것이다. 이에 대한 대안적 논의는 공공성의 내용을 합의하는 과정에 대한 논의로 이어지게 된다. 즉 다양한 의견과 이해관계를 가진 사회 구성원이 이에 대해 논의하고 합의를 이루어내는 과정으로서 참여와 이를 보장할 참여의 장을 구성하는 것이 공공성 개념의 한 차원을 형성하게 된다는 것이다.⁴²⁾

문화는 문화권의 구현을 통해 다양한 삶의 존재를 인정하고, 이를 바탕으로 한 관용과 토론이 제도화되고 실질화되는 정치적 과정으로 연결될 수 있다. 그러나 원리로서 문화나 문화의 가치가 이와 같은 의의와 규범적 지향을 가지는 것과 같이 이것이 구체적인 현실을 통해서 구현되는 것은 다른 문제이다. 이는 문화 혹은 문화정책의 영역에서 실제로 다양한 이해관계와 이념적 지향을 지닌 다양한 사회적 구성원들이 자신들의 이해와 이념적 지향을 투영할 수 있는 의사소통의 장을 가지고 있는지의 여부로 판단할 수 있을 것이다.

(2) 구체적 기준과 내용

1) 구체적 기준

과정적 차원에서의 공공성은 문화 혹은 문화정책의 영역에서 실제로 다양한 이해관계와 이념적 지향을 지닌 다양한 사회적 구성원들이 자신들의 이해와 이념적 지향을 투영할 수 있는 의사소통의 장을 가지고 있는지의 여부로 판단하는 것이다. 또한 이러한 의사소통의 장이 단순히 제도로서 존재할 뿐만 아니라 다양성이라는 가치가 민주주의의 실현으로 이어질 수 있는 실질적인 의미의 정치적 공공 영역으로서 작동하고 있는지에 대한 판단도 수반되어야 한다고 본다.

이를 위한 구체적인 지표 또는 기준으로 1) 의사소통의 장 혹은 공론장의 형성의 전제 조건으로서 관련된 정보의 공개 정도나 이와 관련된 제도의 존재 여부 - 정보공개나 정보에의 접근의 정도, 2) 제도로서 의사소통의 장의 형성 여부, 3) 이러한 제도의 실질적인 작동 여부

⁴²⁾ 이병량, 앞의 논문, 124-125쪽 참조

를 들고 있다.

2) 구체적 내용

과정적 문화공공성은 문화정보에 대한 정보공개, 정보제공 및 공론장의 형성으로 요약할 수 있고 그에 상응하는 법제로는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」, 「공공데이터의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률」, 「서울특별시 열린시정을 위한 행정정보 공개 조례」, 「행정절차법」, 「서울특별시 주민참여 기본조례」등을 들 수 있다.

① 정보공개 및 정보제공에 관한 법제

정보공개제도는 공공기관(특히 행정기관)이 보유하고 있는 정보를 일부 비공개로 하여야 할 정보를 제외하고는 누구에게도 청구에 응해서 열람·복사·제공하도록 하는 제도를 말한다.

엄격한 의미의 정보공개는 국민의 청구에 의해 공개되는 경우를 지칭하고 또한 그 공개가 의무지워지는 경우를 가리킨다. 그리고 행정기관이 적극적으로 정보를 제공하는 적극적 정보제공을 포함하여 광의의 정보공개라 할 수 있다.⁴³⁾

이 문제는 정부 3.0과 밀접한 관련을 가진다. 정부3.0이란 공공정보를 적극 개방·공유하고, 부처간 칸막이를 없애고 소통·협력함으로써 국정과제에 대한 추진동력을 확보하고 국민 맞춤형 서비스를 제공함과 동시에 일자리 창출과 창조경제를 지원하는 새로운 정부운영 패러다임이다. 정부3.0은 정부의 측면에서 첫째, 투명한 정부, 둘째, 유능한 정부, 셋째, 서비스 정부를 통하여 국민 모두가 행복한 대한민국을 만드는 것이다. 이 중 투명한 정부를 실현하기 위한 전략으로는 ① 공공정보 적극 공개로 국민의 알 권리 충족, ② 공공데이터의 민간 활용 활성화, ③ 민관협치의 강화이다. 공공정보 적극 공개로 국민의 알 권리 충족을 위한 구체적 실천 과제의 내용으로는 사전정보공표, 정보공개제도, 원문정보 공개, 정책실명제 내실화 등이며, 공공데이터의 민간 활용 활성화를 위한 실천 과제의 내용으로는 공공데이터 개방제도, 공공데이터전략위원회 구성·운영, 공공데이터개방 로드맵 수립, 공공데이터 품질 제고, 공공데이터 활용 범정부 지원체제 구축 등이다.⁴⁴⁾

엄격한 의미의 정보공개에 해당하는 것으로는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」과 적극적 정보제공에 해당하는 것으로는 「공공데이터의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률」을 들 수 있다. 즉, 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」은 공공기관이 보유·관리하는 정보에 대한 국민의 공개 청구 및 공공기관의 공개 의무에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 국민의 알

43) 박군성, 앞의 책, 444쪽

44) 정극원, “정부3.0과 소통”, 『토지공법연구』 제66집(한국토지공법학회, 2014. 8), 327-328쪽

권리를 보장하고 국정(國政)에 대한 국민의 참여와 국정 운영의 투명성을 확보함을 목적으로 한다(제1조). 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」도 부분적으로 공공부문의 정보공개에 역할을 수행하고 있으나 이 법은 데이터의 공개라는 측면보다는 국민의 알 권리 보장이라는 관점에서 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서로서의 정보를 정보공개청구인의 개별적인 청구에 따라 열람하게 하거나 사본·복제물을 제공하는 것을 그 주된 내용으로 하고 있다. 「공공데이터의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률」은 공공기관이 보유·관리하는 데이터의 제공 및 그 이용 활성화에 관한 사항을 규정함으로써 국민의 공공데이터에 대한 이용권을 보장하고, 공공데이터의 민간 활용을 통한 삶의 질 향상과 국민경제 발전에 이바지함을 목적으로 한다(제1조). 과정적 문화공공성 측면에서 볼 때 적극적으로 정보제공을 하는 「공공데이터의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률」이 보다 적합하다고 볼 수 있다.

「서울특별시 열린시정을 위한 행정정보 공개 조례」는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에 의하여 서울특별시 및 산하 집행기관의 행정정보를 공개하는데 필요한 사항을 정함으로써 행정운영의 투명성을 확보하고, 시민의 알 권리를 보장하여 소통과 협력을 통한 열린 시정을 구현하는 것을 그 목적으로 한다(제1조).

집행기관이 보유·관리하는 행정정보는 소중한 공공자산으로서 법령과 이 조례가 정하는 바에 따라 공개하여야 한다(제3조 제1항). 시민의 알 권리를 충족시키기 위해 시민의 청구없이도 주요 결재문서 등의 사전공개대상 행정정보를 확대한다(제2항). 공개되는 정보는 시민이 접근하기 쉽도록 분류·관리하며 정보통신망을 활용하여 신속하게 공개한다(제3항). 공개되는 정보는 제공하는 목적에 맞게 그 내용을 충실하게 작성하여 공개한다(제4항).

③ 행정절차법

보통 행정절차란 행정활동을 함에 있어서 거치는 행정활동을 함에 있어서 거치는 사전통지, 의견청취, 이유제시 사전절차만을 말한다. 행정절차는 행정의 절차적 통제, 행정에 대한 이해관계인 등 국민의 참여, 국민의 권익에 대한 침해의 예방 등의 기능을 갖는다.⁴⁵⁾

행정절차는 직접적으로 헌법과 관련이 있다. 인간을 자기책임이 있는 독립적인 인격체로 보는 기본권은 개개인이 단지 국가절차의 객체로서 취급될 것이 아니라 ‘성장한 국민’으로서 그리고 독립된 권리를 가진 당사자로서, 자기의 인식, 주관 그리고 의견을 주장할 수 있는 가능성을 부여함으로써 결정절차에 참여될 것을 요구한다. 법치국가의 원칙은 명백하고 예측할 수 있는 절차의 형성뿐만이 아니라 공정한 절차형성을 요구한다.⁴⁶⁾

「행정절차법」은 행정절차에 관한 공통적인 사항을 규정하여 국민의 행정 참여를 도모함으

45) 박군성, 앞의 책, 408쪽

46) Hartmut Maurer(박수혁 역), 「독일행정법」 제16판(사법발전재단, 2010), 380-381쪽

로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다(제1조). 행정청은 행정과정에 국민의 참여를 확대하기 위하여 다양한 참여방법과 협력의 기회를 제공하도록 노력하여야 한다(제52조).

행정청은 국민에게 영향을 미치는 주요 정책 등(예: 문화정책)에 대하여 국민의 다양하고 창의적인 의견을 널리 수렴하기 위하여 정보통신망을 이용한 정책토론(이하 이 조에서 “전자적 정책토론”이라 한다)을 실시할 수 있다(제53조 제1항). 행정청은 효율적인 전자적 정책토론을 위하여 과제별로 한시적인 토론 패널을 구성하여 해당 토론에 참여시킬 수 있다. 이 경우 패널의 구성에 있어서는 공정성 및 객관성이 확보될 수 있도록 노력하여야 한다(제2항). 행정청은 전자적 정책토론이 공정하고 독립적으로 운영되도록 하기 위하여 필요한 조치를 할 수 있다(제3항).

④ 서울특별시 주민참여 기본조례

「서울특별시 주민참여 기본조례」는 서울특별시민의 시정에 대한 참여를 활성화하고 서울특별시 행정의 민주성과 투명성을 증대하기 위한 주민참여의 기본적 사항을 정함으로써, 시와 주민이 협력하여 민주적 협치를 실현하고 주민들의 자치역량을 강화하며, 지역사회의 발전을 도모하는 것을 목적으로 한다(제1조).

주민참여는 주민의 풍부한 사회경험과 창조적 활동을 통해 누구든지 평등하게 시정에 참여할 권리를 가지고, 시와 주민이 협력하여 주민의 권익과 삶의 질 향상에 동등하게 노력하는 것을 기본이념으로 삼는다(제3조 제1항). 주민참여는 주민의 자발적인 참여와 협력을 기본 정신으로 하는 지방자치의 취지에 근거하여 운영하여야 한다(제2항).

시장은 주민참여를 제도화하고, 주민참여 기회의 확대와 주민참여를 원활히 추진할 수 있도록 행정정보를 공개하여야 한다(제4조 제1항). 시장은 교육, 홍보 등을 통하여 주민참여의식을 고취시키는데 노력하여야 하며 이행사항에 대하여 연 1회 이상 정기적으로 점검하여 의회에 보고하고, 주민에게 공개하여야 한다(제2항).

주민은 누구나 시정에 관한 의견을 제시할 권리를 가지며 적극적으로 참여하는데 힘써야 한다(제5조 제1항). 시가 가진 정보는 주민의 공유 재산이며, 주민은 그 정보를 받아볼 권리가 있다(제2항). 주민은 시정에 참가하지 않는다고 불리한 대우나 불이익을 받지 않는다(제3항).

시에 설치된 각종 위원회의 위원구성은 공모제나 추천제 등 공개적인 절차에 의한 일반주민의 참여가 보장되어야 한다(제6조 제1항). 시장은 주민의 복리·안전 등에 중대한 영향을 미치는 사업이나 정책결정에 대하여 법령 및 타 조례에 정하는 바에 의하여 공청회 또는 토론회를 개최하여야 한다(제7조 제1항). 주민은 시의 중요한 정책사업에 대하여 의견을 공개적

으로 제시하고, 이의 타당성에 대한 토론, 공청 및 설명회를 시장에게 청구할 수 있다(제9조 제1항).

VI. 문화다양성 관련 법제 현황 및 분석

1. 문화다양성을 위한 국제적 협력

(1) 문화유산의 보호와 ‘우리의 창조적 다양성’ 보고서

문화의 섞임 현상이 두드러지면서 문화다양성을 확보하기 위한 각국 정부 또는 국제사회의 노력도 지속되고 있다. 이에 따라 유형 및 무형문화유산, 문화표현양식, 문화교류, 문화재 불법거래 영역에서 문화다양성과 문화정체성을 보호하기 위한 국제협약이나 조치들이 취해지고 있는데, 유네스코는 국제연합의 위임에 따라 이러한 규범이나 협약의 형성, 촉진과 이행에 있어서 지도적인 역할을 하고 있다.

1954년 헤이그협정, 1970년 불법문화재방지협정, 1972년 세계문화자연유산보호협정, 2001년 수중문화유산보호협정, 2003년 무형문화유산보호협정 등은 문화유산개념을 점진적으로 확장하고 있다.

유네스코는 1991년 총회의 결의에 의해 ‘문화와 개발을 위한 세계위원회’를 설립하였고, 1995년에 위원회는 ‘우리의 창조적 다양성(Our Creative Diversity)’라는 보고서를 출간하였다. 이 보고서는 문화다양성을 민주사회의 전제조건으로 간주함으로써 이를 국제적으로 가장 가치기준으로 제시하였다.⁴⁷⁾

(2) 문화의 산업화와 규범적 대응

1) 의의

유네스코는 1980년대에 들어와 ‘문화와 산업화’ 현상에 주목하고 문화산업의 독점화가 문화다양성에 미치는 영향을 분석하고 그 대책을 마련하기 위한 노력을 경주하였다. 이러한 노력은 2001년의 ‘문화다양성선언’과 2005년 10월 20일(2007년 3월 18일 발효)의 『문화적 표현의 다양성 보호와 증진에 관한 협약(문화다양성협약)』으로 결실을 맺었다. 우리나라는 2010년 2월 25일에 열린 국회 본회의에서 협약 비준동의안을 통과시켜 2010년 6월부터 국내 발

47) 서헌제, 앞의 논문, 320-321쪽

효되었다.

2) 2001년의 ‘문화다양성선언’

2001년의 ‘문화다양성선언’은 문화다양성이 인류공동의 유산임을 규정하고(제1조), 문화다양성의 보호가 인간존엄성의 존중과 분리될 수 없으며, 특히 소수집단과 원주민의 자유와 인권을 지키는 것을 의미한다고 주장한다(제4조). 그리고 창의성의 원천으로서 문화유산이 보존되고 고양되어야 함을 주장하고(제7조), 문화상품과 서비스의 특수성(제8조), 국제연대를 통한 경쟁력있는 문화산업의 육성 필요성(제10조), 시장의 힘만으로는 보장될 수 없는 문화다양성의 보전과 증진에 공공부문, 민간부문, 시민사회의 협력이 중요함(제11조)을 강조하고 있다. 이 선언은 실천을 위한 실행계획으로 20개항으로 이루어진 별도의 문서를 채택하였다.⁴⁸⁾

그러나 가장 포괄적인 이 선언에서도 초안에는 포함되어 있었지만 최종안에서는 합의에 이르지 못하고 채택되지 않은 내용들이 존재한다. 즉, 문화정체성에 대한 논의가 이에 해당하는데 일반적 가치로서가 아닌 구체적 권리로서 문화정체성에 대한 존중과 문화정체성의 토대로서 언어권, 그리고 문화정체성을 존중하는 교육권 등은 최종 논의과정에서 삭제되었다.⁴⁹⁾

3) 2005년의 문화다양성협약

가. 의의

『문화다양성협약』은 인류공통유산을 구성하는 문화간의 교류를 그 대상으로 하면서 문화의 상호작용과 상업화를 통해 세계적 차원에서 문화다양성을 유지하고 촉진하는 것을 목표로 하고 있다. 다만 문화다양성협약은 회원국에게 어떠한 의무를 부과하거나 구속력 있는 양허를 요구하지 않는 법적 구속력이 약한(soft law) 선언적 규정이 대부분을 차지한다는 한계를 가지고 있다.⁵⁰⁾

나. 주요내용

『문화다양성협약』은 문화 콘텐츠의 사회·문화적인 상징성을 인정하고 국제법 차원에서 문화 약소국의 다양성을 보호할 수 있는 길을 열었다는 데 그 의의가 있다. 이는 문화다양성이 상징적 해석을 넘어 실질적 권한을 획득함으로써 각종 국내외 문화정책 수립 및 무역 분쟁과 관련해 큰 영향을 미칠 것으로 보인다.

48) 김남국, “문화적 권리와 보편적 인권: 세계인권선언에서 문화다양성협약까지”, 『국제정치논총』 제50집제1호(2010), 275쪽

49) 김남국, 앞의 논문, 275쪽

50) 서헌제, 앞의 논문, 322쪽

「문화다양성협약」의 가장 중요한 목적은 문화적 표현의 다양성을 보호 및 증진하고, 문화와 개발사이의 관계와 문화활동, 문화상품과 서비스의 독창성을 이해하는 것을 들 수 있다.⁵¹⁾

전체 6장 34개조, 4개의 부속서로 이뤄진 「문화다양성협약」은 세 가지의 주요 목적에 초점을 맞추고 있다. 무엇보다도 협약의 정체성을 보여주는 가장 중요한 내용은 협약의 지도원칙, 개별 국가의 문화주권을 인정하고 있다는 점, 제5조와 제6조를 통해 자국 내에서 문화 표현의 다양성을 보호 및 개선할 수 있도록 각국이 채택한 정책 및 방안을 합법적으로 인정한다.

국제적 차원의 지원 또한 명시돼 있다. 문화 약소국이 표현의 다양성을 확대할 수 있도록 국제 협력과 연합을 강화한다는 것이 그것이다. 각 개별국가는 양자간, 지역간, 국가간 협력을 강화하고 문화 개발 정책을 통합할 것을 약속하고(제12조, 제13조), 개발도상국 내 문화산업의 강화, 예술과 문화 상품 및 서비스에 대한 특별 대우를 명시하고(제13조, 제14조), 국제기금을 통한 경제적 지원까지 규정하고(제18조) 있다. 국가적 차원의 문화주권을 인정하고, 이를 개선, 확대, 발전시키기 위한 국제적 노력 또한 구체적으로 제시하고 있다.

그동안 쟁점으로 부각돼 온 여타 국제협약과의 관계 설정은 제20조에 명시돼 있다. 「문화다양성협약」은 회원국이 기타 협약에 따른 의무를 이행해야 하는 반면, 이러한 국제 의무를 이행함에 있어 「문화다양성협약」을 반드시 고려할 것을 요구한다. 이는 「문화다양성협약」이 여타의 국제 협약에 좌우되거나, 종속되지 않는 독립적인 지위를 갖는다는 의미다.

다. 평가

「문화다양성협약」에 대해 국제사회는 전반적으로 동 협약의 채택이 문화다양성의 보호와 증진을 위한 국제적인 활동에 있어서 중요한 진보라고 평가하고 있다. 국제법적 차원에서 동 협약의 가장 중요한 성과는 문화에 대해 새로운 지위를 보장하여 문화다양성의 중요성을 다른 분야의 조약에 비해 낮게 평가한 기존의 법률적인 한계를 극복했다는 것이라고 할 수 있다. 그러나 다음과 같은 문제점도 안고 있는 것으로 평가되고 있다.⁵²⁾

첫째, 「문화다양성협약」의 규범력 문제이다. 협약 위반에 대한 제재가 제한되어 있고, 국가들의 동의의 측면에서도 많은 국가들이 이 협약을 거부한 미국의 힘을 의식하고 있다는 점에서 협약의 실제적 실천으로 이행되는데 한계가 있다. 둘째, 인권으로서의 문화권문제이다. 「문화다양성협약」은 개인에게 문화권을 부여하는 문제보다는 당사국이 국가적, 국제적 차원에서 문화다양성 정책을 채택하고 이를 이행하도록 하는데 초점을 맞추고 있기 때문에 동 협약만을 근거로 문화권을 하나의 인권으로 구체적으로 실행하기에는 한계가 있다.

51) 박영도·김병준, “문화다양성과 국제법-문화다양성협약을 중심으로-”, 『일감법학』 제16호, 406쪽

52) 문제점에 대해서는 박영도·김병준, 앞의 논문, 395쪽, 399쪽 참조

2. 문화다양성 관련 법제 현황

문화다양성 관련 법제로는 「문화기본법」, 「문화다양성법」, 다문화 관련 법제로서 「북한이탈주민법률」, 「재한 외국인 처우 기본법」, 「다문화가족지원법」이 있고, 문화도시 관련 법제로는 「문화예술진흥법」, 「지방문화원진흥법」, 「지역문화진흥법」, 「서울특별시 문화도시 기본조례」, 「고도보존 및 육성에 관한 특별법」, 「아시아 문화중심도시법」 등이 있다.

(1) 문화기본법

「문화기본법」 제2조는 “이 법은 문화가 민주국가의 발전과 국민 개개인의 삶의 질 향상을 위하여 가장 중요한 영역 중의 하나임을 인식하고, 문화의 가치가 교육, 환경, 인권, 복지, 정치, 경제, 여가 등 우리 사회 영역 전반에 확산될 수 있도록 국가와 지방자치단체가 그 역할을 다하며, 개인이 문화 표현과 활동에서 차별받지 아니하도록 하고, 문화의 다양성, 자율성과 창조성의 원리가 조화롭게 실현되도록 하는 것을 기본이념으로 한다.”고 규정하여 문화의 다양성, 자율성과 창조성의 원리가 조화롭게 실현되는 것을 목표로 한다.

그리고 문화정책 수립·시행상의 기본원칙에 있어서도 “국가와 지방자치단체는 문화정책을 수립하고 시행할 때에는 다음 각 호의 사항(1. 문화의 다양성과 자율성이 존중되고 문화의 창조성이 확산되도록 할 것, 2. 국민과 국가의 문화 역량을 높이기 위한 지원을 하고 여건을 조성할 것, 3. 문화 활동 참여와 문화 교육의 기회가 확대되고, 문화 창조의 자유가 보장되도록 할 것, 4. 차별 없는 문화복지가 증진되도록 할 것, 5. 문화의 가치를 존중하고 문화의 역동성을 높일 수 있을 것, 6. 문화의 국제 교류·협력을 증진할 것)을 충분히 고려하여야 한다.”고 규정하여 문화의 다양성과 자율성, 창조성의 확산을 강조하고 있다(제7조).

(2) 문화다양성의 보호와 증진에 관한 법률

「문화다양성법」이 2014년 11월 29일부터 시행되었다(법률 제12691호, 2014.5.28., 제정). 이 법은 국제연합교육과학문화기구(이하 “유네스코”라 한다)의 「문화다양성협약」 이행을 위하여 문화다양성의 보호 및 증진에 관한 정책수립 및 시행 등에 관한 기본사항을 규정함으로써 개인의 문화적 삶의 질을 향상시키고 문화다양성에 기초한 사회통합과 새로운 문화 창조에 이바지하는 것을 목적으로 한다.

「문화다양성법」은 한류 등 우리나라의 문화적 다양성이 주변국과 세계적 문화 발전에 기여할 수 있도록 할 뿐만 아니라, 우리 사회에 내포해 있는 다양한 문화갈등을 해소해 사회통합을 추구하는 데에 기틀이 될 것으로 보인다. 이번 법률 제정을 통해 그동안 부분적으로 추

진돼 오던 문화다양성 정책의 방향을 명확하고 종합적으로 설정했고, 문화 간 소통·교류사업, 문화다양성 교육, 문화다양성 콘텐츠 제작 등 문화다양성 정책사업들을 더욱 탄력적으로 추진할 수 있는 제도적 기반이 마련됐다는데 의의가 있다.

“문화다양성”이란 집단과 사회의 문화가 집단과 사회 간 그리고 집단과 사회 내에 전하여지는 다양한 방식으로 표현되는 것을 말하며, 그 수단과 기법에 관계없이 인류의 문화유산이 표현, 진흥, 전달되는 데에 사용되는 방법의 다양성과 예술적 창작, 생산, 보급, 유통, 향유 방식 등에서의 다양성을 포함한다(제2조 제1호).

1) 국가 및 지방자치단체의 책무

국가와 지방자치단체는 문화다양성을 보호하고 증진하기 위한 시책을 강구하고, 문화다양성에 기반한 문화예술 활동을 권장·보호·육성하며, 이에 필요한 재원을 적극 마련하여야 한다(제3조 제1항). 국가와 지방자치단체는 문화다양성에 관한 정책의 수립·시행 및 조사·연구, 문화다양성의 증진을 위한 문화예술 활동의 지원, 문화다양성과 관련한 국가 간 및 국제기구와의 교류 및 협력체제 구축 등 필요한 노력을 하여야 한다(제2항). 모든 사회구성원은 문화적 표현의 자유와 권리를 가지며, 다른 사회구성원의 다양한 문화적 표현을 존중하고 이해하기 위하여 노력하여야 한다(제4조).

2) 기본계획 등의 수립 및 시행

문화체육관광부장관은 문화다양성의 보호와 증진을 위하여 문화다양성 보호 및 증진 기본계획(이하 “기본계획”이라 한다)을 4년마다 수립하여야 한다(제6조 제1항). 기본계획에는 다음 각 호의 사항(1. 문화다양성의 보호와 증진을 위한 정책방향 및 추진목표, 2. 다음 각 목의 사업(가. 문화다양성에 대한 인식 제고를 위한 조사·연구, 나. 문화다양성 증진을 위한 문화예술 활동의 발굴 및 보급, 다. 문화다양성의 보호와 증진을 위한 정보자료의 제작 및 보급, 라. 문화다양성의 증진을 위한 문화시설 조성, 마. 문화다양성의 보호와 증진을 위한 교육 및 홍보, 바. 문화다양성의 보호와 증진을 위한 인력 양성, 사. 문화다양성의 보호와 증진을 위한 국제교류 및 국제기구 협력), 3. 문화다양성의 보호와 증진을 위한 정책 추진에 필요한 재원의 조달 및 운용, 4. 그 밖에 문화다양성의 보호와 증진을 위한 정책의 수립과 추진에 필요한 사항)이 포함되어야 한다(제2항).

3) 문화다양성위원회

국무총리 소속의 문화다양성위원회는 1. 기본계획의 수립 및 변경에 관한 사항, 2. 기본계획의 이행 평가에 관한 사항, 3. 제8조에 따른 문화다양성 실태조사에 관한 사항, 4. 제9조에

다른 연차보고에 관한 사항, 5. 문화다양성 보호와 증진을 위한 정책에 관한 관계 부처 간 협조 및 업무조정에 관한 사항, 6. 문화다양성 보호와 증진을 위한 정책과 관련한 국가 간 협력에 관한 사항, 7. 그 밖에 위원장이 문화다양성 보호와 증진을 위한 정책과 관련하여 위원회의 심의·조정이 필요하다고 인정하는 사항을 심의·조정한다(제7조 제1항).

4) 문화다양성 실태조사와 연차보고 및 국가보고서의 작성

문화체육관광부장관은 문화다양성을 이루는 문화적 요소, 문화다양성의 보호와 증진에 관한 의식수준과 문화향유 및 창조활동의 실태를 조사(이하 “문화다양성 실태조사”라 한다)하여 그 결과를 공표할 수 있다(제8조 제1항). 문화체육관광부장관은 매년 문화다양성 보호와 증진을 위한 정책의 추진현황 및 세부이행 평가결과에 관한 보고서를 작성하여 정기국회 개최 전까지 국회에 제출하여야 한다(제9조 제1항).

정부는 유네스코의 「문화적 표현의 다양성 보호와 증진에 관한 협약」 제9조에 따른 국가 보고서를 작성하여 위원회의 심의를 거친 후 유네스코에 제출하여야 한다(제10조 제1항). 문화체육관광부장관은 제1항에 따른 국가보고서를 작성하기 위하여 필요한 경우 관계 중앙행정기관의 장과 지방자치단체의 장에게 자료의 제출을 요청할 수 있으며, 관계 중앙행정기관의 장과 지방자치단체의 장은 특별한 사유가 없으면 요청에 따라야 한다(제2항).

5) 문화다양성의 날 제정과 문화다양성 보호와 증진을 위한 지원

정부는 문화다양성에 대한 국민의 이해를 증진하기 위하여 매년 5월 21일을 문화다양성의 날로 하고, 문화다양성의 날부터 1주간을 문화다양성 주간으로 한다(제11조 제1항). 문화다양성의 날 행사에 필요한 사항은 문화체육관광부장관 또는 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 및 특별자치도지사가 따로 정할 수 있다(제2항).

국가와 지방자치단체는 문화다양성의 보호와 증진을 위한 문화예술, 학술, 체육, 문화산업 등을 지원할 수 있다(제12조 제1항). 국가와 지방자치단체는 문화다양성의 보호와 증진을 위한 문화시설을 조성하거나 지원할 수 있다(제2항).

국가와 지방자치단체는 사회구성원이 문화다양성을 이해하여 그 보호와 증진에 기여할 수 있도록 학교를 포함한 교육시설, 교육단체 등을 활용하여 문화다양성 교육을 시행하도록 노력하여야 한다(제13조 제1항). 그리고 문화다양성 보호와 증진에 필요한 전문인력을 양성하기 위하여 노력하여야 한다(제14조 제1항).

(3) 다문화 관련 법제

1) 다문화의 의미

노동력 부족을 해결하기 위한 노동시장의 개방에 따라 본격화된 이주의 역사는 국제결혼에 따른 결혼이주여성의 증가, 북한의 정치적 박해 및 경제난으로 인한 북한이탈주민, 난민에 이르기까지 지속적으로 증가하면서 한국 사회를 급격히 다인종·다민족 사회로 변모시키고 있다. 다인종·다민족사회로의 진전과 다문화가정이 날로 늘면서 한국사회의 다문화에 대한 관심도 크게 증가하고 있다. 결혼이주여성이 늘어나면서 담론 차원이나 정책 차원에서 다문화에 대한 논의도 본격화되기 시작했다. 이주노동자와 달리 결혼이주여성은 우리 국민의 배우자로서 또 우리 사회 구성원으로서 받아들여지면서 그들의 사회적응과 인권침해 소지가 사회쟁점화하면서 다문화 담론은 급속히 부각되었다. 정책 차원에서도 각종 법·제도 정비 및 지원사업 확대 등 시기 압축적인 다문화사회 실험을 통해 이주자들의 한국 사회 적응과 사회 통합이라는 과제를 추진하고 있다.⁵³⁾

다문화주의(多文化主義, multiculturalism)의 ‘다문화’라는 뜻은 ‘많을 다(多)’자에 ‘문화(文化)’라는 말이 붙어서 ‘여러 나라의 생활 양식’이라는 뜻이다. 다문화주의의 이념은 1970년대에 서구 민주주의 사회에서 전면적으로 등장했고, 우리나라는 1980년대 말 이후에 다문화주의의 민족국가와 소수집단 현상이 등장했다. 세계화가 진행됨에 따라 단일한 민족 국가들이 가지고 있던 다양한 문화를 서로 인정하고 교류하기 위해 여러 문화를 존중하고자 하는 이론으로 여성문화, 소수파문화, 비서양문화 등 여러 유형의 이질적인 문화의 주변문화를 제도권 안으로 수용하자는 입장을 이르는 말이다. 급속히 통합되는 현대 세계사회에서 여러 국가의 문화를 이해하고 자유롭게 접할 수 있는 문화의 다양성을 관리하기 위해 공식적으로 상호 존중과 문화적 차이에 대한 포용성을 중시한다.

이 용어는 처음 1957년 스위스를 기술할 때 사용되었으나 1960년대 후반기 캐나다에서 대중화되었으며 이후 영어권에서 빠르게 퍼지게 되었다. 세계화로 인하여 현재 다문화가정이 늘어나면서 서로를 이해하고자 하는 다문화주의에 대한 관심이 증가하고 있다.

다문화와 직접적으로 관련되는 법률이 많은 것도 아니다. 1997년 7월 14일 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」(약칭: 북한이탈주민법), 2007년 7월 18일 「재한 외국인 처우 기본법」, 2008년 9월 22일에 「다문화가족지원법」이 제정되었다.⁵⁴⁾

2) 북한이탈주민 지원을 위한 법제 정비

53) 김선미, “한국의 다문화정책과 지원사업 : 정부와 시민사회의 갈등·협력·거버넌스”, 『정책연구』2011 봄호(국가안보전략연구소), 37-38쪽

54) 김재광, “다문화 관련 법령에 관한 고찰”, 『한국전통정신문화와 다문화가족 사랑 실천을 위한 세미나』, 2013. 2. 28. 대한불교천태종 주최 세미나 발제문, 5-6쪽 참조

「북한이탈주민법」은 군사분계선 이북지역에서 벗어나 대한민국의 보호를 받으려는 군사분계선 이북지역의 주민이 정치, 경제, 사회, 문화 등 모든 생활 영역에서 신속히 적응·정착하는 데 필요한 보호 및 지원에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다(제1조). “북한이탈주민”이란 군사분계선 이북지역(이하 “북한”이라 한다)에 주소, 직계가족, 배우자, 직장 등을 두고 있는 사람으로서 북한을 벗어난 후 외국 국적을 취득하지 아니한 사람을 말한다(제2조 제1호).

정착지원제도로는 ① 하나원을 통한 기초 사회적응교육, ② 정착 지원, ③ 주거 지원, ④ 사회보장 지원, ⑤ 거주지 지원, ⑥ 교육지원 등이 있다. 이 중에서 교육지원으로는 탈북 청소년 교육이 중요하다. 탈북 청소년의 취학률이 낮고 중도탈락율이 높은 것으로 나타나고 있는데, 이는 남북한 간 이질화된 교육내용과 학제의 차이(북한은 소학교가 4년, 중고등과정인 6년임), 평균 3년 이상의 긴 탈북기간으로 인한 동급생과 연령의 차이, 적응 지체, 학력 결손이 사춘기의 심리적 특성과 연계되어 일반 학교에서 적응이 어려운 경우가 상당수 있기 때문이다. 중도탈락하지 않은 탈북 청소년의 경우에도 학력 결손에 따른 학력 부진의 문제가 없지 않을 것이다.⁵⁵⁾

정부의 교육지원으로는 ① 학력 인정, ② 학비 지원, ③ 한겨레학교(일반학교 진학 이전의 디딤돌 학교로 기숙형 중학교 과정 통합학교) 설립, ④ 교육보호담당관제 도입, ⑤ 방과 후 학교 자유수강권 지급 및 담당 교원의 전문성 향상, ⑥ 탈북청소년 교육프로그램 개발, ⑦ 민간단체 지원 등이다.

3) 제한 외국인의 처우에 관한 법적 정비

「제한외국인 처우 기본법」은 제한외국인의 사회적응과 능력발휘를 위한 한국 국민과 제한외국인간 상호이해와 존중의 사회환경의 창출을 통해 대한민국의 발전과 사회통합 기여를 목적으로 하고 있다(제1조). 법에서는 제한외국인을 한국국적을 가지지 아니한 거주목적의 합법적 체류자를 대상으로 하고 있다(제2조). 따라서 불법체류자는 제외된다. 제한외국인에 대한 처우에 대해서는 적정대우원칙을 채택하고 있다. 여기서 결혼이민자는 한국국민과 결혼한 적이 있거나 혼인관계에 있는 제한외국인을 말한다.

법은 제한외국인 처우에 관한 정책의 수립 및 시행 노력의무를 국가와 지방자치단체에게 부과하고 있으며(제3조). 다문화에 대한 이해 증진을 위한 지원내용으로는 국민과 제한외국인이 상호 역사·문화 및 제도 이해 및 존중하도록 교육, 홍보, 불합리한 제도의 시정 및 필요한 조치 노력의무 부과를 들 수 있다(제18조).

55) 유옥, “북한 이탈주민 사회적 통합을 위한 정책 과제”, 『공법연구』 제36집제4호(한국공법학회, 2008. 6), 204-208쪽 참조

4) 다문화가족 지원에 관한 법제 정비

「다문화가족지원법」은 다문화가족 구성원이 안정적인 가족생활을 영위할 수 있도록 함으로써 이들의 삶의 질 향상과 사회통합에 이바지함을 목적으로 한다(제1조).

“다문화가족”이란 다음 각 목(가. 「제한외국인 처우 기본법」 제2조 제3호의 결혼이민자와 「국적법」 제2조부터 제4조까지의 규정에 따라 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족, 나. 「국적법」 제3조 및 제4조에 따라 대한민국 국적을 취득한 자와 같은 법 제2조부터 제4조까지의 규정에 따라 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족)의 어느 하나에 해당하는 가족을 말한다(제2조 제1호). “결혼이민자등”이란 다문화가족의 구성원으로서 다음 각 목(가. 「제한외국인 처우 기본법」 제2조 제3호의 결혼이민자, 나. 「국적법」 제4조에 따라 귀화허가를 받은 자)의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.)의 어느 하나에 해당하는 가족을 말한다(제2호).

국가와 지방자치단체는 다문화가족 구성원이 안정적인 가족생활을 영위할 수 있도록 필요한 제도와 여건을 조성하고 이를 위한 시책을 수립·시행하여야 한다(제3조 제1항).

「다문화가족지원법」은 제3조의2(다문화가족 지원을 위한 기본계획의 수립), 제3조의4(다문화가족정책위원회의 설치), 제5조(다문화가족에 대한 이해증진), 제6조(생활정보 제공 및 교육 지원), 제7조(평등한 가족관계의 유지를 위한 조치), 제8조(가정폭력 피해자에 대한 보호·지원), 제9조(의료 및 건강관리를 위한 지원), 제10조(아동 보육·교육), 제11조의2(다문화가족 종합정보 전화센터의 설치·운영 등), 제12조(다문화가족지원센터의 설치·운영 등), 제13조의2(다문화가족지원사업 전문인력 양성), 제14조의2(다문화가족 자녀에 대한 적용 특례) 등에 대해 규정하고 있다.

(4) 「출판문화산업진흥법」상 도서정가제와 문화다양성

도서정가제(圖書定價制)란 서점들이 출판사가 정한 도서의 가격보다 싸게 팔 수 없도록 정부가 강제하는 제도를 말한다. 즉, 책값의 과열 인하 경쟁에 따른 학술·문예 분야의 고급서적 출간이 위축되는 것을 막기 위해 서점들이 출판사가 정한 도서의 가격대로 팔도록 정부가 강제하는 제도를 말한다. 즉, 문화상품 보호를 위해 출판사가 정한 도서의 가격보다 싸게 팔 수 없도록 하는 제도이다.

2003년 2월부터 시행된 「출판 및 인쇄 진흥법」에 따라, 도서정가제는 같은 해 2월 27일부터 시행되었으며, 온라인서점에 한해 출간 1년 이내의 서적을 신간으로 분류해 10% 가격할인을 줄 수 있도록 했다. 또 출간 1년이 넘는 책들은 서점 마음대로 할인폭을 정하도록 했다. 그러나 2007년 10월 20일부터 시행된 「출판문화산업진흥법」(기존 「출판 및 인쇄 진흥법」을

대체)은 발간된 지 18개월 이내의 서적을 신간으로 정하였으며, 신간 10% 할인을 오프라인 서점에서 할 수 있도록 하였다.

2014년 11월 모든 도서를 종류에 관계없이 정가의 10%까지만 할인이 가능하도록 개정되었다. 11월 21일부터 시행된 개정 도서정가제는 10% 가격할인에 간접 할인을 5%까지, 최대 15%의 할인으로 제한을 두고 있다.

출판 생태계를 유지하기 위해 정가제를 시행하는 주요 유럽권 국가와 정가제 시행 없이 자유시장에 도서 가격을 맡기는 영미권 국가 등으로 크게 양분돼 있다. 경제협력개발기구(OECD) 회원국 34개국 중 도서정가제를 시행하는 나라는 16개국(47%)이다. 한국을 포함해 프랑스와 독일, 이탈리아, 스페인 등이다.⁵⁶⁾

도서정가제의 대표국은 프랑스. 1981년 당시 문화부장관이던 ‘자크 랑’의 이름을 딴 ‘랑법’으로 도서정가제를 시행하고 있다. 앞서 프랑스는 도서정가제를 1953년 폐지했지만 할인 등을 앞세운 대형서점에 의해 출판·서점업 생태계가 교란된다고 판단, 정가제를 재도입했다. 현재 출판된 지 2년 내 도서를 정가제 대상으로 하고, 5% 이내 할인만을 허용한다. 국가와 지방자치단체, 교육·연구기관 등이 구매할 경우에만 예외적으로 9%까지 할인을 허용한다. 프랑스는 이외에도 올해 7월부터 온라인서점에서 할인판매와 무료 책 배송을 금지 시키는 ‘반 아마존법’을 시행하고 있다.

독일은 법률 없이 1888년부터 협약에 의한 정가제를 시행해 오다 2002년에 법제화에 성공했다. 이탈리아도 2001년 15%폭 이내에 도서 할인이 가능한 도서정가제를 입법했다. 출판·서점 업계의 지속적인 발전과 도서 문화 확산이 정가제의 명분이다.

반면 미국과 영국, 캐나다 등의 영미권을 포함해 OECD 국가 18개국(53%)은 도서정가제가 없다. 도서 출판 시장의 효율성을 강조한 결과다. 미국과 영국은 상위 20개 출판사가 전체 시장 매출의 97%를 차지한다. 아마존으로 대표되는 세계적 온라인 서점이 크게 발전한 것도 영미권 국가가 기반이다. 이 때문에 중소 업체가 위축된 불균형 생태계라고 평가되기도 한다.

새 정가제에 따른 변화를 세 가지 시나리오로 나누어 2020년까지 7012억~2조4066억원의 경제적 효과를 거둘 것으로 추정하는 보고서(현대경제연구원)가 있는가 하면 “경쟁을 제한하여 소비자 편의 및 시장효율화를 충분히 성취하지 못할 가능성이 크므로 소비자 보호 차원에서만 본다면 단계적으로 (정가제를) 폐지하고 문화적 가치는 시장왜곡을 최소화하는 직접 보조 형태로 전환하는 것이 옳을 수 있다”(한국개발연구원·KDI)는 주장도 있다.⁵⁷⁾

도서정가제는 가격 중심으로 왜곡되고 있는 도서출판시장을 가격보다 가치 중심으로 바로

56) 도서정가제에 대한 외국의 법제 현황에 대해서는 머니투데이뉴스 2014년 11월 19일자 “‘제2 단 통법’ 될라...시행앞둔 도서정가제 A부터Z까지” 기사 참조

57) 노재현, “[노재현 칼럼] 도서정가제는 독일까 약일까” 중앙일보 2014년 11월 26일자 칼럼 참조

잡자는 것이다. 이를 통해 창작과 출판의 다양성을 보장하려고 한다. 특히 중소 출판사와 서점을 보호해 소비자가 양질의 도서를 접할 수 있는 기회를 균등하게 보장하는 것을 목적으로 삼는다.

도서출판시장이 어려워지면서 중소서점과 출판사는 점점 설 곳을 잃고 있다. 순수하게 책만 취급하는 전국의 서점은 2003년 2247개에서 2013년 1625개로 줄어들었다. 특히 66㎡(20평) 미만의 동네서점은 2017개에서 887개로 급감한 반면 330㎡(100평) 이상 대형서점은 오히려 커졌다. 출판사도 마찬가지다. 지난해 우리나라 출판사 가운데 1년 동안 책을 한 권도 펴내지 않은 출판사는 94%에 이른다. 최근 10년 사이 가장 비중이 높았다. 이들 가운데 문을 닫는 출판사도 적지 않다. 업계는 매년 수백 개 출판사가 폐업하고 있다고 주장한다.⁵⁸⁾ 이는 결국 출판의 다양성을 훼손하고 소비자의 선택권을 제한하는 결과를 낳는다.

개정 도서정가제 시행으로 경쟁이 제한돼 단기적으로 소비자 권익이 감소할 수 있다. 그러나 장기적으로 중소출판사의 다양한 출판물 발행으로 문화다양성이 확보되고 대형·지역·온라인서점의 균형발전으로 독자의 접근권이 확대될 것이다.

(5) 문화도시 관련 법제

문화도시의 사전적 개념은 “문화적인 사적(史蹟)이 풍부하거나 학문, 예술 따위와 같은 문화적 활동이 활발한 도시”이다. 문화도시를 “지역문화의 발전을 통하여 문화적 공동체를 이룬 지역(도시)”으로 정의하면서 그 개념요소로 ① 지역적 정체성, ② 지속가능한 지역문화의 발전, ③ 공동체적 문화정체성 형성, ④ 문화적 공유 공간 등을 드는 견해가 있다.⁵⁹⁾

문화도시 관련 현행 법제로는 「문화예술진흥법」, 「지방문화원진흥법」, 「지역문화진흥법」, 「서울특별시 문화도시 기본조례」, 「고도보존 및 육성에 관한 특별법」, 「아시아 문화중심도시법」 등이 있다.

첫째, 문화도시 조성을 위한 법제로는 「문화예술진흥법」, 「지방문화원진흥법」 및 「지역문화진흥법」을 들 수 있다. 「문화예술진흥법」은 문화예술의 진흥을 위한 사업과 활동을 지원함으로써 전통문화예술을 계승하고 새로운 문화를 창조하여 민족문화 창달에 이바지함을 목적으로 한다. 「지방문화원진흥법」은 지방문화원(地方文化院)의 설립·운영 및 지원에 관한 사항을 규정하여 지방문화원을 건전하게 육성·발전시킴으로써 지역문화를 균형있게 진흥시키는 데에 이바지함을 목적으로 한다. 「지역문화진흥법」은 지역문화진흥에 필요한 사항을 정하여

58) 비즈니스포스트 2014년 11월 14일자 “기대와 우려가 엇갈리는 도서정가제” 기사 참조

59) 정상우, “문화도시 육성을 위한 헌법적 근거와 바람직한 법체계”, 「공법연구」 제41집제1호(한국공법학회, 2012. 10), 230쪽

지역 간의 문화격차를 해소하고 지역별로 특색 있는 고유의 문화를 발전시킴으로써 지역주민의 삶의 질을 향상시키고 문화국가를 실현하는 것을 목적으로 한다. 「서울특별시 문화도시 기본조례」는 서울을 인간중심적인 문화도시로 구현하기 위하여 필요한 기본적인 사항과 「문화예술진흥법」 및 같은 법 시행령, 「지방문화원진흥법」 및 같은 법 시행령에서 위임한 사항 및 그 시행을 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 시민이 행복한 삶을 영위할 수 있는 문화복지를 실현하고 국제경쟁력을 가진 도시로 발전시키는 것을 목적으로 한다.

둘째, 문화도시를 특정하여 국가 차원에서 육성하는 법률로는 「고도보존 및 육성에 관한 특별법」, 「아시아 문화중심도시법」 등이 있다. 「고도보존 및 육성에 관한 특별법」은 우리 민족의 문화적 자산인 고도(古都)의 역사문화환경을 효율적으로 보존·육성함으로써 고도의 정체성을 회복하고 주민의 생활을 개선하여 고도를 활력 있는 역사문화도시로 조성하는 데 기여함을 목적으로 한다. 「아시아 문화중심도시법」은 문화의 다양성과 창의성을 기반으로 아시아 문화와 자원의 상호 교류 및 연구·창조·활용을 통하여 국가경쟁력을 확보하는 아시아문화중심도시를 광주광역시에 조성하여 민족문화와 세계문화를 발전시키고 국가균형발전과 국민의 삶의 질 향상에 이바지함을 목적으로 한다.

VII. 문화공공성과 문화다양성 제고를 위한 법적 과제

1. 문화공공성과 문화다양성 제고를 위한 중앙정부와 지자체의 노력

(1) 문화분권 - 중앙정부와 지자체의 협업 및 협력 강화

문화 융성은 새 정부가 출범하면서 국정기조로 내세운 것으로 문화 융성을 통한 국민행복을 구현하겠다는 것이다. 다시 말해서 문화향유권을 폭넓게 확장하여 온 국민이 문화가 있는 삶을 누리 문화로 행복하게 할 수 있도록 정책을 수립하여 추진하겠다는 것으로, 그 의지의 표현으로서 지난해 대통령자문기구로서 문화융성위원회를 출범시킨 바가 있다. 그 후속 조치로서 국민의 문화향유권 신장과 문화소외지역인 지역문화예술 진흥을 위한 행·재정적 지원의 근거가 되는 「문화기본법」과 「지역문화진흥법」을 제정하여 법적 제도적 장치를 마련하였다. 이것이 문화분권을 위한 법제적 노력이라고 할 수 있다. 문화분권이란 문화의 중앙집중을 분산시키고 지역 간의 문화격차를 해소하며 지역별로 특색 있는 고유의 문화를 발전시키기 위한 것이다.

우리나라 헌법 전문에는 “자유와 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하

여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여, 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고”라고 규정하고 있다.

2014년 1월 제정된 「지역문화진흥법」은 문화분권의 실현을 위한 지역문화진흥에 관하여 그간 제안되었던 법정책들을 수용한 총합체를 형성하고 있다. 더 나아가 「지역문화진흥법」은 2013년 12월에 제정된 「문화기본법」의 취지를 반영하여 지역민의 삶의 총체로서 일상적 문화를 지역문화로 이해함과 동시에 문화민주주의의 실현을 지향하고 있다.⁶⁰⁾

그러나 「지역문화진흥법」의 제정과 시행을 통하여 지역문화자치(문화분권) 즉, 주민의 자주적 참여와 주민자치의 원칙에 따라 지역문화를 진흥시킬 수 있는 법적 근거는 마련되었으나, 우리나라 지역문화의 현실은 지방자치단체와 지역민의 자율성에만 맡겨 두기에는 지역의 문화기반이 매우 취약하며 지역 간의 문화격차도 매우 크다. 또한 「지역문화진흥법」의 제정 이전부터 지금까지 「문화예술진흥법」에 따라 국가중심으로 추진되어 온 다양한 문화예술진흥정책 중 지역문화의 진흥부문에 대한 권한 및 추진체계를 어떻게 국가와 지자체에게 배분할 것인가 하는 문제를 남기고 있다. 따라서 국가는 지역문화진흥을 통한 문화분권의 실현을 위하여 거시적 전략을 마련하여 「지역문화진흥법」의 안정적 정착을 유도하고, 이를 통하여 완전한 문화분권(지역문화자치)을 달성할 수 있도록 하여야 할 것이다.⁶¹⁾

2014년 1월부터는 문화시설의 문턱을 낮추고, 국민 모두가 문화가 있는 삶을 누릴 수 있도록 매월 마지막 주 수요일을 ‘문화가 있는 날’로 지정하여 공연장, 영화관, 고궁, 박물관, 미술관 등 전국 주요 문화시설의 무료·할인 관람, 야간 개방, 문화프로그램 등을 제공하고 있다. 그러나 정부가 아무리 정책을 구현하려 해도 전국의 광역시도 지자체와 기초 자치체가 적극적으로 참여해 주지 않는다면 그 정책은 성공할 수 없다.⁶²⁾

(2) 입법권 분배를 통한 문화공공성과 문화다양성의 실질화

문화공공성과 문화다양성의 제고를 위해서는 법률과 조례의 기능을 분명히 하여 중앙정부와 지자체의 권한과 역할을 재구성해야 한다. 중앙정부의 개입은 보충적이어야 하고, 지자체가 자율적으로 문화공공성과 문화다양성을 적극 추진할 수 있도록 지원해야 한다. 따라서 국가와 지자체의 권한과 기능 범위 내에서 법체계를 구축해 나가야 한다.⁶³⁾

60) 김창규, 앞의 논문, 165쪽

61) 김창규, 앞의 논문, 165쪽

62) 김승국, “[한국의 문화와 예술]문화융성과 문화가 있는 날”, 대한변협신문 2014년 10월 6일자 칼럼 참조

63) 정상우, 앞의 논문, 245쪽

최근 입법되는 법령의 약 70% 이상이 조례 등 자치법규로 위임한 규정을 두고 있거나 그 집행을 위해서 조례 등 자치법규를 입법할 필요가 있다. 입법된 법령에 따라 조례 등 자치법규를 입법할 때에도 그 취지에 맞게 지역문화실정에 맞고 지역문화특성이 반영되는 조례 등 자치법규가 되도록 해야 할 것이다.

지방자치단체에서도 문화공공성과 문화다양성 관련 법령이 제정되거나 개정될 때마다 지역 문화의 발전이나 주민에 도움이 되는 사항이 있는지를 점검하고, 지역의 문화발전을 위해서 조례 등 자치법규에 위임된 사항을 최대한 활용할 수 있는 대비책을 마련해야 할 것이다.

현행 자치법규상 문화공공성과 문화다양성 관련 사항들이 적극적으로 반영되지 않고 있는 것이 현실이다. 문화관련 법령에서는 국가와 지방자치단체의 책무를 공통적으로 규정하고 있는 경우가 많다. 그것은 문화의 보편성과 함께 지역적 특수성을 감안하면 당연한 법현상이라 할 수 있다.

향후 자치법규 입법시에 문화공공성과 문화다양성을 실질화하는 사항들이 적극적으로 입법화되어야 할 것이다.

2. 문화공공성을 제고하기 위한 법적 과제

(1) 문화공공성에 대한 법적 용어정의의 필요

문화와 문화다양성에 대해서는 법적인 용어정의가 되어 있다. 문화공공성에 대해서도 법적인 용어정의가 필요한가? 앞서도 지적했듯이 공공성에 대해서는 ‘개념의 인플레이션’ 현상이 벌어지고 있을 정도로 개념상 혼란이 많은 편이다. 그러나 대체로 의견이 모아지는 경향도 보이고 있다. 그런 측면에서 문화공공성에 대한 개념정의에 대한 공론화가 필요하다고 본다. 그래서 필자는 문화공공성을 “문화가 일반 사회구성원 전체에 관련되고 공개적인 의사소통의 절차를 통하여 공공복리를 추구하는 것”으로 정의한 바 있다. 그러나 이는 어디까지나 시론에 불과하므로 추가적인 논의를 통해 보완되었으면 한다.

(2) 문예진흥기금에 대한 법적 과제

1) 문예진흥기금의 의의

1970년대 초반 미국의 국립예술기금(NEA)을 모델로 만든 문예진흥기금은 『문화예술진흥법』에 근거하여 ‘순수예술 진흥’에 쓰도록 마련한 유일한 재원으로, 2003년도 말 문예기금 모금제도가 폐지된 상황에서 그간 쌓아 온 기금으로 문화예술진흥 지원사업을 진행해 왔다. 지난 40년간 예술인 창작지원과 지역 문예활성화를 비롯한 분야에 모두 1조 6천억 원이 지원

왔다.

2) 문예진흥기금 보조금 관리 실태

문예진흥기금사업은 경쟁이 치열해, 전체 신청사업 중 30% 정도만 지원이 되고 있는데, 매년 약 1,000건에 300억 원 정도가 민간 문화예술단체에 지원되고 있다. 문예진흥기금 보조사업 규정에 따르면, 문예진흥기금을 교부받은 문화예술단체는 반드시 총 사업기간 종료 후 30일 이내에 보조금 정산 및 사업성과보고서를 한국문화예술위원회에 제출하여야 한다. 그러나 상당수 문화예술단체들이 지정된 기한을 넘겨 정산을 하거나 아예 정산을 외면하고 있는 것으로 드러났다.⁶⁴⁾

3) 문예진흥기금의 고갈에 따른 대책

문예진흥기금이 곧 고갈될 위기에 처했다. 2017년도에는 전액 고갈되어 예산 편성이 불가능할 지경에 이른 것이다. 문예진흥기금의 올해 예산 규모는 관광기금, 체육기금의 20% 수준에 그치고 있고, 우리나라와 비슷한 지원체계를 갖고 있는 영국 예술위원회의 15% 수준에 불과하다. 재원이 고갈되어 가는 문예진흥기금을 폐지하고 대신 매년 문화체육관광부 일반회계(국고)로 예산을 편성해 문예진흥 사업을 지원하는 방향으로 정책 조율이 이뤄지고 있다고 한다.

따라서 문예진흥기금에 대한 개선방안을 모색할 필요가 있다. 첫째, 보조금 관리를 철저히 해야 한다. 현행 「보조금 관리 규정」에 ‘지정된 기한 내에 보조사업 성과보고서를 제출하지 않은 경우 평가점수 감점 또는 향후 지원신청 제한 등을 할 수 있다’고 규정하고 있다. 따라서 사업에 대한 철저한 관리를 위해 보조사업자에 대한 강한 페널티 부여나 법적 소송 등 좀 더 효과적인 관리 대책을 모색할 필요가 있다.⁶⁵⁾ 둘째, 문예진흥기금의 존치 및 발전에

64) 한국문화예술위원회가 제출한 2011년부터 2013년까지 최근 3년간의 ‘보조금 지원사업 집행 현황’ 자료를 분석한 결과, 정산보고를 하기는 했지만 사업종료 후 1년을 넘겨 보조금 정산 및 사업성과보고서를 누락 제출한 건수가 308건(467억7천만 원)이었고, 사업이 종료되었음에도 불구하고 아예 정산 관련 서류를 제출하지 않고 정산자체를 거부하고 있는 미정산 사업건수가 242건(80억5천만 원)에 이르고 있었다. 특히, 242건의 사업 가운데 34건(15억 원)의 사업은 종료된 지 3년이 다 되도록 정산을 하지 않고 배짱을 부리고 있는 것으로 확인돼 부실한 보조금 관리의 심각성을 더해주고 있다. 대전투데이 2014년 9월 24일자 “문예진흥기금 보조금 관리 엉망 - 종료된 지 3년이 다 된 2011년 보조사업 34건 15억 원은 아직까지도 미정산 -” 기사 참조

65) 2012년에 2억7천만 원을 보조받은 ‘추억을 파는 극장’단체가 2년이 다 되도록 미정산 상태임에도 불구하고 2013년 1억2천만 원, 2014년 6천만 원을 보조하는 등 한국문화예술위원회는 최근 2년간 미정산 단체가 신청한 11개 사업에 대해 보조금을 교부하는 등 보조금 관리 규정을 제대로 이행하지 않고 있는 것으로 드러났다. 대전투데이 2014년 9월 24일자 “문예진흥기금 보조금 관리 엉망 - 종료된 지 3년이 다 된 2011년 보조사업 34건 15억 원은 아직까지도 미정산 -” 기사 참조

대한 새로운 방안을 모색하여야 한다. 우선 거론되는 재원 확보 방안은 문예진흥기금을 존속시키는 것을 전제로 한 국고의 출연이다. 『문예진흥법』에도 문예진흥기금의 재원으로 정부 출연금을 명시하고 있어 근거는 충분하다. 그러나 복지과 안전 예산의 증가로 재정 압박을 받고 있는 정부가 해마다 이 정도의 국고를 문예진흥기금에 꾸준히 출연할 수 있을지 의문이다.⁶⁶⁾ 따라서 관광과 방송통신은 문화예술을 기반으로 성장하는 산업이기 때문에 관광진흥개발기금과 방송통신발전기금 등에서 문예기금으로 꾸준히 출연하는 방안이 안정적이고 바람직한 것으로 보는 견해가 제시되고 있다.⁶⁷⁾

(3) ‘문화가 있는 날’의 운영상 과제

우리는 문화를 일상생활 속에서 느껴야 한다. 그런데 우리들의 일상생활에는 문화적인 것이 보이지 않는다. 정신적인 향유가 없는 것이다. 인간의 행복은 정신적인 것이 아니면 얻을 수 없다. 우리 인간을 진정으로 행복하게 만들 수 있는 것은 문화밖에 없다. 더 강력하게 말하면 인간을 구원하는 것은 종교적인 신앙이 아니라 문화다. 아무리 종교적인 신념이 강해도 그것이 구체적으로 드러나는 것은 문화를 통한 일상생활에서이기 때문이다.

그래서 만든 것이 ‘문화가 있는 날’로 문화융성위원회와 문화체육관광부가 생활 속 문화 확산을 위해 2014년 1월부터 시행했다. 정부는 매달 마지막 주 수요일을 ‘문화가 있는 날’로 정해 미술관, 공연장, 박물관 등의 관람료를 할인해주는 정책을 시행하고 있다.

문화체육관광부에 따르면 문화가 있는 날에 참여한 프로그램 수는 올해 1월 883개에서 빠르게 늘어나 9월 1474개로 집계됐다. 국공립 문화단체는 의무적으로 참여해야 한다. 9월의 경우 전체 1474개 프로그램 가운데 905개가 국공립, 569개가 민간단체의 프로그램이었다. 장르별로는 전시가 438개로 가장 많았고, 인문학강좌를 개설하거나 책을 추가로 대출해주는 프로그램을 운영한 도서관(418개), 영화(275개), 공연(175개) 순이었다.

66) 국고(國庫)와 기금은 사업 수행에서 차이가 있다. 첫째, 국고로 사업을 집행할 경우 매년 1분기 진행 사업은 차질이 생길 수밖에 없다. 국고 편성 사업은 보통 연초에 사업계획을 수립·검토·승인하는 과정을 거치므로 현실적으로 1분기에 진행되는 프로젝트는 지원이 불가능하다. 반면 문예진흥기금은 전년도 10~11월에 공모 과정을 거쳐 미리 선정해두므로 예술단체를 안정적으로 지원할 수 있다. 둘째, 국고 편성 사업으로는 3년 전부터 준비해야 하는 베네치아비엔날레, 2년 전부터 준비해야 하는 공연장 임대료 지원 사업 등을 안정적으로 추진하기 어렵다. 반면 문예진흥기금은 사전 준비 및 예측 가능한 지원 체계가 구축되어 있어 문제가 없다. 셋째, 국고 편성의 경우 가장 큰 문제는 정치적·파당적 이해관계가 직·간접적으로 영향을 미칠 수 있어 문예 진흥 사업의 자율성이 훼손될 우려가 크다는 점이다. 예술 지원 정책의 기본인 ‘지원하되 간섭하지 않는다’는 이른바 ‘팔길이 원칙’도 적용하기 어렵다. 윤정국, “[시론] ‘文化 융성’ 위해 문예진흥기금 보완·유지하라”, 조선일보 2014년 6월 4일자 ‘시론’ 참조

67) 윤정국, “[시론] ‘文化 융성’ 위해 문예진흥기금 보완·유지하라”, 조선일보 2014년 6월 4일자 ‘시론’ 참조

‘문화가 있는 날’의 문제점으로는 첫째, ‘문화가 있는 날’이 평일인 수요일에 시행된다는 점이다. 주말에 시간이 나는 직장인에게는 ‘문화가 있는 날’은 먼 나라 이야기인 셈이다. 둘째, ‘문화가 있는 날’ 행사를 진행하는 문화시설이 서울 경기 지역에서만 집적돼 있어 ‘문화격차 해소’에는 도움을 주지 못한다는 것이다. 국민들에게 가장 인기가 높은 영화할인도 6~8시에 한정돼 이용상 한계가 있다. 셋째, ‘문화가 있는 날’에 대한 홍보 부족으로 대부분의 국민들이 알지 못한다는 사실이다. 넷째, ‘문화가 있는 날’에 참여하는 프로그램 중 관객이 보고 싶어 하는 작품은 충분치 않은 문제가 있다. 인터파크에서 티켓 예매 순위 1~5위에 오른 ‘레베카’ ‘지킬 앤 하이드’ ‘조로’ ‘마리 앙투아네트’ ‘헤드워’는 ‘문화가 있는 날’에 참여하지 않았다. ‘프라이드’ ‘슬픈 연극’ 등 인기가 많은 연극 역시 마찬가지다. ‘문화가 있는 날’이 정착하기 위해서는 관객들이 찾는 콘텐츠를 얼마나 확보하느냐가 관건인 셈이다. 이를 위해서는 기획사의 참여를 독려하는 것만으로는 부족하고 실질적인 지원이 필요하다는 게 문화계의 지적이다.⁶⁸⁾

(4) 문화공공성을 제고하기 위한 저작권법 과제

문화는 특징적으로 ‘공공재의 패러독스’를 내포하고 있다. 문화는 인간이 누려야 할 공공적 권리이다. 그런 점에서 문화공공성은 문화를 사적 소유와 독점의 대상이 아니라 공유와 향유의 대상으로 바라볼 때 실현가능하다.

그러나 오늘날 문화적 공공성은 여러 사회적 기제에 의해 제한되고 있다. 문화공공성의 제한은 오늘날 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물인 저작물에 대한 배타적·독점적 권리를 뜻하는 저작권 분야에서 대표적으로 나타난다. 『저작권법』은 저작자가 가진 권리의 ‘보호’와 ‘제한’이라는 모순된 수단을 통해 ‘문화의 발전’을 이룬다는 목적을 갖고 있다. 즉, “저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다”(제1조). 저작자는 저작인격권과 저작재산권을 가진다(제10조). 사적 재산권에 관한 법률인 『저작권법』에서 저작권자의 권리를 일부라도 ‘제한’하면서까지 문화의 발전을 궁극적인 목적으로 삼은 이유는 문화가 인간사회와 역사 속에서 중요한 공공적 가치를 담고 있다는 인식 때문이며, 또한 지식의 배타적 독점만을 주장해서는 인류사회의 발전을 기대할 수 없기 때문이라는 인식 때문이다. 그러나 오늘날의 『저작권법』은 문화적 창조물에 대한 접근을 제한하는 법률로 변질되고 있다는 비판도 있다. 문화발전이라는 문화공공성의 실현을 목적으로 만들어진 『저작권법』이 문화공공성을 제한하

⁶⁸⁾ 동아일보 2014년 10월 16일자 “매월 마지막 수요일 ‘문화가 있는 날’... 시행 10개월 성과와 과제” 기사 참조

고 있는 역설에 부딪히고 있기 때문이다.

저작권 강화는 공정이용이라는 공공적 가치를 제한하고 퍼블릭 도메인의 생성을 가로막는다. 결과적으로 저작권의 강화는 사회적 비용을 증가시키고 인간의 창의성을 제한하는 결과를 낳으며 창작활동을 촉진하지도 못한다. 이러한 저작권제도의 한계와 문제점을 해결하기 위해서는 공유에 대한 편견을 극복해야 한다. 오늘날 저작권의 강화로 인해 만들어진 부정적인 문제들을 극복하기 위해서는 법률과 정책적 측면에서, 그리고 사회문화적 측면에서의 저작권 제도의 개선이 필요하다. 저작권은 인간의 문화적 권리를 본질적으로 제한하지 않아야 하며 저작권 본연의 문화공공성을 회복해야 한다.

3. 문화다양성을 제고하기 위한 법적 과제

(1) 문화다양성 제고를 위한 교육과 전문 인력 양성

문화다양성은 문화복지에서 나아가 인권을 포함한 적극적인 개념이다. 기존에는 다문화, 소외계층 등 특정 대상 위주로 사업을 했지만 다양성 정책은 일상에서 향유자의 욕구를 어떻게 끌어내느냐는 방식과 과정이다.

문화다양성 정책을 펴기 위해서는 교육과 전문 인력 양성이 중요하다. 지속가능성을 위해 지역에 인력을 지원하는 뒷받침이 있어야 한다. 기획의 실현을 위해서는 매개 역할을 할 조직이 필요하다.

(2) 문화다양성 제고를 위한 국제교류 및 국제협력의 강화

현행법에서도 문화다양성 확보를 위해 국제교류 및 국제협력을 규정하고 있으나 실질적으로 기능하도록 조직과 예산을 강화해야 하고 민간에 대한 지원을 체계화해야 한다.

문화만큼 한 국가의 품격, 고유성과 정체성을 강력하게 인식시켜주는 것은 없다. 한류가 대표적인 예이다. 이는 문화산업으로도 연결된다.

한글은 세계에서 가장 우수하고 독창적이며 제작원리와 제작자가 알려진 문자다. 별도의 날을 만들어 세계인들에게 한국어 사용을 적극 권장해야 한다. 세종학당재단이 지난 7월에 개최한 제6회 세계 한국어 교육자대회에서 마지막 날을 ‘한국어의 날’로 운영한 바 있다. 그러나 부분적이고 일시적인 행사라는 한계가 있을 수밖에 없었다. 정부 차원의 적극적인 정책 추진이 필요하다.⁶⁹⁾ 일례로 지난 22일 서울 강남의 한 복합문화센터 건물에서 독일어의 날 행사가 열렸다. 네 번째로 주한 독일 오스트리아 스위스대사관이 공동 주최한 연례행사는 음

⁶⁹⁾ 임철순, “세계 ‘한국어의 날’을” 정책브리핑 2014년 11월 28일자 칼럼 참조

악과 연극 공연, UCC 공모전 시상식 등으로 진행됐으며 독일어권의 먹거리를 파는 장터도 마련됐다. 원래 독일이 2001년에 제정한 독일어의 날은 9월 두 번째 토요일인데, 한국에서는 세 대사관이 협의해 행사 날짜를 정한다고 한다. 우리나라에서 독일어는 홀대를 받고 있지만 독일과 독일어는 조금씩 소생하고 있다. 독일은 안홀트-GfK 국가브랜드지수에서 6년 만에 1위를 차지했다. 국가브랜드지수의 개발자인 사이먼 안홀트와 시장조사기업 GfK는 매년 50개국을 대상으로 설문조사를 통해 국가 이미지를 측정해 발표하고 있다. 국가브랜드가 높아짐에 따라 독일어의 영향력도 조금씩 회복되고 있다.

(3) 문화다양성 제고를 위한 문화도시 육성

문화도시는 문화적 평등, 문화적 자유와 문화적 복지가 종합적으로 보장되는 측면에서 조성되어야 한다. 도시는 사람의 공간이고 지역 주민의 삶과 일체가 되기 때문에 도시를 문화적으로 조성한다는 것은 삶의 총체가 증진된다는 것을 의미하고 기본권 보장이 제고된다는 것을 의미한다. 따라서 문화도시의 조성은 헌법적 원리를 존중해야 한다.⁷⁰⁾

문화도시 육성은 국민 전체의 균형있는 삶을 위한 것이므로, 단순히 경제 활성화를 위한 문화도시 특화 전략은 지양되어야 한다. 또한 문화도시는 평가의 잣대를 동일하게 댈 수 없다는 점에 특성이 있으므로, 각 지역이 처해진 여건과 현실의 차이를 인정해야 한다. 문화정책은 창의성 발굴에 초점을 두어야 하므로 다양성에 기반을 두어야 한다. 평가를 위한 획일화는 문화도시 육성에 법리적으로 맞지 않다.⁷¹⁾

문화 관련 법체계가 정비되는 경우 국토관계법도 문화 영역의 법체계 정비를 반영하고 도시계획 단계부터 문화적 시각이 투영될 수 있도록 제도적 장치를 개선해 나가야 할 것이다.

(4) 문화다양성 제고를 통한 사회갈등 완화

우리나라의 경우 다양한 사회갈등이 존재하고 있다. 지역간, 종교간, 세대간, 빈부간, 도농간, 서울과 지방간 문화 차이가 존재하고 갈등을 빚기도 한다. 이러한 갈등 완화 또는 해소를 위한 방안으로 문화다양성의 제고가 큰 역할을 할 수 있을 것으로 본다. 우리 사회에 문화 차이로 인한 갈등이 존재하는 것은 결국 문화다양성 측면에서 미흡하다는 것을 입증하는 것과 다름 아니다. 따라서 문화다양성 제고를 위한 법제 정비와 함께 인식의 전환 등이 이루어져야 할 것이다. 특히 다문화정책 방향은 한국문화로의 동조보다는 다양한 문화가 공존하는 문화다양성 증진에 중점을 두어야 한다.

70) 정상우, 앞의 논문, 243쪽

71) 정상우, 앞의 논문, 244쪽

한편 우리 사회가 본격적인 ‘다문화’ 사회로 진입하고 있는 만큼, 문화적 다양성과 차이를 둘러싼 대비가 필요하다는 주장도 제기되고 있다.⁷²⁾

먼저 유럽의 사례에서 보듯이 종교 및 문화 차이로 인한 사회갈등문제가 있다. 독일은 통일 이후 문화정책의 목표를 문화적 기회의 평등, 문화적 다양성과 이(異)문화 간 대화의 중요성을 확장하는 것에 맞추었다. 이러한 목표실현의 한 방법으로 소셜타운(Social town) 프로그램을 실행하였다. 이 프로그램은 정부가 문화와 예술이 사회통합의 진행에 긍정적인 영향을 준다는 인식을 바탕으로 시작되었는데, 예술가들과 기관의 협력을 통해 문화예술 소외자들을 프로그램의 중심에 두면서 지역의 예술, 문화, 사회문제에 관한 변화를 통한 사회통합을 이끌어 내었다. 프랑스는 문화정책에서 사회결속을 중요하게 다루고 있다. 프랑스 문화장관을 지낸 르노 돈디외 드 바브르(Renaud Donnedieu de Vabres)는 프랑스 문화는 단일 범주에서의 단결이 아니라 문화 다양성을 통한 사회통합을 주장하였다. 프랑스 문화부에서 발간하는『문화와 연구』에서는 문화의 민주화 문화적 다양성, 사회적 결속 등을 다루었다.

다음으로는 북한이탈주민문제가 있다. 통일부 통계에 따르면, 한국내 북한이탈주민의 수도 2014년 10월 말 현재 6,047명에 이르고 있다. 정확한 통계는 없으나 중국 내 탈북자 수는 수만명으로 추산되고 있다.⁷³⁾ 북한이탈주민들의 우리 사회 적응의 핵심인 교육과 취업 영역에서 정부의 지원은 그다지 성공적이지 못한 것으로 평가받고 있다.⁷⁴⁾ 북한이탈주민들의 적응 실패는 남북 사회통합의 준비라는 관점에서 볼 때 심각한 문제가 아닐 수 없다. 바람직한 북한이탈주민들의 사회적 적응을 위한 대책을 강구하려면 중장기적인 전망 속에 북한이탈주민 지원정책의 우선순위가 매겨져야 하고 북한이탈주민을 단순히 다문화 이주민 또는 취약계층 중 한 부분으로 취급하여서는 아니될 것이다.⁷⁵⁾

72) 외국 사례는 김명재, “[발언대]문화예술을 통한 사회적 갈등 극복” 경남도민일보 2014년 8월 18일자 기사 참조

73) 국민일보 2014년 7월 24일자 “[사설] 중서 체포된 탈북자, 정부가 나서 북송 막아야” 사설 참조

74) 탈북자들에 대한 정책을 보면 사회통합을 위한 노력과는 거리가 있어 보인다. 일례로 정부는 2014년 7월 28일 제8차 사회보장위원회에서 통일부의 탈북자 특화 사업을 비롯한 12개 사업을 6개 사업으로 통합하기로 했다. 탈북 산모를 위한 도우미 지원, 성폭력·가정폭력 피해 탈북 여성을 위한 쉼터 지원 등 탈북자 지원 사업이 내년부터 차례로 폐지된다. 이들 사업을 유사한 일반 사회복지서비스와 통합해 예산 낭비를 줄이자는 취지이지만 탈북자의 특수성을 무시한 결정이라는 비판이 나온다. 대표적으로 탈북 산모를 위한 도우미 지원 사업은 내년에 보건복지부의 산모·신생아 건강관리 지원 사업에 통합되면서 폐지된다. 또 성폭력·가정폭력 피해 탈북 여성을 위한 쉼터 지원 사업은 일반 여성 피해자 지원 사업으로 흡수된다. 탈북자 자녀를 위한 보육시설 설치, 탈북자 건강보험료 일부 지원 등 올해 신설 예정이었던 탈북자 복지서비스 지원 역시 예산 문제로 무산됐다. 서울신문 2014년 7월 29일자 “내년부터 탈북자 지원사업 줄줄이 폐지” 기사

75) 유옥, 앞의 논문, 226쪽

VIII. 결론

지금까지 문화공공성과 문화다양성에 관한 법제 현황과 이를 제고하기 위한 법적 과제에 대해 살펴보았다.

현 정부 들어 ‘문화 융성’이 국정기조의 하나가 됨으로써 문화 관련 법제 정비가 본격적으로 이루어지고 있는 것은 매우 고무적인 법현상이 아닐 수 없다. 대표적으로는 국민의 문화향유권 신장과 문화소외지역인 지역문화예술 진흥을 위한 행·재정적 지원의 근거가 되는『문화기본법』,『지역문화진흥법』의 제정이 그것이다. 이들 법제들은 문화공공성과 문화다양성과도 직접적인 관련을 가지고 있음은 두말할 나위가 없다.

문화다양성에 대해서는『문화다양성법』이 제정되어 문화다양성을 체계적으로 보호하고 증진할 수 있는 법제적 기반이 마련되었다. 즉,『문화다양성법』은 한류 등 우리나라의 문화적 다양성이 주변국과 세계적 문화 발전에 기여할 수 있도록 할 뿐만 아니라, 우리 사회에 내포해 있는 다양한 문화갈등을 해소해 사회통합을 추구하는 데에 기틀이 될 수 있을 것이다.『문화다양성법』제정을 통해 그동안 부분적으로 추진돼 오던 문화다양성 정책의 방향을 명확하고 종합적으로 설정했고, 문화 간 소통·교류사업, 문화다양성 교육, 문화다양성 콘텐츠 제작 등 문화다양성 정책사업들을 더욱 탄력적으로 추진할 수 있는 제도적 기반이 마련됐다는데 커다란 의의가 있는 것이다.

반면 문화공공성 관련 법제는 매우 다양하고 분산되어 있기 때문에 앞으로 내용적 일관성 확보와 체계정합성 측면에서 대대적인 정비가 불가피하다고 볼 수 있다. 물론 ‘입법의 홍수’에 대한 우려도 있지만, 문화공공성의 활성화에 대한 입법수요가 강해진다면, 입법론적으로『문화공공성의 활성화에 관한 법률』제정도 검토할 수 있을 것이다.

본고에서 다룬 문화공공성과 문화다양성을 제고하기 위한 법적 과제 이외에도 많은 법적 과제들이 있을 것이다. 본고에서 다룬 것은 그 중의 일부에 지나지 않는다. 앞으로 지속적으로 발굴하고 보완해 나갈 것을 약속드린다.

참고문헌

- 강재규, “국가와 지방자치단체의 공생발전을 위한 법과 제도”, 『행정법학』 제4호, 한국행정법학회, 2013.3
- 김남규, “문화적 권리와 보편적 인권: 세계인권선언에서 문화다양성협약까지”, 『국제정치논총』 제50집 제1호, 2010
- 김수갑, 『헌법상 문화국가원리에 관한 연구』, 고려대학교 박사학위논문, 1993
- 김선미, “한국의 다문화정책과 지원사업 : 정부와 시민사회의 갈등·협력·거버넌스”, 『정책연구』 2011 봄호, 국가안보전략연구소
- 김재광, “다문화 관련 법령에 관한 고찰”, 『한국전통정신문화와 다문화가족 사랑 실천을 위한 세미나』, 2013. 2. 28. 대한불교천태종 주최 세미나 발제문
- 김재광·차길수·황해봉, 『관광법규론』 제2판, 학림, 2014
- 김창규, “문화국가 구현을 위한 문화분권의 과제”, 『공법연구』 제42집 제4호, 한국공법학회, 2014. 6
- 김철수, 『헌법학신론』 제20전정신판, 박영사, 2010
- 박균성, 『행정법강의』, 박영사, 2014
- 박영도·김병준, “문화다양성과 국제법-문화다양성협약을 중심으로-”, 『일감법학』 제16호
- 성낙인, 『헌법학』 제4판, 법문사, 2014
- 서원우, 『전환기의 행정법이론』, 박영사, 1997
- 유 욱, “북한 이탈주민 사회적 통합을 위한 정책 과제”, 『공법연구』 제36집 제4호, 한국공법학회, 2008. 6
- 이병량, “문화정책과 공공성”, 『한국거버넌스학회보』 제18권 제3호, 2011. 12
- 이인호, “문화에 대한 국가개입의 헌법적 한계”, 『공법연구』 제43집 제1호, 한국공법학회, 2014. 10
- 이주하, “민주주의의 다양성과 공공성: 레짐이론을 중심으로”, 『행정논총』 제48권 제2호
- 임학순, 『창의적 문화사회와 문화정책』, 진한도서, 2003
- 장-마리 폰티에(전훈 역), “문화적 서비스”, 『공법연구』 제35집 제2호, 한국공법학회, 2006. 12
- 전광석, 『헌법학』 제9판, 집현재, 2014
- 정극원, “정부3.0과 소통”, 『토지공법연구』 제66집, 한국토지공법학회, 2014. 8
- 정상우, “문화도시 육성을 위한 헌법적 근거와 바람직한 법체계”, 『공법연구』 제41집 제1호, 한국공법학회, 2012. 10

정종섭, 『헌법학원론』 제8판, 박영사, 2013

정홍익·이종열·박광국·주효진, 『문화행정론』, 대영문화사, 2008

조한상, 『공공성이란 무엇인가』, 책세상, 2009

Hartmut Maurer(박수혁 역), 『독일행정법』 제16판, 사법발전재단, 2010

홍경자, “세계화시대의 문화다양성에 대한 해석학적 문제들”, 『해석학연구』 제29집, 한국해석학회, 2012

허영, 『한국헌법론』 전정6판, 박영사, 2010

현진권, “공공성에 대한 경제학적 분석”, 『공공성: 공공성에 대한 다양한 접근』, 미메시스, 2009

【토론문】

“문화공공성과 문화다양성을 제고하기 위한 법적 과제”에 대한 토론문

배 병 호*

1. 결코 가볍지 않은 주제에 대한 정열적인 접근과 종착점인 법적 과제를 도출하기 위한 방대한 양의 논문을 통해 많은 것을 생각하고 배우게 것을 고맙게 생각합니다. 또한 현행 제도에 대한 신선한 정보 제공에 대해서도 감사를 드립니다.

2. 발표자께서는 현 정부의 ‘문화 융성’이란 국정 기조를 근거로 관련 법령을 정리하면서 문화공공성과 문화다양성을 기준으로 논의를 전개하고 있습니다. 문화공공성은 “문화가 일반 사회구성원 전체에 관련되고 공개적인 의사소통의 절차를 통하여 공공복리를 추구하는 것”으로 정의하고, 문화다양성은 문화다양성의 보호와 증진에 관한 법률(약칭: 문화다양성법)이 정의하고 있는 “집단과 사회의 문화가 집단과 사회 간 그리고 집단과 사회 내에 전하여지는 다양한 방식으로 표현되는 것을 말하며, 그 수단과 기법에 관계없이 인류의 문화유산이 표현, 진흥, 전달되는 데에 사용되는 방법의 다양성과 예술적 창작, 생산, 보급, 유통, 향유 방식 등에서의 다양성을 포함한다.”는 것을 인용하고 있습니다. 소극적으로는 특정 민족, 유적, 유산을 보존하고 관리하는 것이고 적극적으로는 새롭게 떠오르고 창조되는 문화들을 적극적으로 수용하고 함께 공존할 수 있도록 여건을 마련함으로써 열린 문화를 지향하는 것으로 보고 있습니다. 이러한 바탕 위에 헌법상 문화국가 원리와 국가의 문화정책과의 상관성을 살피고, 문화국가원리에 따른 국가개입의 기준과 한계문제를 문화의 자율성 보장이라는 측면에서 검토한 후 문화공공성과 문화다양성이란 관점에서 관련 법제의 현황을 살피고 분석하고 있습니다. 그래서 검토되는 법률이 문화기본법, 문화다양성법, 다문화관련법제, 출판문화산업진흥법, 문화도시관련법, 정보공개 및 정보제공에 관한 법제, 행정절차법, 서울특별시 주민참여 기본조례 등입니다. 발표자의 논의 전제는 시기에 따른 문화법정책의 변화, 즉 2006년부터는 문화=삶의 총체적인 방식으로의 전환을 따른 것으로 보입니다.

3. 발표자께서는 우리나라 문화법정책 상 문화에 대한 이해가 1995년까지는 문화=문화에

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

술=예술, 1995년부터 2001년까지는 문화=산업, 2002년부터 2005년까지는 문화=콘텐츠로 인식하는 견해를 전제로 하나, 문화 관련법이 단절된 것이 아니라 2006년 이전에 제정된 법률이 아직 존재하고 있으며 그 내용이 문화공공성과 문화다양성을 담고 있다는 것입니다. 1999.2.8. 제정된 문화산업진흥기본법의 제1조(목적)은 “문화산업의 지원 및 육성에 필요한 사항을 정하여 문화산업 발전의 기반을 조성하고 경쟁력을 강화함으로써 국민의 문화적 삶의 질 향상과 국민경제의 발전에 이바지”하는 것으로 아직까지 한 번도 변경되지 않았고 다른 조문의 내용만 수차례 개정되었을 뿐 지금도 살아 있으므로 문화공공성과 문화다양성 제고를 위한 검토에서 제외할 수 없다고 할 것입니다. 왜냐하면 문화다양성법 제3조의 국가와 지방자치단체의 책무 중 권장·보호·육성하는 “문화다양성에 기반한 문화예술 활동”의 결과가 문화산업의 형태로 나타나기 때문입니다. 문화산업기본법은 제2조에서 문화산업을 문화상품¹⁾의 기획·개발·제작·생산·유통·소비 등과 이에 관련된 서비스를 하는 산업을 말하며, 다음 각 목²⁾의 어느 하나에 해당하는 것을 포함한다고 정의하고 있습니다.

문화공공성과 문화다양성을 제고하기 위한 법제 분석이 문화다양성법과 문화기본법 등으로 제한된 것이 아니라면 기존의 문화 관련 법률³⁾도 함께 검토해야 한다고 생각하는데, 발표자의 고견을 부탁드립니다.

4. 국정 기조로서 문화 융성은 목적적인 단어로 우리 문화를 전제로 하고 있습니다. 문화다양성법에서 국가와 지방자치단체의 문화다양성 보호와 문화다양성을 증진하기 위한 시책

-
- 1) “문화상품”이란 예술성·창의성·오락성·여가성·대중성(이하 “문화적 요소”라 한다)이 체화(體化)되어 경제적 부가가치를 창출하는 유형·무형의 재화(문화콘텐츠, 디지털문화콘텐츠 및 멀티미디어문화콘텐츠를 포함한다)와 그 서비스 및 이들의 복합체를 말한다.
 - 2) 가. 영화·비디오물과 관련된 산업
 - 나. 음악·게임과 관련된 산업
 - 다. 출판·인쇄·정기간행물과 관련된 산업
 - 라. 방송영상물과 관련된 산업
 - 마. 문화재와 관련된 산업
 - 바. 만화·캐릭터·애니메이션·에듀테인먼트·모바일문화콘텐츠·디자인(산업디자인은 제외한다)·광고·공연·미술품·공예품과 관련된 산업
 - 사. 디지털문화콘텐츠, 사용자제작문화콘텐츠 및 멀티미디어문화콘텐츠의 수집·가공·개발·제작·생산·저장·검색·유통 등과 이에 관련된 서비스를 하는 산업
 - 아. 대중문화예술산업
 - 자. 전통적인 소재와 기법을 활용하여 상품의 생산과 유통이 이루어지는 산업으로서 의상, 조형물, 장식용품, 소품 및 생활용품 등과 관련된 산업
 - 차. 문화상품을 대상으로 하는 전시회·박람회·견본시장 및 축제 등과 관련된 산업. 다만, 「전시산업발전법」 제2조 제2호의 전시회·박람회·견본시장과 관련된 산업은 제외한다.
 - 카. 가목부터 차목까지의 규정에 해당하는 각 문화산업 중 둘 이상이 혼합된 산업
 - 3) 개별법으로 콘텐츠산업진흥법, 문화예술진흥법, 게임산업진흥에 관한 법률, 인쇄문화산업진흥법, 방송법, 관공진흥법 등을 들 수 있다.

강구 등 노력의무를 부과하고 있는바, 노력의무의 결과를 제시하기 어려운 만큼 노력의무의 한계가 있다고 판단됩니다. 국가 등의 노력의무의 한계에 대한 발표자의 고견을 부탁드립니다.

발표문에서 언급하고 있는 바와 같이 문화의 다양성이 아닌 문화의 차이가 문제되는 이유가 무엇이라고 생각하시는지요? 문화다양성법을 검토해보아도 문화의 차이로 인한 부작용과 그것에 대한 규정은 보이지 않는데, 그에 관한 발표자의 고견을 부탁드립니다.

문화의 차이로 인한 사회갈등을 문화다양성 제고를 통하여 완화할 수 있는지, 문화다양성을 통한 사회통합에 대한 우리 국민의 합의가 있었는지, 우리나라에서 확실한 문화다양성을 통한 사회통합의 가능성에 대한 발표자의 고견을 부탁드립니다.

5. 다음 다문화관련 법제와 탈북자 관련 사항입니다. 북한이탈자 주민법과 재한외국인처우기본법 및 다문화가족지원법 사이의 관계는 서로 다른 대상을 전제로 하므로 일응 상호 충돌되지 않아 보이지만, 국가예산의 우선적 집행이나 정책적 배려에 있어 우선권을 주장할 수 있다고 보입니다.

국정 기조로서 문화 융성은 가변적이지만 ‘우리 문화’를 전제로 하고 있습니다. 문화의 다양성은 세계화의 흐름 속에서 각 국가가 가지는 문화의 개별성을 전제로 합니다. 즉 개별성, 고유성, 다양성으로 표현되는 문화의 특성에 비추어 볼 때 문화의 다양성은 전 세계 문화의 다양성과 함께 개별 국가 또는 사회 자체의 문화의 독자성 내지 정체성을 포함한다고 할 것입니다. 문화의 다양성이 강조된다고 하여 전 세계 모든 나라의 문화의 동질성을 요구하는 것은 아닙니다. 우리 헌법을 제정하면서 강조된 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복”, 그리고 1980년 헌법 이후 계속 규정되어 있는 “전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달”의 의미는 대단히 크다고 할 것이며 그 의미가 훼손되어서도 안 될 것입니다. 전통문화의 발전에서 “발전”의 강조는 다양한 변화 가능성을 함축하고 있고, 전통문화가 없는 즉 뿌리가 없는 사회나 국가의 구성원이 느끼는 허전함과 허약함을 배척할 것입니다. 결코 문화의 다양성에 대치되는 개념으로 오인되어서는 안 될 것입니다.

남북통일이 기본적으로 “민족통일”이라는 전제를 버릴 수 없는 한 다문화사회의 방향도 역사성을 가지고 검토해야 할 것입니다. 탈북자문제는 다양한 형태의 이민자의 우리 사회 적응과는 다른 것이므로 당연히 다른 접근이 필요합니다. 우리 민족의 형성은 오랜 시간을 통하여 다양한 형태의 통합이 있었던 것을 부인할 수 없지만 우리 민족의 정체성을 유지하게 해

준 과거의 사정과 세계화로 표방되는 오늘날의 사정이 다르다는 것을 인정하고 좀 더 진지하고 솔직한 접근이 있어야 할 것입니다. 진실로 다민족 다문화사회를 전제로 하는지 논해볼 필요가 있습니다.

민족문화라는 단어가 배척되어서는 안 될 뿐만 아니라 “우리 문화”라는 단어가 기능을 할 수 없게 되어서도 안 된다고 할 것입니다. 한국어의 날과 독일어의 날 행사가 강조되는 이유가 바로 여기에 있습니다. 각국의 문화다양성이 구체적으로 각국의 문화가 모두 비슷하거나 같아야 한다는 것은 아닐 것입니다. 소수 민족이 지구상에서 사라진 것과 사라질 가능성이 있는 것은 결코 진화의 이름으로 합리화될 것은 아닙니다.

문화다양성을 강조하는 다문화주의의 한계가 없는지 그리고 이에 대한 우리 법제의 한계가 없는지 등에 대한 발표자의 고견을 부탁드립니다.

감사합니다.

【제3주제】

국가의 문화보장책임에 기초한 문화산업진흥법제에 관한 연구

— 게임산업진흥·규제에 관한 검토와 함께 —

이 기 춘*

- I. 서론
- II. 문화, 문화산업, 문화국가원리와 국가의 문화진흥의무의 검토
- III. 문화산업진흥법제의 검토
- IV. 결론 - 특히 게임산업에 대한 규제와 국가의 문화보장책임적 관점

I. 서론

현재 우리는 문화생활 안에서 살고 있다. 문화는 사실적으로 우리가 만들어놓은 것을 의미하기도 하고 계속적으로 인위적으로 만들어가는 것이기도 하다. 일상생활에서 문화생활이라고 함은 영화, 음악, 미술 중 고상한 것의 관련성을 주로 말하지만 그것이 상업화의 작업으로 만들어진, 꼭 고상하다고 평가되지 않아 온 것들과 관련되어도 의미에 적합하다고 본다. 현대적으로 이러한 문화는 20세기에 이르러 상업화를 거쳐 산업의 대상으로도 발전되어 있다. 문화산업은 산업국가화, 포스트모더니즘 등의 흐름을 거쳐 고부가가치 산업으로 평가되며, 국가적 보호·진흥대상으로까지 격상되어 있는 것이 현실이다.

이 글은 문화와 문화산업의 개념을 고찰하고 문화국가원리와 국가의 문화진흥의무의 근거와 내용을 찾아본 뒤, 문화산업진흥을 위한 법제도와 정책을 비교법적으로 검토하는 작업을 시도할 것이다. 그리고 그러한 큰 그림에 입각하여 게임산업에 관한 규제가 바람직한 방향의 것인지도 함께 살펴볼 것이다.

* 부산대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

II. 문화, 문화산업, 문화국가원리와 국가의 문화진흥의무의 검토

1. 문화의 개념과 현상적 특징

문화란, 학문적 관점이 아니라 일반 시민인 저자의 천박한 이해에 따를 때, 인간이 지식을 가지고 생활관계를 맺으면서 편의에 따라 만드는 생활환경으로 이해하여 왔다¹⁾. 이러한 상식적인 이해가 라틴어상 ‘경작하다’, ‘돌보다’라는 뜻의 단어인 ‘cultura agri’²⁾와 연결되는 것이라고 생각한다. 그리고 이것을 권력을 가진 사람의 시각에서 정의내릴 때, 문치교화(文治教化)³⁾ 즉 “형벌위력을 사용하지 않고 인민을 교화하는 것”이라는 문화개념이 형성되었다고 하며, 또한 문화를 논하는 사람은 교양과 문화감각을 가진 사람으로 이해되기도 한다.⁴⁾ 여기서 기초가 된 ‘문화’란 인류학 등에서 학문적으로 칭하는 ‘넓은 의미의 문화’ 개념이 될 것이다.⁵⁾ 넓은 의미의 문화란 법, 경제, 정치, 예술 등을 포함하고 물질적, 제도와 같은 관념적인 것도 포함하는, 인위적으로 형성된 환경이라고 한다⁶⁾. 이에 대립하여 현대적으로 사용되는 문화재, 문화생활, 문화국가에서 사용되는 문화는 ‘좁은 의미의 문화’⁷⁾라고 하는데, 이것은 교양이나 예술 등 일정한 가치의 실현을 지향하는 인간의 노력 그 자체라고 하고 ‘문화산업’에서의 문화도 이러한 의미라고 한다.⁸⁾ 문화의 보호, 육성, 진흥, 전수라는 특수한 과제와 그 밖의 공공의 과제를 구별하고 문화를 법적인 맥락으로 나아가게 하기 위해서는 역시 위와

-
- 1) 문화를 삶의 유형이나 생활양식 그 자체라는 인류학적 의미의 문화개념이라고 할 수 있다. 이에 대해서는 윤태석, 김웅진, 지역 문화산업의 육성에 관한 연구, 문화산업연구, 제4권 제1호, 한국문화산업협회, 2004, 101쪽.
 - 2) 홍성방, 문화국가원리, 고시연구, 제25권 제5호, 고시연구사, 1998, 84쪽; 장교식, 문화정책에 관한 연구, 토지공법연구, 제50집, 한국토지공법학회, 2010, 276쪽.
 - 3) 동아시아 문화세계의 이상은 이러한 ‘文’으로 백성을 다스리고 가르쳐, 그런 모습으로 바꾸어 가는 것을 지향했다고 한다. 신승환, 문화적 존재, 문화적 세계, 경향신문, 2007. 1. 13.(조용순, 文化콘텐츠의 製作·流通·利用에 관한 法·制度 研究 : 著作權法 및 文化産業 關聯法을 中心으로, 한양대학교박사학위논문, 2008, 6쪽 각주 2에서 인용함).
 - 4) 柳父章, 一語の辭典 : 文化, 三省堂, 1995, 5쪽 이하(박성호, 문화산업법, 한양대학교 출판부, 2012, 15쪽에서 인용함).
 - 5) 독일에서 넓은 의미의 문화개념에 대해서는 Germelmann, Claas Friedrich, Kultur und staatliches Handeln, Mohr Siebeck, 2013, S. 7f.
 - 6) 홍성방 교수님은 이렇게 문화를 자연에 인간의 활동이 가해진 것으로 볼 때에는 문화란 사회학에서 일반적으로 사용되듯이 “사회내의 전형적인 생활양식, 가치관 및 행위양식을 총칭”하는 것일 수밖에 없다는 슈타이너(U. Steiner) 교수의 설명을 인용하고 있다. 홍성방, 위의 논문, 84쪽.
 - 7) 독일에서 좁은 의미의 문화개념에 대해서는 Germelmann, a.a.O., S. 5f. 참고.
 - 8) 박성호, 앞의 책, 16쪽. 법학분야에서의 문화연구에 있어서의 문화개념에 대해서는 장교식, 위의 논문, 277쪽 참고. 여기서 장교식 교수님은 하위문화, 전통문화에 대해서도 언급하고 있다. 또한 문화의 개념과 구분에 대하여 더 자세한 것은 조용순, 위의 학위논문, 6-13쪽 참고.

같은 포괄적인 의미로는 부족하다고 하면서 문화를 “법학적으로 문화는 국가와 특별한 관계를 가지고 있는 인간의 정신적·창조적 활동영역”이고, 교육, 학문, 예술, 종교가 그 범주 안에 들어간다는 우도 슈타이너(U. Steiner)의 정의⁹⁾도 이렇듯 좁은 의미의 문화개념에 입론한 것이다.

여기서 문화는 사회의 발전과 기술의 발전에 따라 현대적, 사실적 관점에서 네 가지 현상을 보여주고 있는데, ①박물관화(Musealisierung), ②상업화(Kommerzialisierung), ③국제화(Globalisierung)¹⁰⁾, ④디지털화(Digitalisierung)가 그것이다.¹¹⁾ 여기서 특히 ②의 상업화와 관련하여, 문화는 최근에 경제구조에 강하게 의존하게 되었고, 문화의 의미와 기능에서 새로운 관점들이 나타나기 시작했다. 문화상품들은 그것의 본래적 사회관련성에서 벗어나고, 그것의 문화적 모범성으로부터 개별화되고 그것의 의미가 새롭게 표출되고 있다. 이를 통해 예술품들은 새로운 형태의 경제상품이 되며, 자신의 특별한 시장가치를 갖게 되었다. 이러한 방향의 빠른 발전은 국제화와 디지털화를 통하여 보다 강화되고 있다. 이러한 현상을 통해 과거 문화관념에 근거한 이상적 가치평가기준들은 경제적 평가기준으로 대체되고 있다. 동시에 문화생활영역들의 부분결합에 의하여 부분의존성이 발생하여, 경제구조 내의 위기는 문화구조의 위기로도 확장될 수 있다고 한다.¹²⁾

그리고 ④의 디지털화 역시 중요한 현상인데, 이것은 문화소재의 기술적 재생산가능성을 완전히 새로운 차원으로 바꿔놓았다. 발터 벤야민(Benjamin)이 이미 문화라는 생활영역의 새로운 질서를 문화소재의 기술적 재생산가능성을 통해, 특히 사진과 영화라는 미디어를 통하여 분석하였다면, 이제 문화질서는 디지털적 재생산가능성에 따라 분석되어야 한다. 디지털적 재생산을 통하여 작품들은 기술적으로만 재생산되는 것이 아니다. 이를 통하여 정신적인 내용이 원본으로부터 벗어나 복사물로 전송될 수 있고 1회적 존재를 뛰어 넘어 그 존재가 활용될 수 있게 되었다. 그 활용가능성은 낮은 기술수준에 의하여 거의 장벽이 없게 되고 있다. 따라서 특히 인터넷에 의한 디지털네트워크화를 통하여 문화소재들은 오늘날 세계적인 것이 되고 있고, 낮은 진입장벽으로 인해 언제든지 접근가능하게 되었다. 이러한 재생산가능성과 그에 따른 이용가능성은 결국 영속적인 변화가능성에 의해서도 보완되고 있다. 기술적 재생산의 시대에 재생산이라는 것이 항상 복사물이었다면, 디지털적 재생산가능성의 시대에

9) U.Steiner, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL Heft 42(1984), S.8f.(홍성방, 위의 논문, 85쪽에서 인용함). 이는 다른 헌법문헌에서도 문화국가원리상 문화개념으로 사용되고 있다. 대표적으로 성낙인, 헌법학, 제7판, 법문사, 2007, 205쪽.

10) 이것을 문화의 세계화 측면으로 설명하는 것으로 윤태석, 김웅진, 위의 논문, 104-105쪽.

11) Lenski, Sophie-Charlotte, Öffentliches Kulturrecht - Materielle und immaterielle Kulturwerke zwischen Schutz, Förderung und Wertschöpfung -, Mohr Siebeck, 2012, S. 3ff.

12) Lenski, a.a.O., S. 6-7.

는 원본에 대한 이러한 기능적 결합이 제거되어 있다. 문화소재의 원본 혹은 원작(Original)은 과거의 오리지널의 가치성을 상실하였고, 말하자면 그것은 원본의 기능으로만 축소되었다는 특징을 보여준다.¹³⁾

2. 문화산업의 개념과 특성

(1) 문화산업의 개념

위에서 문화의 개념과 그 현상적 특성을 보았다면, 이제는 그것을 산업화의 대상으로 보는 문화산업의 개념에 대하여 검토한다. 문화와 문화산업을 언급하는 논문이나 보고서는 ‘문화산업’이라는 용어는 독일 프랑크푸르트학파의 호르크하이머(Horkheimer)와 아도르노(Adorno)가 ‘계몽의 변증법’¹⁴⁾이라는 책에서 문화산업을 ‘대중기만으로서의 계몽’이라고 회의적으로 언급하면서 시작된 것이라고 한다.¹⁵⁾ 이 문헌은 자본주의적 문화생산이 가져올 수도 있을 폐단, 모순에 관한 인식이 기반을 이루고 있고, 산업사회의 상품화·물신화 경향으로 초래된 당시대의 문화적 위기상황을 비판하기 위하여 이러한 개념을 사용하였다고 하고¹⁶⁾, 이러한 비판이론은 현재도 여전히 발견되고 있다.¹⁷⁾

하지만 문화와 경제의 경계가 허물어지고 각종 매스미디어의 발달로 말미암아 대량 생산, 복제 즉 위에서 본 문화의 디지털화의 특성에 힘입어 상업화의 급속한 길로 들어섬에 따라 문화산업이라는 개념은 문화와 친숙한 것이 되었다.¹⁸⁾ 이에 따라 과거 독일 프랑크푸르트 학파의 초기 문화산업에 관한 대중문화를 만들어 그것을 이용해서 대중들의 이성적 감각을 마비시킨다는 부정적 입장은 불식되고 오히려 이 용어는 ‘상품으로서의 문화생산’이라는 현상의 새로운 관점을 제시하는 의의를 가지게 되었다고 한다.¹⁹⁾

¹³⁾ Lenski, a.a.O., S. 7-8.

¹⁴⁾ Horkheimer, Max/Adorno, Theodor, Dialektik der Aufklärung, Fischer Taschenbuch Verlag, F(M), 1969(1947), 김유동·주경식·이상훈 옮김, 계몽의 변증법, 문예출판사, 1995, 169면 이하(박성호, 위의 책, 18쪽, 각주 15에서 인용함).

¹⁵⁾ 대표적으로 윤태석, 김웅진, 위의 논문, 107쪽; 박성호, 위의 책, 18쪽; 조용순, 위의 학위논문, 13-14쪽; 윤태석, 김웅진, 지역 문화산업의 육성에 관한 연구, 문화산업연구, 제4권 제1호, 한국문화산업협회, 2004, 107쪽 등이 있다.

¹⁶⁾ 박성호, 위의 책, 18쪽; 조용순, 위의 학위논문, 14쪽.

¹⁷⁾ 문화산업에 대한 마르크스(Marx)의 유물론적 관계존재론의 가능성을 언급하면서 문화산업에 대한 유물론적 입장에서의 현대적 비판을 견지하는 문헌으로 김성민, 김성우, 문화산업의 논리와 신화 - 문화분석을 위한 맑스의 유물론적 관계존재론의 가능성에 대한 서론, 철학연구, 제94호, 대한철학회, 2005, 85쪽 이하.

¹⁸⁾ 이러한 취지의 견해로 윤태석, 김웅진, 위의 논문, 102-104쪽; 조용순, 위의 학위논문, 14쪽 참고.

우리 실정법에서 문화산업을 개념정의하는 것을 보면, 문화산업진흥법은 “문화산업”이란 “문화상품의 기획·개발·제작·생산·유통·소비 등과 이에 관련된 서비스를 하는 산업을 말하며, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것을 포함한다. 가. 영화·비디오물과 관련된 산업, 나. 음악·게임과 관련된 산업, 다. 출판·인쇄·정기간행물과 관련된 산업, 라. 방송영상물과 관련된 산업, 마. 문화제와 관련된 산업, 바. 만화·캐릭터·애니메이션·에듀테인먼트·모바일문화콘텐츠·디자인(산업디자인은 제외한다)·광고·공연·미술품·공예품과 관련된 산업, 사. 디지털문화콘텐츠, 사용자제작문화콘텐츠 및 멀티미디어문화콘텐츠의 수집·가공·개발·제작·생산·저장·검색·유통 등과 이에 관련된 서비스를 하는 산업, 아. 대중문화예술 산업, 자. 전통적인 소재와 기법을 활용하여 상품의 생산과 유통이 이루어지는 산업으로서 의상, 조형물, 장식용품, 소품 및 생활용품 등과 관련된 산업, 차. 문화상품을 대상으로 하는 전시회·박람회·견본시장 및 축제 등과 관련된 산업(다만, 「전시산업발전법」 제2조제2호의 전시회·박람회·견본시장과 관련된 산업은 제외한다.), 카. 가목부터 차목까지의 규정에 해당하는 각 문화산업 중 둘 이상이 혼합된 산업”이라고 정의한다.

이에 반해 문화예술진흥법은 ‘문화예술’을 “문화예술의 창작물 또는 문화예술 용품을 산업수단에 의하여 기획·제작·공연·전시·판매하는 것을 업(業)으로 하는 것”이라고 정의한다. 양자를 비교할 때 전자인 문화산업진흥법상 문화산업의 개념범위보다 후자인 문화예술진흥법의 그것이 범위가 매우 좁은데, 이것은 양 법률의 목적이 상이한 데서 비롯된 것이라고 하며²⁰⁾, 즉 문화예술진흥법의 목적은 문화산업 자체의 진흥이 아니라 문화예술자체의 진흥에 치중한 것이기 때문이다.

(2) 문화산업의 특성

문화산업의 특징에 관하여 관점에 따라 여러 견해가 주장되고 있지만²¹⁾, 그 중 하나²²⁾를 보면, ①멀티미디어 기술의 접목에 따른 첨단화와 문화산업의 복합화, ②디지털화를 통한 문

19) 윤태석, 김웅진, 위의 논문, 107쪽; 박성호, 위의 책, 24쪽. UNESCO는 이러한 관점을 담아 문화산업을 “문화적인 콘텐츠의 창조·생산·상업화와 관련된 산업”이라고 설명하고 있다고 한다 (조용순, 위의 학위논문, 15쪽).

20) 조용순, 위의 학위논문, 39쪽.

21) 아래와 다른 견해로 윤태석, 김웅진, 위의 논문, 111-112쪽은 ①장르의 다양성, ②특정문화상품의 독점성, ③윈도우효과(window effect)(파급산업을 활성화함으로써 산업적 효과를 극대화하려는 경향 즉 문화소재들의 상호연계강화 경향)를 들며, 박성호, 위의 책, 25쪽은 ①많은 자본의 필요, ②대량재생산 기술 사용, ③문화의 상품화, ④자본주의적 형식의 노동조직을 바탕으로 함을 들기도 한다.

22) 신희권, 지방정부 문화산업정책의 가능성과 한계 : 대전 첨단문화산업단지 사례를 중심으로, 사회과학연구, 제14호, 충남대학교 사회과학연구소, 2003, 177-179쪽.

화산업의 국제화, ③미학적, 관념적 산업으로서 가치관련성이 큼, ④문화산업의 유행성과 독점성, ⑤문화상품 정보의 비대칭성, ⑥문화산업의 공간적 집적성, ⑦윈도우효과로서 현대 문화산업의 전후방연쇄에 있는 관련산업을 활성화시킴으로써 산업적 효과를 극대화하는 경향을 들고 있다.

이 견해에 따르면 ③, ④, ⑤ 즉 가치관련성, 독점성, 정보의 비대칭성은 시장의 실패를 가져오는 대표적 요인들로서 문화산업에 대한 정부개입의 1차적 논거이며, ①, ②, ⑥, ⑦ 즉 기술의 고도화, 문화산업의 국제화, 공간적 집적성, 윈도우효과 등은 정부가 개입하여 국가경제에 긴요하지만 문화산업을 보호하고 문화산업의 국제경쟁력을 높여야 한다는 산업정책적 차원에서의 정부개입의 2차적 논거가 된다고 한다. 더 나아가 각 나라는 자신의 상황에 따라 문화산업정책의 수단을 채택하고 있는데, 대표적으로 프랑스는 국가가 문화산업정책을 주도하고, 미국은 기업이 그 주체가 되며, 영국과 일본의 경우 국가와 기업이 역할을 분담하여 문화산업을 지원하고 참여하는 형태를 띠고 있다고 한다.²³⁾

3. 문화국가원리, 국가의 문화진흥의무

(1) 문화국가원리의 의의

문화국가란 국가가 개인의 문화적 자유와 자율을 보장함과 더불어 국가가 적극적으로 개인의 문화적 생활을 구현하기 위하여 노력하는 국가를 의미한다고 하며, 이는 헌법상 명문규정이 없어도 하나의 헌법적 원리로서 법치국가원리, 사회복지국가원리와 함께 보장되고 있다.²⁴⁾ 이러한 문화국가원리에 대해서는 그 동안 헌법과 행정법 문헌에서 종종 다루어져 왔다.²⁵⁾ 이 문헌에서 보는 문화국가원리에서의 ‘문화’에 대해서는 전술한 대로 슈타이너(U. Steiner)의 정의(“교육·학문·문학·예술 등 인간의 정신적·창조적 활동영역”)가 인용되고 있다.²⁶⁾

23) 신회권, 앞의 논문, 179쪽.

24) 성낙인, 헌법학, 제7판, 법문사, 2007, 205쪽. 그리고 다른 문헌에서 문화국가란, 헌법적 개념으로서의 문화국가란 국가로부터 문화의 자유가 보장되고 국가에 의하여 문화가 급부되어야 하는 국가, 즉 문화에 대한 국가적 보호·지원·조정 등이 이루어져야 하는 국가를 말한다고 한다. 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2007, 146쪽.

25) 대표적으로 - 시간 순으로 보면 - 전광석, 헌법과 문화, 공법연구, 제18집, 한국공법학회, 1990, 161-178쪽; 김수갑, 헌법상 문화국가원리에 관한 연구, 고려대학교박사학위논문, 1993; 홍성방, 문화국가원리, 고시연구, 제25권 제5호, 고시연구사, 1998, 83-92쪽; 박선영, 문화국가원리에서 본 지방자치단체의 역할과 책무, 지방자치법연구, 제6권 제1호, 한국지방자치법학회, 2006, 275-302쪽; 류시조, 韓國 憲法上の 文化國家原理에 관한 研究, 헌법학연구, 제14권 제3호, 한국헌법학회, 2008, 247-272쪽; 김세규, 문화국가의 구현과 문화분권 - 부산문화재단의 설립에 즈음하여 -, 토지공법연구, 제43집 제2호, 한국토지공법학회, 2009, 484-503쪽; 을 들 수 있다.

문화와 국가의 관계²⁷⁾에 대해서는 근대 이전에 문화는 국가종속적 문화였고 시민혁명을 거치면서 문화활동의 자유·문화의 자율성이 인정되었다가 20세기에 들어 문화의 경제에의 종속, 문화적 불평등, 제3세계의 선진국문화종속현상이 심화되었다고 한다. 이러한 상황에서 현대국가는 문화의 자율성을 최대한으로 존중하면서 능동적으로 문화를 형성하고 보호하는 기능까지도 수행하기에 이르렀으며, 이러한 현대적 의미의 문화국가를 ‘문화조성적’ 국가라고 한다.²⁸⁾

(2) 문화국가원리의 헌법상 근거와 내용

문화국가원리는 헌법 제9조의 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”는 문화진흥의무(Kulturförderpflicht) 규정과 헌법전문에 문화영역에서의 각인의 기회균등선언, 인간으로서의 존엄성 존중(헌법 제10조)과 인간다운 생활을 할 권리(헌법 제34조 제1항)에 입각한 최소한의 문화생활수준의 확보규정, 각종 정신적 자유권과 교육제도의 보장 규정들이 문화국가이념을 실현하는 근거로 작용한다고 한다.²⁹⁾

이러한 문화국가원리는 그 내용으로서, ①문화의 자율성과 다원성을 구현하는 불편부당한 즉 중립적³⁰⁾이고 관용을 보장하는 국가의 문화정책과 직접적으로 연계되어 있다는 점(소위 국가정책의 문화적 자율성 보장)³¹⁾, ②문화에 대한 국가적 개입은 최소한에 그쳐야 한다는 문화의 국가로부터의 자유측면, 그러나 문화에 대한 국가적 개입의 포기는 문화국가원리의 포기로서 이어질 수 있으므로 조성·육성·진흥·계승·발전·지원의 차원에서 행해져야 하며

26) 대표적으로 홍성방, 위의 논문, 84쪽.

27) 문화와 국가라는 양 개념을 합쳐 문화국가라는 개념을 만든 사람은 피히테라고 한다. 홍성방, 위의 논문, 85쪽(각주 12에서 J.G.Fichte, Die Grundzuge des gegenwertigen Zeitalters, 1806, in: I.H.Fichte (Hrsg.), Samtliche Werke Bd. VII, 1846, S.189, 200ff.를 인용하고 있다).

28) 권영성, 위의 책, 147쪽.

29) 권영성, 위의 책, 148-149쪽.

30) 독일에서는 이를 중립성명령(Gebot der Neutralität)이라고 한다. 이에 대해서는 Lenski, a.a.O., S. 57.

31) 현재 2004.05.27., 2003헌가1, 2004헌가4(병합) 전원재판부는 “문화국가원리는 국가의 문화국가실현에 관한 과제 또는 책임을 통하여 실현되는데, 국가의 문화정책과 밀접 불가분의 관계를 맺고 있다. 과거 국가절대주의사상의 국가관이 지배하던 시대에는 국가의 적극적인 문화간섭정책이 당연한 것으로 여겨졌다. 그러나 오늘날에 와서는 국가가 어떤 문화현상에 대하여도 이를 선호하거나, 우대하는 경향을 보이지 않는 불편부당의 원칙이 가장 바람직한 정책으로 평가받고 있다. 오늘날 문화국가에서의 문화정책은 그 초점이 문화 그 자체에 있는 것이 아니라 문화가 생겨날 수 있는 문화풍토를 조성하는 데 두어야 한다. 문화국가원리의 이러한 특성은 문화의 개방성 내지 다원성의 표지와 연결되는데, 국가의 문화육성의 대상에는 원칙적으로 모든 사람에게 문화창조의 기회를 부여한다는 의미에서 모든 문화가 포함된다. 따라서 엘리트문화뿐만 아니라 서민문화, 대중문화도 그 가치를 인정하고 정책적인 배려의 대상으로 하여야 한다.”고 판시하였다.

직접적 규제는 최소한에 그쳐야 한다는 것(국가에 의한 문화의 보호·육성·진흥·전수), ③ 누구든지 문화 활동에 참여할 수 있는 기회를 요구할 수 있다는 것과 그러한 기회를 국가와 타인에 의해서 방해받지 아니할 것 그리고 이미 존재하는 문화 활동의 결과를 평등하게 향유하는 것(소위 문화적 평등권의 보장)이 열거된다.³²⁾

(3) 국가의 문화진흥의무

우리나라 헌법은 문화권(Kulturrecht)이라는 기본권을 명시하여 규정하고 있지 않다. 그러나 양심의 자유, 종교의 자유, 표현의 자유, 학문과 예술의 자유 등이 문화적 기본권의 측면을 보유하고 있으며, 환경권, 국가의 환경보전의무, 국가의 국민의 쾌적한 주거생활을 위한 노력 등은 문화적 기본권과 직접적으로 관련된다는 견해도 있고³³⁾, 독일에서도 문화권은 예술과 학문의 자유, 표현과 정보의 자유, 언론·방송·영화의 자유, 종교의 자유, 교육의 자유 등과 직접 관련되는 기본권이며, 문화생활의 기반형성권리로서 결사의 자유, 재산권, 일반적 평등권 등이 제시되고 있다.³⁴⁾ 이러한 문화권은 사회권적 기본권의 성격을 갖는다.³⁵⁾

독일의 최근 문헌에서 문화국가는 국가의 목표(Staatsziel)가 아니며 그렇게 이해할 내용이 독일 기본법에서 발견되지 않는다고 한다. 오히려 독일기본법은 문화생활영역을 자유주의적이고 인간존엄에 기초를 두는 근본사상에 입각한 기본권의 자유보장적 기능에 양도하고 있다고 한다.³⁶⁾ 따라서 이렇게 객관적 가치로서 문화를 독일기본법에서 포괄적으로 근거를 찾고자 하는 것은 문제라는 시각에서 문화적 활동은 1차적으로 기본권질서에서 이해되어야 한다고 한다. 그러면서 예술의 자유, 표현의 자유의 본질과 연결시키고 있다.³⁷⁾ 또한 문화소비권을 급부권(Leistungsrecht)인 기본권으로는 설명할 수 없다고 하면서, 국가의 문화진흥조치들을 헌법적으로 근거지우기 위해서는 기본권의 객관법적 측면만이 남는데 이에 대해서는 혼란이 있다고 한다.³⁸⁾ 그러나 우리나라는 특히 헌법전문과 제9조에서 문화국가원리를 일반적으로 구현하고 있으며 이에 따라 국가는 문화진흥의무로서 문화진흥의 책임을 일반적으로 부담하고 있다고 보아야 한다. 이것은 우리나라 헌법재판소도 확인하고 있다.³⁹⁾

32) 성낙인, 위의 책, 206쪽; 홍성방, 위의 논문, 88-90쪽.

33) 성낙인, 위의 책, 208쪽.

34) Germelmann, a.a.O., S. 135-152 참고.

35) 연기영, 한류의 확산과 한국문화산업관계법의 과제, 한양법학, 제21권, 한양법학회, 2007, 65쪽. 이 문헌은 각주 19에서 문화기본권의 사회권적 성질을 주장한 일본문헌 小林眞理, 文化權の確立に向けて-文化振興法の國際比較と日本の現實, 2004, 43-47을 인용하고 있다.

36) Lenski, a.a.O., S. 67.

37) Lenski, a.a.O., S. 77-89.

38) Lenski, a.a.O., S. 90-92.

39) 전통문화라는 헌법규정 문구의 의미에 대하여 헌재결 2005.2.3., 2001헌가9,10,11,12,13,14,15,2004

4. 소결 - 문화, 문화국가원리와 문화산업의 상호협력적 긴장관계

이상에서 세 가지 문화관련 개념과 내용을 살펴보았다. 문화국가원리에 기초한 문화는 인간의 정신적·창조적 활동영역으로서 사회의 자율성⁴⁰⁾에 기반한 개별성, 고유성과 다원성으로 특징지을 수 있다.⁴¹⁾ 비판적 시각에서 본 문화산업은 이러한 문화의 개념, 특성과 모순될 수 있다. 문화산업의 지나친 발전으로 인한 문제점 즉 문화콘텐츠의 디지털화를 통한 문화의 내적 표준화현상, 개별성, 고유성, 다원성의 훼손을 강조하면 문화, 문화국가원리와 문화산업은 충돌하는 개념이 될 수 있다. 또한 문화진흥, 문화조성, 문화보호라는 목표는 문화산업의 진흥과 조성, 보호와 동일시될 수도 없다.

그러나 현대적으로 입증된 바에 따르면, 문화산업은 오히려 개별성, 고유성, 다원성이 강조되는 문화소재들의 대중적 소통기제로서 작용하고 있음을 알 수 있다. 영화, 음악, 미술, 방송, 만화, 애니메이션, 게임 등이 산업화되면서 그 폐해도 여러 측면에서 노정되고 있기는 하지만, 일반시민들의 이성적 선택과정을 통해 오히려 개별화, 고유화, 다원화의 기회를 제공하는 측면과 문화공공성의 상승측면을 절대로 무시할 수 없음도 확인된다.⁴²⁾

그러므로 이제는 이러한 관계에 있는 문화산업에 관한 입법현황, 정책과 문제점, 개선방향 등을 개관한 뒤, 우리나라의 문화산업정책이 공동선에 해당하는 문화국가원리가 보호하여야

헌가5(병합) 전원재판부(호주제 헌법불합치 결정)는 “헌법 전문과 헌법 제9조에서 말하는 ‘전통’, ‘전통문화’란 역사성과 시대성을 띤 개념으로서 헌법의 가치질서, 인류의 보편가치, 정의와 인도정신 등을 고려하여 오늘날의 의미로 포착하여야 하며”... “헌법 전문과 헌법 제9조에서 말하는 ‘전통’, ‘전통문화’란 역사성과 시대성을 띤 개념으로 이해하여야 한다. 과거의 어느 일정 시점에서 역사적으로 존재하였다는 사실만으로 모두 헌법의 보호를 받는 전통이 되는 것은 아니다. 전통이란 과거와 현재를 다 포함하고 있는 문화적 개념이다. 만약 전통의 근거를 과거에만 두는 복고주의적 전통개념을 취한다면 시대적으로 특수한 정치적·사회적 이해관계를 전통이라는 이름 하에 보편적인 문화양식으로 은폐·강요하는 부작용을 낳기 쉬우며, 현재의 사회구조에 걸맞는 규범 정립이나 미래지향적 사회발전을 가로막는 장애요소로 기능하기 쉽다”라고 판시한 바 있다.

- 40) 문화의 자율성을 강조하는 견해로 강철근, 문화국가와 국산영화의무상영제에 관한 연구, 공법연구 제32집 제4호, 한국공법학회, 2004, 244쪽.
- 41) 헌재 2004.5.27., 2003헌가1, 2004헌가4(병합) 전원재판부 결정(“헌법은 문화국가를 실현하기 위하여 보장되어야 할 정신적 기본권으로 양심과 사상의 자유, 종교의 자유, 언론·출판의 자유, 학문과 예술의 자유 등을 규정하고 있는바, 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역을 바탕으로 한다고 할 것이고, 이들 기본권은 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가원리의 불가결의 조건이라고 할 것이다.”) 참조.
- 42) 문화산업의 문화적 공공성 실현을 위한 필요성에 관해서는 조인희, 정경희, 21세기 한국 문화콘텐츠산업의 발전방향에 관한 연구, 한국엔터테인먼트산업학회논문지, 제3권 제3호, 한국엔터테인먼트산업학회, 2009, 21쪽. 이코노미스트誌는 산업혁명 이후 세계경제 성장의 동력이 섬유, 화학, 전자를 거쳐 문화콘텐츠로 이동하고 있다고 분석하였다는 내용을 인용한 것으로 김기현, 문화산업정책의 변동에 관한 소고, 문화컨텐츠연구, 제2호, 건국대학교 글로컬문화전략연구소, 2012, 36쪽.

할 문화진흥에 기여할 수 있도록 향도되고 있는지를 검토한다.

Ⅲ. 문화산업진흥법제의 검토

1. 일본과 중국의 문화산업진흥법제

(1) 일본의 문화산업과 게임산업 정책 - 관련 행정조직 및 법령체계를 중심으로-

1) 문화행정기관으로서 「문화청」

일본에는 문화의 진흥 및 국제문화교류의 진흥을 도모함과 동시에 종교법인에 관한 사무를 행하기 위하여 문화청(文化廳, Agency for Cultural Affairs)⁴³⁾이라는 문화행정기관을 두고 있다. 문화청은 1968년 6월 15일에 문부성문화국과 문화재보호위원회를 병합하여 설치되었다. 문화청은 2014년 현재 문부과학대신(장관)으로 시작하여 문화청장관 아래 특별기관인 일본예술원과 심의회 그리고 독립행정법인을 두고 있으며 차관 아래 문화부, 문화재부 등을 구성하여 예술문화과, 국어과, 종교과, 전통문화과 미술학예과 등의 다양한 부서를 두고 있다.⁴⁴⁾

문화청은 일본의 문부과학성의 외국(外局)의 하나로 위에서 언급한 바와 같이 문화의 진흥 및 국제문화교류의 진흥을 도모함과 동시에 종교에 관한 행정사무를 적절하게 행할 것을 임무로 하고 있다.⁴⁵⁾ 문부과학성에 문화청을 두고 있음은 「국가행정조직법(國家行政組織法)」 제3조제2항의 규정에 근거되고 있다.⁴⁶⁾

한편 일본 문화청의 홈페이지에서는 문화청의 조직, 문화예술진흥기본법, 문화예술의 진흥에 관한 기본적 방침, 문화예술입국증기계획, 문화관계예산, 「건강한 일본부활특별법위」요망에 대하여, 문화관계의 법령, 지방에서의 문화행정 상황, 과거의 회의 및 계획 등을 확인 할

43) <http://ja.wikipedia.org/wiki/%E6%96%87%E5%8C%96%E5%BA%81>(2014.11.27.최종방문)

44) 문화청 조직에 대한 자세한 구도에 대해서는 “我が國の文化政策”, 文化廳, 2014, 1쪽의 표 참조. 한편 문화심의회 조직도에 대해서는 “我が國の文化政策”, 文化廳, 2014, 6쪽 및 아래 문화청의 홈페이지 참조. http://www.bunka.go.jp/bunka_gyousei/sosiki/index.html(2014.11.30일 최종방문)

45) 「文部科學省設置法」第27條. 이 법은 제4장에서 문화청에 대한 임무 및 관장사무 등에 대하여 규정하고 있다.

46) 「국가행정조직법」의 제3조제2항은 성(省)은 내각의 통할하에 행정사무를 관장하는 기관으로서 설치된 것이고 위원회 및 청은 성에 그 외국(外局)으로서 설치되는 것으로 함을 그 내용으로 하고 있다. 이 규정에 근거하여 문부과학성에 문화청을 둔다는 내용을 명시한 것은 「文部科學省設置法」第26條 부분이다.

수 있다.⁴⁷⁾

2) 문화산업관련법률

ㄱ) 「문부과학성설치법」

「문부과학성설치법」은 문부과학성의 설치와 임무 및 이를 달성하기 위해 필요한 조직을 정할 것을 목적(동 법 제1조)으로 1999년에 제정되었다. 동 법 제3조는 문부과학성은 교육의 진흥 및 평생교육의 추진을 중핵으로 한 풍요로운 인간성을 갖춘 창조적인 인재의 육성, 학술, 스포츠 및 문화의 진흥 및 과학기술의 종합적인 진흥을 도모함과 동시에 종교에 관한 행정사무를 적절하게 행할 것을 임무로 하고 있다.

ㄴ) 「문화예술진흥기본법」⁴⁸⁾⁴⁹⁾

47) 문화청의 홈페이지 주소는 다음과 같다. http://www.bunka.go.jp/bunka_gyousei/index.html

48) 문화예술진흥을 위해 이 법과 관련하여 일본의 「문화예술의 진흥에 관한 기본적 방침」, 「제3차 기본방침의 책정과 PDCA사이클의 확립」, 「문화예술입국중기계획책정」 등의 개념 또한 참조할 수 있다. 먼저 「문화예술진흥기본법」에 근거하여 문화예술의 진흥에 관한 시책의 종합적인 추진을 도모하는데 있어서 정부가 책정하고 있는 「문화예술의 진흥에 관한 기본적 방침」을 살펴 보아야 한다. 문화청에서는 지금까지 제1차 기본방침(2002년), 제2차 기본방침(2007년)에 입각하여 문화예술의 진흥에 힘써왔다. 2010년 2월에는 문화심의회에 대하여 「문화예술의 진흥을 위한 기본적 시책의 방향에 대하여」 자문이 열렸으며, 2011년 문화심의회총회에서는 「문화예술의 진흥에 관한 기본적 방침(제3차)에 대하여」 이루어진 답신을 바탕으로 같은 해 제3차 기본방침이 각의결정되었다. 2014년 3월에는 문화심의회에 대하여 제4차 기본방침의 책정을 향한 자문이 열렸다. 한편 제3차기본방침이 개요구성은 다음과 같다. i) 문화예술진흥의 기본이념, ii) 문화예술진흥에 관한 중요시책(문화예술활동에 대한 효과적인 지원, 문화예술을 창조하여 이를 유지할 인재지원을 충실히 할 것, 아동 및 젊은 사람들을 대상으로 한 문화예술진흥책에 대한 충실, 문화예술이 다음세대의 확실한 계승, 문화예술의 지역진흥, 관광·산업진흥 등에의 활용, 문화발신·국제문화교류의 충실), iii) 문화예술진흥에 관한 기본적 시책(문화예술 각 분야의 진흥, 지역 문화예술진흥, 국제교류 등의 추진, 예술가 등의 육성 및 확보 등, 국어의 바른 이해, 일본어교육의 보급 및 충실, 저작권 등의 보호 및 이용, 국민의 문화예술활동의 충실, 문화예술거점의 충실, 그 외의 기반 정비 등)이 그것이다. “我が國の文化政策”, 文化廳, 2014, 2-5頁參照。

「제3차기본방침의 책정과 PDCA사이클의 확립」이라는 것은 위의 기본방침에서는 문화예술진흥 시책의 착실하고 지속적인 실시를 도모함과 동시에 국민에의 설명책임의 향상에 이바지 하지 위하여 동 기본방침에서 내세우는 중요전략에 관한 PDCA(계획, 실행, 검증, 개선) 사이클을 확립할 필요성에 근거한다고 볼 수 있으며 이를 위해 일본은 유효한 평가방법의 확립에 힘쓰고자 하고 있다. 이 방침에 입각하여 문화청은 제3차 기본방침에 근거하는 주요한 문화시책의 평가에 필요한 지표의 개발 등에 관한 조사연구를 실시함으로써 유효한 평가방법의 확립에 이바지하도록 조사연구를 행하고 있다. 2011년도에는 앙케이트조사표 등 개별의 대처사례와 관계 있는 기초적인 데이터 및 효과특정양식 및 시책전체의 평가양식을 작성하였고 2012년도에는 일부 사업을 대상으로 시행하여 양식의 검증 등을 행하기도 하였다. “我が國の文化政策”, 文化廳, 2014, 5頁, 第3次基本方針の策定とPDCAサイクルの確立參照。

한편 일본은 2010년까지를 「문화역량의 계획적 강화기간」으로 정하여 2014년 3월 28일 「문화예술입국중기계획」을 책적하고 공표하였다. 이 계획은 도쿄올림픽·장애인올림픽경기대회가 개

문화청에서 말하는 “문화예술의 진흥을 위한” 기본적인 법률로서 먼저 『문화예술진흥기본법(2001)』을 들 수 있다. 이 법률은 “문화예술이 인간에게 많은 혜택을 불러들일 수 있다는 것에 비추어 문화예술의 진흥에 관하여 기본이념을 정하고 국민 및 지방자치단체의 책무를 분명히 함과 동시에 문화예술의 진흥에 관한 시책의 기본사항을 정함으로써 문화예술에 관한 활동을 행하는 자의 자주적인 활동의 촉진을 위하여 문화예술의 진흥에 관한 시책의 종합적인 추진을 도모하고 풍요로운 국민생활 및 활력 있는 사회실현에 기여할 것”을 목표로 하고 있으며(동 법 제1조), 국가(동법 제3조)와 지방자치단체(동 법 제4조)의 책무를 밝히고 있다.

ㄷ) 『지적재산기본법』

제1장(총칙), 제2장(기본적 시책), 제3장(지적재산의 창조, 보호 및 활용에 관한 추진계획), 제4장(지적재산전략본부)의 총 4장으로 이루어진 이 법은 내외의 사회경제의 정세의 변화에 따라 일본 산업의 국제경쟁력의 강화를 도모할 필요성이 증대되고 있는 상황에 비추어 새로운 지적재산의 창조 및 그 효과적인 활용에 의한 부가가치의 창출을 기적으로 하는 활력 있는 경제사회를 실현하기 위하여 지적재산의 창조, 보호 및 활용에 관한 기본이념 및 그 실현을 도모하기 위해 기본사항을 정하고 국가, 지방자치단체, 대학 및 사업자의 책무를 명확히 하여 지적재산전략본부를 설치함으로써 지적재산의 창조, 보호 및 활용에 관한 시책을 집중적 및 계획적으로 추진할 것을 목적으로 하고 있으며(동 법 제1조), 2002년에 제정되었다.

ㄹ) 『콘텐츠 창조·보호 및 활용촉진에 관한 법률』

이 법률은 일본 지적재산기본법의 기본이념에 입각하여 콘텐츠의 창조, 보호 및 활용의 촉진에 관하여 기본이념을 정하고 국가, 지방자치단체 및 콘텐츠제작 등을 행하는 자의 책무 등을 명확히 함과 동시에 콘텐츠의 창조, 보호 및 활용의 촉진에 관한 시책의 기본사항 및 콘텐츠사업의 진흥에 필요한 사항을 정하는 등으로 콘텐츠창조, 보호 및 활용의 촉진에 관한 시책을 종합적 및 효과적으로 추진하여 국민생활의 향상 및 국민경제의 건전한 발전에 기여하기 위함을 목적으로 하고 있으며(동 법 제1조), 2004년에 제정되었다.⁵⁰⁾ 사실 이 법은 위

최되는 2020년을 당면목표로 한 중기적인 계획이며 각 계의 지식인으로 구성된 『문화예술입국 실현을 위한 간담회』 등에서의 의론을 거쳐 약 1년에 걸쳐 내용을 검토하여 책정하였다. “我が國の文化政策”, 文化廳, 2014, 5頁參照.

49) 한편 문화청의 제1차·제2차 및 제3차 문화예술의 진흥에 관한 기본적 방침에 대해서는 다음의 문화청 홈페이지 참조. http://www.bunka.go.jp/bunka_gyousei/housin/index.html(2014.11.30.일 최종방문)

50) 동 법은 제1장(총칙), 제2장(기본적 시책), 제3장(콘텐츠사업의 진흥에 필요한 시책), 제4장(행정기관의 조치 등)으로 구성되어 있으며, 책무와 관련하여서는 국가·지방자치단체·콘텐츠제작 등을 행하는 자의 책무를 정하고 있다.

ㄷ)의 지적재산기본법의 제3장(지적재산의 창조, 보호 및 활용에 관한 추진계획)과 관련된다 고 볼 수 있는데 지적재산기본법이 제정 된 후 2년 뒤 「콘텐츠가 국민의 생활에 풍요로움과 혜택을 부여하는 것이며 해외에서 일본의 문화 등에 대한 이해의 증진에 이바지함과 동시에 콘텐츠사업이 장해에 성장발전이 기대되는 분야의 사업이라는 점에 비추어 콘텐츠의 창조, 보호 및 활용의 촉진에 관한 시책을 종합적 및 효과적으로 추진하기 위하여」 이 법의 목적 을 이유로 동 법률안이 제출되었다.⁵¹⁾

ㄹ) 「저작권법」

이 법은 저작물 및 공연(實演), 음반, 방송 및 유선방송에 관한 저작자의 권리 및 이에 인접할 권리를 정하여 이들 문화적 소산의 공정한 이용에 유의하면서 저작자 등의 권리보호를 도모하여 문화발전에 기여할 것을 목적(동 법 제1조)으로 제정되었다. 이 법은 총칙(제1장), 저작자의 권리(제2장), 출판권(제3장), 저작인접권(제4장), 사적녹음녹화보상금(제5장), 분쟁처리(제6장), 권리침해(제7장), 벌칙(제8장)으로 구성되어 있다.

ㅁ) 「영화 도촬의 방지에 관한 법률」

이 법률은 영화관 등에서의 영화도촬에 의하여 영화의 복제물이 제작되어 이것이 다수유통 됨으로써 영화산업에 큰 피해가 발생하고 있는 점에 비추어 영화의 도촬을 방지하기 위 해 필요한 사항을 정하여 영화문화의 진흥 및 영화산업의 건전한 발전에 기여할 것을 목 적으로 하고 있다. 이 법은 목적(제1조), 정의(제2조), 영화산업의 관계사업자에 의한 영화의 도촬방지(제3조), 영화의 도촬에 관한 저작권법의 특례(제4조)와 부칙으로 이루어져 있다.

ㄴ) 「특정전기통신역무제공자의 손해배상책임제한 및 발신자 정보의 개시에 관한 법률」⁵²⁾

이 법은 흔히 「프로바이더책임제한법」라고 알려져 있다. 인터넷상의 타인의 권리를 침해하 는 정보유통에 대하여 프로바이더 등은 권리가 침해된 자 및 발신자로부터 ① 타인의 권리 를 침해하는 정보를 방치함으로써 권리가 침해되었다고 하는 자로부터 손해배상청구를 받을 가능성, ② 실제로는 권리가 침해되지 않은 정보를 삭제하여 발신자로부터 손해배상청구를 받을 가능성 등의 법적 책임을 물을 우려가 있다는 것에 근거하여 프로바이더 등에 있어서 「피해자구제」와 발신자의 「표현의 자유」 등의 중요한 권리·이익의 밸런스를 고려하면서 적 절한 대응이 이루어지도록 하기 위한 법이다.⁵³⁾ 이 법은 특정전기통신에 의한 정보의 유통에

51) 「コンテンツの創造、保護及び活用の促進に關する法律」, 理由參照。

52) 이 법률의 정식명칭은 「特定電氣通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び發信者情報の開示に關する法律」이다.

의하여 권리침해가 있었던 경우에 특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자 정보의 개시를 청구할 권리를 정하는 것을 이 법의 취지로 삼고 있다(동 법 제1조).

3) 게임산업

ㄱ) 「문화청미디어예술제」

한편 일본은 무대예술활동 등, 어린이 문화예술체험활동, 지역문화의 진흥, 문화재의 보존과 활용, 국어·일본어교육에 관한 시책, 아이누문화의 진흥, 미술관·역사박물관의 진흥, 국립문화시설 등 다양한 문화분야에서 추진을 도모하고 있다. 「미디어예술의 진흥」 또한 일본이 추진하고 있는 문화산업의 한 분야이다.

미디어예술에는 만화, 애니메이션, 게임 등을 포함하는 예술로써 일본 국내 뿐만이 아니라 해외에서도 주목되고 있는 분야 중 하나이다. 미디어예술은 일본 국민에게 친근하고 새로운 예술의 창조 및 일본 예술 전체의 활성화를 촉진하고 있는 분야로 일본을 이해하고 일본에 대한 관심을 높여주는 문화예술분야라고 할 수 있다. 또한 일본은 문화진흥은 콘텐츠산업 및 관광의 진흥, 국제문화교류의 추진의 면에서도 상당한 의미를 가지고 있는 것으로 보아 미디어예술에 의해 한층 진흥을 도모할 수 있다는 관점으로부터 「창조·발신지원」과 「인재육성지원」을 중시하고 있다.⁵⁴⁾ 문화청이 1997년도부터 실시해온 「문화청미디어예술제」가 그 노력이라고 볼 수 있다.⁵⁵⁾ 이 예술제에서는 애니메이션, 만화, 게임 등을 비롯한 다양한 미디어예술 분야에 대하여 수상을 하고 있다.

ㄴ) 게임산업 관련 법령

① 「지적재산기본법」

게임산업은 먼저 지적재산권과 연결되는데 이는 곧 지적재산기본법과 관련있다고 볼 수 있다. 지적재산이라 함은 발명, 고안, 식물의 신품종, 디자인(意匠), 저작물 그 외 인간의 창조적 활동에 의해 만들어진 것(발명 도는 해명된 자연의 법칙 또는 현상으로 산업상의 이용

53) “プロバイダ精勤制限法について”，平成25年8月6日，総務省総合通信基盤局，消費者行政課，資料7，2頁参照。

54) “我が國の文化政策”，文化廳，2014，20頁。

55) 문화청미디어예술제는 문화청과 별도로 홈페이지를 두고 있는데 그 주소는 다음과 같다. <http://j-mediaarts.jp/?locale=ja>(2014.11.29.일 최종방문). 문화청미디어예술제는 아트, 엔터테인먼트, 애니메이션, 만화의 4가지 부문에서 우수한 작품을 표창하고 우수상작품의 감상기회를 제공하는 미디어예술의 종합 페스티벌이다. 올해 2014년도에는 세계 71개국과 지역으로부터 3,853점의 작품이 응모되었으며 문화청미디어예술제는 국제적인 페스티벌로서 계속 성장해가고 있다. 또한 문화청은 미디어예술의 창조와 그 발전의 도모를 목적으로 문화청미디어예술제의 우수작품을 국내외로 넓게 소개하는 다양한 사업을 실시하고 있다. “我が國の文化政策”，文化廳，2014，20頁；

가능성이 있는 것을 포함한다.), 상표, 상호 등 그 외의 사업활동에 사용되는 상품 또는 역무를 표시하는 것 및 영업비밀 그 외의 사업활동에 유용한 기술상 및 영업상의 정보를 말한다(동 법 제2조). 지적재산권이라 함은 특허권, 실용신안권, 육성자권, 디자인권, 저작권, 상표권 그 외의 지적재산에 관한 법령에 의해 정해진 권리 또는 법률상 보호되는 이익에 관계되는 권리를 말한다. 이와 같이 게임은 발명, 고안 등 산업상의 이용가능성이 있는 것으로 지적재산권에 해당되며 저작권을 가진다면 지적재산권을 가진다고 볼 수 있다.

② 「저작권법」

이 법률에 의하면 저작물이란 사상 및 감정을 창작적으로 표현한 것으로 문예, 학예, 미술 및 음악의 범위에 속하는 것을 말하며 저작자란 저작물은 창작하는 자를 말한다. 한편 게임이 저작권법의 저작물에 해당하는지의 여부 및 그 범위에 대해서는 일본 국내에서도 명확한 판단이 없는 듯하다. 저작권법 제2조 10의2는 「전자계산기를 기능화하여 최초의 결과를 얻을 수 있도록 이에 대한 지령을 조합한 것의 표현」을 「프로그램」이라고 명시하고 있는데 이는 「콘텐츠의 창조, 보호 및 활용의 촉진에 관한 법률」에서 말하는 프로그램의 정의와 같은 것이며 즉 동 법률과 같이 게임산업과 관련되는 법령이라고 볼 수 있다.

③ 「콘텐츠의 창조, 보호 및 활용의 촉진에 관한 법률」

이 법률에서 「콘텐츠」라 함은 영화, 음악, 연극, 문예, 사진, 만화, 애니메이션, 컴퓨터게임 그 외의 문자, 도형, 색채, 음성, 동작 또는 영상 및 이들을 조합한 것 및 이들과 관계되는 정보를 전자계산기를 개입시켜 제공하기 위한 프로그램으로 인간의 창조적 활동을 보다 산출시키는 것 중 교양과 오락의 범위에 속하는 것을 말한다(동 법 제2조). 이때 컴퓨터게임을 콘텐츠에 포함시키면서 위 저작권법에서 명시하고 있는 프로그램의 정의(전자계산기를 기능화하여 최초의 결과를 얻을 수 있도록 이에 대한 지령을 조합한 것의 표현)를 그대로 인용하고 있다. 또한 동 법률은 「콘텐츠의 제작 등」에 관하여 콘텐츠의 복제, 상영, 공연, 공중송신 그 외의 이용(콘텐츠의 복제물 양도, 대여 및 전시를 포함한다)을 말한다(동 법 제2조 제2항).

(2) 중국의 문화산업법제

1) 중국의 문화산업 주관 행정기구

중국에서는 문화산업에 관한 보호와 관련된 중앙정부 차원의 행정기구로 문화부(文化部)를 두고 있다. 그 외에도 중국공산당 차원에서 문화산업업무를 관장하는 중공중앙선전부(中共中央宣傳部)와 중앙문화체제개혁공작영도소조(中央文化體制改革工作領導小組)가 있다. 이는 중

국 정치체제의 특성상 공산당과 중앙정부 차원의 두개의 시스템을 연동하여 작동하는 바 문화산업분야도 이와 같은 체제로 운영되고 있다.⁵⁶⁾

문화부는 중국의 문화산업정책을 전담하는 중앙행정기구로 1949년 신중국 성립 시에 발족되어 1975년에 폐지되었다가 그 후 1982년 문화부, 국가출판사업국(國家出版事業局), 국가문물사업관리국(國家文物事業管理局), 외국도서출판발행국(外國圖書出版發行局) 등 부처를 통합하여 신설되었다. 문화부는 문화산업 전반에 대한 발전계획과 대책을 세우고, 관련 법률을 제안하며, 문화산업의 발전을 이끌어 가는 핵심적인 역할을 한다. 문화부 외에도 국가광전총국(國家廣電總局), 신문출판총서(新聞出版總署) 등 총 8개 문화산업 관련 부서가 있다. 나아가 공산당차원 문화산업 주관부서인 중공중앙선전부는 중국공산당이 주도하는 문화산업분야의 이데올로기의 형성과 문화산업의 건전한 발전에 관한 모든 업무를 주관한다. 문화산업관련 행정기구의 업무내용은 아래와 같다.

<표 1> 중국 문화산업의 종류 및 주관 행정기구

분야	미디어	디지털	애니메이션	광고	공연	출판	인쇄	전시회	관광	체육	문화창업
1	국가발전과 개혁위원회(경제·사회 전 분야에 걸쳐 관리 및 감독)										
2	중앙선전부(문화산업분야의 이데올로기)										
3	문화부(문화산업정책의 제정과 실시)										
4	국가광전총국					X					
5	산업과 정보화부				X						
6	X			신문출판총서				X			
7	X			민족사무위원회				X			
8	X			종교국				X			
9	X							문물국		X	
10	X								여유국		X

출처: 국가통계국, 2012년 문화 및 관련 산업의 종류에 관한 통계자료를 참고하여 정리함.

중국의 경우 문화산업분야의 관련 행정기구가 각자 맡은 분야에서 사업을 추진하고 있는 바, 부처 간의 업무가 중복되거나 정책이 모순되는 등 문제점이 많아 문화산업의 발전을 저해하고 있는바, 문화산업 관련 행정기구의 통합 또는 부처 간의 소통 또는 정책조화가 필요하다는 지적이 있다.⁵⁷⁾

56) 范玉剛, 文化產業管理需要大部門制, 人民論壇, 2012年 第12期, 第5頁。

57) 范玉剛, 完善文化產業管理体制探究, 長春市委党校學報, 2013年第1期, 第33頁; 呂霞, 文化體制

2) 중국의 문화산업법에 관한 내용

중국은 문화산업의 촉진과 기반조성 및 건전한 발전을 위하여 2009년에 “문화산업진흥계획(文化產業振興規劃)”을 수립하여 시행하여 왔다. 그러나 2014년 현재까지 문화산업 각 분야를 포괄하는 문화산업의 기반을 조성하고 문화산업을 전략적으로 육성하기 위한 “문화산업촉진법” 또는 “문화산업진흥기본법”을 제정하지 못하였다. 중국의 경우 저작권 및 특허권 등 저작권 보호, 신문, 도서, 애니메이션, 광고, 공연, 전시회, 체육 등 분야별 개별법을 제정하여 문화산업에 관한 사항을 정하여 규율하고 있다.

문화산업에 관한 일반법으로서 저작권법(著作權法), 특허법(專利法)이 있으며, 문화산업 활동에 관한 법률분쟁은 회사법과 계약법의 관련 규정에 근거하여 해결하고 있다. 문화부와 광전총국, 산업과 정보화부, 공상총국 등 부처에서 방송, 광고, 인터넷, 출판 및 도서, 관광 등 다양한 분야에 대하여 규율하기 위하여 음반복제관리조례(音像复制管理條例, 2011), 방송 및 텔레비전 방송에 관한 관리방법(廣播電視播放管理辦法, 2009), 출판관리조례(出版管理條例, 2011), 온라인산업관리조례(網絡產業管理條例, 2001), 광고관리조례(廣告管理條例, 1987), 여행사관리조례(旅行社管理條例, 2009), 문화시장행정집행관리방법(2006년), 온라인게임관리잠행방법(文化市場行政執法管理辦法, 2010) 등을 마련하였다.

문화산업 관련 법제를 개별적으로 살펴볼 때, 특히 게임산업에 관한 법령으로서 2010년에 제정된 “온라인게임관리잠행방법(網絡遊戲管理暫行條例)”이 있다. 해당 법규는 온라인게임의 개발과 운영, 코인의 발행 및 거래 등 경영활동으로 규율함으로써 온라인게임물의 건전한 유통질서의 확립, 품질향상을 위해 이바지함으로써 목적으로 한다(제2조).

온라인게임관리잠행방법은 총6장 제39조로 구성되었으며, 제1장 총칙에 이어 제2장에서는 온라인게임회사의 설립에 관한 내용, 제3장에서는 온라인게임의 윤리성 및 공공성 확보를 위한 등급분류 및 유해성 판단에 관한 내용을 규정하고 있으며, 제4장에서는 온라인게임의 운영 및 청소년보호에 관한 내용을, 제5장에서는 벌칙, 제6장 부칙 등에 관한 규정을 두고 있다.

한국의 경우에는 게임산업과 관련하여 게임산업진흥에 관한 법률을 제정하여 온라인 및 오프라인 게임물 및 게임산업을 포괄하여 규율하는 반면에 중국의 경우 오프라인 게임물과 게임산업에 대한 법제가 제정되어 있지 않다. 온라인게임은 중국에서의 시장 점유율이나 이용자의 수가 많을 뿐더러 온라인게임의 폭력적인 내용에 따른 유해성 논란과 중독성, 코인 거래에 관한 분쟁이 사회적 이슈로 떠오르게 되었는바 이를 해결하기 위하여 온라인게임관리잠행조례를 제정하게 되었다. 해당 법규는 온라인게임의 개발, 운영, 이용 및 게임물의 등급

改革委群衆文化建設注入新活力, 共產黨人, 2011年第9期, 第27頁。

분류와 청소년보호에 관한 사항을 정하여 온라인게임산업의 건전한 발전을 이끌어간다는 점에서 긍정적인 평가를 받고 있으나 규제의 대상을 온라인게임물에 한정하고 있다는 점과 법규 조항이 지나치게 원칙적이고 온라인게임산업의 규제에 필요한 최소한의 조항만이 규정되어 있다는 점이 문제점으로 지적되고 있다. 따라서 게임산업 전체를 포괄하는 일반법의 제정이 시급하다.⁵⁸⁾

2. 우리나라의 문화산업진흥법제

(1) 입법현황

문화산업에 관한 기본법, 종합법으로서 『문화산업진흥기본법』이 있다. 동 법률은 ①총칙에서 문화산업의 정의, 문화산업 중·장기 기본계획 수립, 연차보고서 작성을 규율하고, ②창업·제작·유통의 장에서 창업지원, 투자회사·조합지원, 제작자·독립제작자 제작지원, 유통활성화, 유통회사 설립·지원, 우수문화프로젝트의 지정 등을 함으로써 민간의 참여를 유도하며, ③문화산업 기반조성과 관련하여 전문인력 양성, 가치평가기관 지정, 기술 및 문화콘텐츠 개발의 촉진, 문화기술 연구 주관기관의 지정 등, 협동개발·연구의 촉진, 국제교류 및 해외시장 진출 지원, 문화산업진흥시설의 지정, 문화산업단지의 조성, 문화산업진흥지구의 지정 등을 함으로써 정부의 선도역할을 강조하고, ④재정·금융·세제지원과 관련하여 국·공유재산의 대부, 사용등과 세제지원, 문화산업진흥시설에 대한 지방자치단체의 지원 등을 하도록 하고, ⑤한국콘텐츠진흥원을 설립하여 정부는 문화산업의 진흥·발전을 효율적으로 지원하도록 하고, ⑥유한회사나 주식회사 형태의 문화산업전문회사의 설립근거를 만들어 특정 문화산업을 수행하도록 규율하고 있다.

이러한 기본법 이외에 개별문화산업법률로서, ①대중문화예술산업발전법, ②대중문화예술산업발전법, ③음악산업진흥에 관한 법률, ④인쇄문화산업 진흥법, ⑤만화진흥에 관한 법률, ⑥게임산업진흥에 관한 법률, ⑦출판문화산업 진흥법, ⑧콘텐츠산업 진흥법 등이 있다. 이 이외

58) 2010년 이후 발표한 온라인게임관리방법에 관한 연구 논문이 발견되지 않아서 아쉽다. 이상의 일본과 중국의 법제논의에 대한 기초가 된 문헌으로는 김지만, 한국 엔터테인먼트 산업의 해외 진출과 그 법적 책임 - 일본 엔터테인먼트 산업을 중심으로-, 문화·미디어·엔터테인먼트 법, 제7권 제2호, 중앙대학교 문화미디어엔터테인먼트법연구소, 2013, 229-252쪽; 선정규, 중국 문화산업 정책의 특징과 전략적 목표, 한국학연구, 제37호, 고려대학교 한국학연구소, 2011, 33-58쪽; 서정민, 이조영, 중국 문화산업정책 분석을 위한 시론적 조망, 문화와 정치, 제1권 제1호, 한양대학교 평화연구소, 2014, 85-103쪽; 이동배, 중국의 문화정책 소고(小考), 문화컨텐츠연구, 제4호, 건국대학교 글로벌문화전략연구소, 2012, 205-232쪽; 오혜정, 개혁개방이후 중국문화산업의 정책적 발전과 주요 특징에 관한 연구, China 연구, 제13권, 부산대학교 중국연구소, 2012, 53-84쪽 등이다. 이에 관련된 최근 중국·일본자료들의 검토를 해준 제자 김은환(부산대박사, 중국변호사, 중국청도해양대 겸임교수), 송안미(부산대박사과정)에게 감사한다.

에도 간접적으로 문화산업과 관련되는 법률로서 독서문화진흥법, 소프트웨어산업 진흥법, 스포츠산업 진흥법, 이스포츠(전자스포츠) 진흥에 관한 법률, 전통무예진흥법, 전통주 등의 산업 진흥에 관한 법률 등이 문화산업관련 생활관계를 보호·육성·규제 측면에서 규율하고 있다.

(2) 문화산업정책의 성과와 한계측면

2004년도 문화산업정책백서는 문화산업정책이 필요한 근거로 ①부가가치, ②국가브랜드 이미지 제고, ③문화 정체성 등과 관련한 영향, ④신기술에 대한 탄력적 반응을 들었고, 정책적 과제로서 ①문화산업 전반에 대한 이론적 연구의 수행, ②제도와 법규의 정비, ③첨단과학기술을 활용하는 문화산업의 전략적 육성, ④고유문화의 세계화·상품화를 설정하여 이것이 우리나라 문화산업의 향도기능을 하였다고 한다.⁵⁹⁾

정보통신기술(ICT)의 발전을 이용하여 정부는 초고속 정보통신망의 구축과 케이블·위성·인터넷 등의 네트워크 기반을 확충하며 소프트웨어 및 문화산업의 육성을 통한 문화산업의 육성을 통한 문화정체성 확보와 경제적 부가가치 창출에 주력하였으며, 또한 참여정부가 문화산업을 차세대 성장 동력 산업으로 선정하고, 이명박정부에서도 2009년 신성장동력 산업을 선정하는 등 범국가적 육성체계를 마련하였다고 한다.⁶⁰⁾ 이에 따라 2011년 문화산업 매출액은 82조6천백4십억원이 되어 2006년 이래 연평균 약 5.6%의 성장을 보여주었고, 2011년 문화산업 수출액은 41억5천만달러로 최근 2006년 이래 24.8%의 성장세를 보여주어서, 이는 수입중심이 아니라 수출중심의 산업구조로 전환되었다고 평가되고 있다.⁶¹⁾

그러나 국내콘텐츠 산업은 문제점도 보여주고 있는데, ①기획측면에서 창작소재 및 시나리오 부족과 기획 창작 전문인력의 부족, ②제작측면에서 영세기업의 자본력 약화, 핵심제작의 높은 기술해외의존도, ③유통측면에서 불법복제 및 유통이 만연하고 사업자간 불공정거래의 존재, ④소비측면에서 불법유해콘텐츠 확산과 콘텐츠이용 소외계층 상존이라는 문제들이 지적되고 있다.⁶²⁾

행정과 입법측면에서 한계로서 문화산업 정책을 관장하는 정부행정기관이 문화체육관광부, 방송통신위원회, 미래창조기획부, 산업통상자원부 등으로 분산되어 부처 간 업무가 중복되어 부처 간 갈등과 재원낭비 문제를 발생시키고 있고, 정보통신기술(ICT) 산업환경의 변화에 능

59) 문화체육관광부, 문화산업 정책 10년의 성과 및 전망, 문화산업 정책백서, 2004, 3쪽(김기현, 문화산업정책의 변동에 관한 소고, 문화컨텐츠연구, 제2호, 건국대학교 글로벌문화전략연구소, 2012, 56쪽에서 인용함).

60) 김기현, 앞의 논문, 56쪽.

61) 문화체육관광부, 한국콘텐츠진흥원, 2012(김기현, 위의 논문, 57쪽에서 인용함).

62) 콘텐츠코리아 추진위원회, 콘텐츠산업 비전과 육성전략, 2008(김기현, 위의 논문, 59쪽에서 인용함).

동적으로 대처하기 위한 정책추진체계를 구축하지 못하고 있다고 한다.⁶³⁾

IV. 결론 - 특히 게임산업에 대한 규제와 국가의 문화보장책임적 관점

문화산업 중 특히 게임산업법제상 규제는 가장 시의성 있는 주제이기도 하지만, 참여한 국민간 이해관계 갈등이 빚어지고 있는 영역이다. 특히 청소년보호, 사행성방지라는 측면과 고부가가치 현대산업으로 촉망받는 산업적 층아인 게임산업측면과의 충돌로 말미암아 사회적 문제까지 야기되는 형편이 확인되고 있다.

게임산업에 대한 규제제도로 대표적으로 거론할 수 있는 것으로는 게임물심의제도 및 등급분류제도⁶⁴⁾, 본인인증규제⁶⁵⁾, 게임셋다운제⁶⁶⁾, 게임과몰입부담금도입논의⁶⁷⁾, 처벌규제입

63) 김기현, 위의 논문, 59-60쪽.

64) 이에 관한 문헌으로 김민규, 게임물심의제 전환의 조건과 문화정책적 의의에 대한 고찰, 문화정책논총, 26-2, 한국문화정책개발원, 2012, 177쪽(게임물심의제도의 경과와 내용), 182쪽(등급심의제도 전환의 배경), 184쪽(게임물자율심의의 조건과 문화정책적 의의); 문기탁, 스마트폰용 게임 콘텐츠 개발 활성화를 위한 규제 개선방안 - 게임 산업 관련 제도의 문제점을 중심으로, 법학연구 제51권 제4호, 부산대학교법학연구소, 2010, 193-218쪽, 195쪽(사전심의제도), 204쪽(게임의 사행성 해석), 209쪽(등급분류제도의 위헌 여부); 황승훈, 게임물 등급분류 개념의 문제점, 공법학연구, 제13권 제1호, 2012, 401-430쪽; 조영기, 게임산업 진흥을 위한 게임등급 심의제도의 개선방안 연구, 사이버커뮤니케이션학보, 제28권 제3호_사이버커뮤니케이션학회, 2011, 43-75쪽, 48쪽(등급심의제도의 개관), 53쪽(제도의 문제점); 조재현, 게임내용 및 게임시간 규제의 헌법적 정당성에 관한 고찰, 동아법학, 제64호, 동아대학교법학연구소, 2014, 145-175쪽, 152쪽(게임등급 분류제도); 황성기, 게임물 내용규제에 관한 공법적 고찰 - 게임산업진흥법상의 게임물 심의 및 등급분류제도의 문제점을 중심으로 - 게임물 내용규제에 관한 공법적 고찰, 토지공법연구, 31집, 2006, 309-333쪽; 황성기, 경품제공유기기구와 게임물 등급분류제(바다이야기 사태의 법적 진단과 게임 산업의 방향), 중앙법학, 제8권 제4호, 중앙법학회, 2006, 7-33쪽; 황성기, 현행 인터넷 내용심의제도의 법적 문제점에 관한 연구, 사이버 커뮤니케이션 학보, 15호, 사이버 커뮤니케이션 학회, 2005, 5-55쪽 등 참조.

65) 박지환, 웹보드 게임 매회 본인인증 규제안에 대한 헌법적 검토, 한국컴퓨터게임학회논문지, 제26권 제3호, 한국컴퓨터게임학회, 2013, 197-205쪽, 198쪽(매회 본인인증 규제의 내용, 본인인증의 의의와 타 본인인증 규제와의 비교), 200쪽(웹보드게임의 법적 성질), 201쪽(매회 인증규제에 대한 헌법적 검토).

66) 박창석, 온라인게임 셋다운제의 위헌성여부에 대한 검토, 한양법학, 제37호, 한양법학회, 2012, 11-28쪽, 13쪽(온라인게임 이용현황과 게임중독 실태 및 대책), 16쪽(현행 청소년보호법상 온라인게임셋다운제), 19쪽(셋다운제의 위헌여부 논의); 김명엽, 게임 셋다운제의 문제점과 개선에 관한 연구, 입법정책, 제6권 제1호, 한국입법정책학회, 2012, 61-88면, 64쪽(이론적 배경), 71쪽(법적문제점과 개선방향); 신재호, 게임중독 예방을 위한 소위 셋다운제에 관한 검토, 법학연구, 21-3, 경상대법학연구소, 2013, 119-147쪽, 120쪽(제도의 취지-게임과몰입과 중독예방, 피해와 그 원인, 122쪽-규제조치의 필요성, 자율적 규제시스템 도입필요), 124쪽(선택적 셋다운제), 127쪽(강제적 셋다운제), 131쪽(셋다운제 운영현황-실효성 의문), 134쪽(문제점. 1. 규제일원화의 문제, 137쪽. 2. 위헌성 문제. 139쪽(규제대상 게임물의 범위); 이준복, 청소년보호법 상 셋다운제에 관한 헌법적 연구, 서울법학, 제21권 제3호, 서울시립대법학연구소, 2014, 555-592쪽, 559쪽(셋다

법⁶⁸⁾, 게임물이용금액 제한제도⁶⁹⁾ 등을 들 수 있다.

다른 문화산업에도 유사한 것이 존재하는 게임물심의·등급분류제도는 어쩔 수 없다고 하더라도, 본인인증규제, 강제적·선택적 섯다운제, 게임과몰입부담금제도, 게임물이용금액 제한 제도 등은 문화의 자율성, 문화산업계의 자율적 조정책 도입 등의 취지를 몰각시킬 정도로 정부개입의 강도가 높은 제도들이며, 헌법적 차원에서 위헌시비가 자연스럽게 제기되고 있는 실정이고, 섯다운제와 같이 실효성에도 심각한 의문이 드는 규제도 있다.

보장국가론⁷⁰⁾에 의하면, 전통적 규제법의 의미를 담고 있는 사회국가적 규제법체계는 국가 임무의 과도한 팽창과 법외적 논리나 기준을 법체계 내로 무제한적으로 도입하는 문제를 야기하여 과잉법제화의 결과를 낳고, 오히려 법적 규제가 의도한 바와는 정반대의 결과로 나아가게 한다는 소위 규제의 트릴렘마(regulatorisches Trilemma)를 가져온다고 한다.⁷¹⁾ 보장국가론에 따른 보장행정은 정책적으로 지향되는 목적을 위해 법적인 영역화와 구조를 설정하고, 이행 그 자체는 시장 경제 체제 안에서의 행위 합리성에 맡겨두되, 시장에서 자율적으로 발생하는 공동선인 효율성이나 이윤을 넘어서는 경제외적 공동선의 추구를 예정한다고 한다. 또한 보장행정의 이러한 행동양식은 경제감독이나 경제감시와 같은 경제행정법 영역에만 국한되지 않고 오늘날 고등교육법이나 정보보호, 청소년보호와 같은 비경제적 영역에서도 널리

문제에 대한 객관 및 해외입법례), 567쪽(섯다운제의 헌법적 문제점), 579쪽(섯다운제의 개선방안); 조재현, 게임내용 및 게임시간 규제의 헌법적 정당성에 관한 고찰, 동아법학, 제64호, 동아대학교법학연구소, 2014, 145-175쪽, 157쪽(섯다운제 등 게임내용 이외의 규제); 황성기, 온라인 게임 섯다운제의 헌법적합성에 관한 연구, 한림법학, 제16호, 한림대학교법학연구소, 2005, 139-156쪽, 141쪽(섯다운제의 특징), 143쪽(법적 문제점 중 헌법적 문제점으로 ①청소년의 행복추구권 침해, ②가족의 자율성 및 자녀에 대한 부모의 교육·양육권의 침해, ③평등권의 침해, ④포괄위임금지원칙의 위반을 열거하고 있다).

67) 신영수, 이른바 ‘게임과몰입 부담금’ 도입의 타당성에 관한 소고, IT와 법 연구, 제6호, 경북대학교 IT와 법연구소, 2012, 215-238쪽, 216쪽(쟁점. 특히 각주 1에서 입법발의 계기), 219쪽(특징 - 개념, 법적 근거, 성질-원인자부담금), 222쪽(독일연방헌재의기준에 따른 헌법적 요건논의), 224쪽(도입의 전제), 232쪽(도입정당화를 위한 전제요건).

68) 김용찬[광주지법판사], 도박·도박개장죄, 사행행위 등 규제 및 처벌특례법위반죄 및 게임산업진흥에 관한 법률위반죄의 관계에 대한 고찰, 저스티스, 113호, 한국법학원, 2009, 149쪽(사행행위특례법위반죄와 게임산업진흥법위반죄의 관계), 173쪽(도박죄·도박개장죄와 게임산업진흥법의 관계).

69) 김운명, 게임물 이용금액 제한의 법률 문제, 한국컴퓨터게임학회논문지, 제26권 제3호, 한국컴퓨터게임학회, 2013, 145-154쪽, 148쪽(게임법상 결제한도규정의 의미), 150쪽(결제한도 규정의 위법성 검토), 152쪽(결제한도규제의 문화산업적 문제로서, ①게임산업 내 형평성 문제, ②문화산업 간 형평성 문제, ③불법도박으로의 풍선효과 우려, ④자율규제 취지의 후퇴가능성, ⑤문화국가원리와의 충돌).

70) 독일의 보장국가론에 대해서는 홍석한, 보장국가론의 전개와 헌법적 의의, 헌법학연구 제15권 제1호, 한국헌법학회, 2009, 497-526쪽 참조.

71) 계인국, 보장행정의 작용형식으로서 규제 - 보장국가의 구상과 규제의미의 한정 -, 공법연구, 제41권 제4호, 한국공법학회, 2013, 163-164쪽.

활용될 수 있다. 보장행정은 그의 행동양식을 반영하는 새로운 법적 조종형식을 받아들였으며 그것이 바로 명령·지시 일변도에서 벗어난 의미의 새로운 의미의 규제(Regulierung)라고 한다.⁷²⁾

이러한 보장국가, 보장행정, 보장책임 이론을 문화, 문화산업, 문화국가원리에 투영시켜 본다면, 정부는 궁극적으로 공동선에 해당하는 문화진흥을 문화의 고유한 특성인 자율성에 맞게 법제와 정책을 수립하여 실현하여야 하며, 문화산업에 대해서는 가능한 한 문화산업제공자-이용자(이용자가 청소년이라면 부모)의 자율적 문제해결이 가능하도록 공동선의 분업적 실현이라는 함의를 갖고 있는 보장책임을 지는 방향으로 나아가야 할 것이다. 현재 게임과몰입, 게임중독 현상을 마약, 술, 도박과 동등하게 법적으로 관리, 치료의 대상으로 삼기 위하여 모 국회의원에 의하여 국회에 대표발의되어 있는 「중독 예방 관리 및 치료에 관한 법률」을 보고 드는 생각이다.

72) 계인국, 위의 논문, 171쪽. 계인국박사는 여기서 미국법적 인식에 상응하여 규제를 ‘사회에 대한 국가의 모든 영향력 행사’로 이해하고 법에 의한 조종을 규제와 동일시하게 된다면 법적 카테고리라는 것은 도대체 아무런 의미를 가질 수가 없게 된다고 한다.

【제4주제】

국가공동체와 문화유산

전 종 익*

- I. 서
- II. 문화국가원리와 문화재
- III. 헌법 제9조의 민족문화와 문화재
- IV. 공동체의 전통과 문화유산
- V. 결

I. 서

문화재보호법은 제2조에서 ‘문화재’란 ‘인위적이거나 자연적으로 형성된 국가적·민족적 또는 세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적 또는 경관적 가치가 큰 것’으로 규정하고 그의 종류로 유형문화재, 무형문화재, 기념물, 민속문화재를 열거하고 있다. 문화재의 보존·관리 및 활용은 원형유지를 기본원칙으로 하고(제3조) 이를 위해 문화재보호법은 지정문화재, 등록문화재 등의 제도를 마련하고 역사문화환경 보존지역의 설정(제13조), 일정한 행위에 대한 허가 및 신고의무 부과(제35조, 제40조, 제55조, 제56조), 국외 수출 및 반출의 금지(제39조, 제60조), 일정한 행위의 금지와 제한, 중지 또는 원상회복 등을 위한 각종 행정명령(제42조), 정기조사(제44조) 등을 규정하여 문화재의 현상 및 법률관계의 변경을 엄격히 제한하고 있다. 헌법은 제9조에서 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다”고 규정하고 있고 문화재보호법이 제1조에서 목적으로 “문화재를 보존하여 민족문화를 계승하고, 이를 활용할 수 있도록 함으로써 국민의 문화적 향상을 도모함과 아울러 인류문화의 발전에 기여함”을 선언하고 있어 일반적으로 문화재보호법상의 위와 같은 각종 제도들을 헌법 제9조에서 인정되는 문화재 또는 문화유산을 보존해야할 국가의 헌법적 의무¹⁾를 이행하

* 서울대학교 법과대학/법학전문대학원 부교수

1) 헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 판례집 15-1, 48, 62

기 위한 것으로 보고 널리 정당성이 인정되고 있다.

문화재보호법상의 위와 같은 각종 규정들에 따라 문화재의 소유자는 문화재 관련 재산권 등 각종 기본권의 행사에 제약을 받게 되므로, 문화재보호법 및 문화재 또는 문화유산 관련 각종 규제법에 대한 위헌주장이 계속하여 제기되고 있다. 예를 들면 지정되지 아니한 유형문화재 중 동산문화재에 관하여 국외전시 등의 예외적인 경우에만 일시적인 국외 반출을 허용하고 그 외에는 국외 수출이나 반출을 금지하고 있는 문화재보호법 규정의 위헌여부에 대한 판단에서는 문화재의 개념규정에 대한 명확성의 원칙 위반과 함께 동산문화재 소유자의 소유권의 침해가 문제되었고,²⁾ 전통사찰의 주지가 그 경내지 등을 양도하고자 할 경우 국가의 문화재에 관한 사무를 관장하는 관할 행정관청의 허가를 받아야 하고, 위와 같은 허가를 받지 아니하고 한 경내지 등의 양도를 무효로 규정하고 있는 전통사찰보존법 규정에 대한 위헌판단에서도 전통사찰 소유자의 재산권 침해여부가 주요쟁점이었다.³⁾ 또한 본인의 은닉행위 및 보유·보관행위 이전에 타인이 당해 문화재를 절취하는 등으로 문화재의 효용을 해한 행위 및 타인이 행한 도굴 등이 처벌되지 않은 경우에도, 본인의 은닉행위 및 보유·보관 행위를 처벌하도록 한 문화재보호법 규정에 대한 위헌판단에서는 문화재에 관한 재산권 및 문화재매매업자들의 영업의 자유 침해가 문제되었고,⁴⁾ 일정한 경우 문화재의 선의취득을 배제하는 문화재보호법 규정에 대해서는 문화재매매업자의 재산권, 계약의 자유, 직업수행의 자유의 침해여부가 쟁점이었다.⁵⁾ 건설공사를 위하여 문화재발굴허가를 받아 매장문화재를 발굴하는 경우 그 발굴비용을 사업시행자로 하여금 부담하도록 한 문화재보호법 규정이 문제된 사건들에서는 비용부담으로 말미암은 사업시행자의 재산권 침해가 쟁점이었고,⁶⁾ 마지막으로 전통사찰의 소유로서 제공되는 경내지의 건조물과 토지에 관하여 저당권이나 그 밖의 물권의 실행을 위한 경우 또는 파산한 경우 외에는 전통사찰의 등록 후에 발생한 사법상의 금전채권으로 압류하지 못하도록 규정한 ‘전통사찰의 보존 및 지원에 관한 법률’ 규정에 대한 위헌판단에서도 채권자의 재산권 침해가 판단되었다.⁷⁾

이와 같이 문화재의 보호와 소유자 및 관계자들의 기본권 사이의 충돌이 계속하여 헌법적

2) 헌재 2000. 6. 29. 98헌바67, 판례집 12-1, 801, 합헌

3) 헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 판례집 15-1, 48 헌법재판소는 이 결정에서 전통사찰 소유자의 재산권 침해는 인정하지 않았으나 일단 소유권 변동과 공용수용의 경우를 달리 취급하는 것은 평등원칙에 위반된다는 이유로 헌법불합치 결정을 선고하였다.

4) 헌재 2007. 7. 26. 2003헌마377, 판례집 19-2, 90. 도굴범의 처벌과는 별도로 도굴된 문화재 입을 알고 취득하는 자를 처벌하는 규정은 위헌, 나머지 부분은 합헌

5) 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마870, 판례집 21-2상, 348 합헌

6) 헌재 2010. 10. 28. 2008헌바74, 판례집 22-2하, 41; 헌재 2011. 7. 28. 2009헌바244, 판례집 23-2상, 33 합헌

7) 헌재 2012. 6. 27. 2011헌바34, 판례집 24-1하, 714 합헌

문제를 발생시키고 있는 상황에서 문화재보호의 근거에 대한 헌법적 연구들이 활발히 이루어지고 있지는 않다. 예를 들면 문화재보호의 근거에 대하여 헌법의 기본원리로서 문화국가의 원리를 인정하는 바탕위에 문화국가의 실천과제로 문화재보호를 논의하면서 전반적인 법제의 개선방향을 제시하는 다수의 연구들⁸⁾과 문화국가를 인정하지 않으면서 헌법 제9조, 제69조 및 헌법전문을 근거로 전통문화와 민족문화의 계승, 발전, 창달을 위하여 노력하여야 할 뿐 아니라 문화적으로 인류공동의 번영에 기여하여야 하는 점을 근거로 제시하면서 문화재보호의 국가책무를 검토한 연구⁹⁾ 및 문화에 관한 권리의 측면에서 문화재보호의무를 검토한 연구¹⁰⁾가 존재하며, 이외는 별도로 문화재보호와 재산권 보장의 관계를 집중적으로 검토한 연구들¹¹⁾ 과 문화재보호의 전반적인 법리를 문화재보호법의 차원에서 찾아 본 연구¹²⁾를 찾아볼 수 있다. 이들 연구들은 대부분 문화재관련 법제와 관련하여 헌법적 근거를 검토한 후 구체적인 법제를 검토하고 개선방안을 제시한 것들로서, 문화재 보호의 근거와 법리를 위하여 헌법적 근거를 집중적으로 검토하지는 않았다. 따라서 이 글에서는 그간 문화재보호의 헌법적 근거로 제시되어 왔던 문화국가원리와 헌법 제9조를 검토한 후 공동체로서의 국가이론을 중심으로 문화재 보호의 기본적인 헌법적 법리를 찾아내 보려 한다.

II. 문화국가원리와 문화재

‘문화국가원리’는 우리 헌법의 기본원리로서 널리 인정되어 왔고,¹³⁾ 일찍부터 문화에 대한 헌법학적 연구의 주요한 주제로 자리매김 되어왔다.¹⁴⁾ 문화국가¹⁵⁾는 문화의 자율성을 최대한

8) 남궁승태, 「헌법상의 문화국가와 문화재보호」, 아태공법연구 제3권, 1994, 아시아태평양공법학회, 53면; 홍완식, 「문화재 보호법제의 개선방안에 관한 연구」, 토지공법연구 제44집, 한국토지공법학회, 2009, 235면; 김창규, 「문화재정책 및 법제의 미래지향적 발전방향」, 법과 정책연구 제10집 제2호, 한국법정책학회, 2010, 1면; 우성기, 「문화재의 지속가능한 보호를 위한 법제의 개선방안」, 행정법연구 제31호, 행정법이론실무학회, 2011, 1면; 김수갑, 문화국가론, 충북대학교출판부, 2012

9) 최대권, 「문화재보호와 헌법」, 서울대학교 법학 제44권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2003, 1면

10) 정중섭, 헌법연구 5, 박영사, 2005

11) 우성기, 「문화재보호와 재산권의 보장」, 공법연구 제34집 제3호, 한국공법학회, 2006, 421면; 정훈, 「문화재 소유자의 재산권 존중과 공적 책무」, 법과 정책연구 제11집 제2호, 한국법정책학회, 2011, 323면.

12) 박정희, 「문화재보호의 법리에 관한 연구」, 법학연구 제31집, 한국법학회, 2008, 77면

13) 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 426면; 김철수, 학설판례 헌법학(상), 박영사, 2009, 254면; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 143면; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2011, 171면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2014, 290면

보장하면서 국가가 적극적인 문화형성의 과제를 수행하고 실질적인 문화적 평등을 위해 노력하는 국가를 말한다. 여기서 문화란 넓은 의미로는 인간이 일정한 목적이나 생활이상을 실현하려는 활동의 과정과 그 과정에서 이룩해낸 모든 물질적·정신적 소득을 총칭하는 말로서 인간적 행동과 인간적 의미와 가치가 부여된 유형 또는 무형의 모든 것을 포함하며, 좁은 의미로는 국가와 특별한 관계를 가지는 인간의 정신적·창조적 활동의 영역으로서 학문·예술·교육·종교 등이 그 범주에 들어간다. 근대 이후 시민계급의 성장과 더불어 문화의 자율성과 독자성이 보장되면서 개인들은 자신의 창작력을 바탕으로 문화자체를 위해 자유로운 문화활동을 할 수 있게 되었고, 문화는 외부의 지배나 간섭없이 자율적으로 시장법칙에 따라 형성되게 되었다. 이에 따라 문화의 경제중속성, 외래문화의 범람, 전통문화의 퇴조와 문화적 불평등 등의 문제가 발생하였고, 이러한 문제를 해결하고 건전한 문화의 육성과 진흥 그리고 문화적 불평등의 시정을 위한 국가의 과제가 인식되면서 국가는 문화의 자율성을 최대한 존중하면서 문화에 대한 자유방임에서 벗어나 적극적으로 문화를 보호하고 형성해야할 임무를 가진 문화국가로 인식되게 되었다. 이러한 문화국가론에 따르면 국가는 정치적, 경제적 등 다른 목적과 이해관계가 아닌 문화 그 자체를 위해 육성과 진흥에 힘써야 하며, 그 대상에는 문화의 다원성과 개방성을 고려하여 고급문화 뿐 아니라 대중문화, 전통문화 등 모든 문화가 원칙적으로 포함된다. 다만 모든 유형의 문화활동에 대한 균등한 지원은 현실적으로 불가능하므로 국가는 지원의 우선 순위를 정할 수밖에 없고, 차별적 지원에 대한 합리적 근거와 기준이 중요한 요소가 된다.

문화국가의 개념은 독일헌법과 관련되어 논의되던 것으로서 우리 헌법은 문화국가의 원리를 명시적으로 규정하고 있지 않다. 다만 헌법전문에 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한민국은” 부분 및 “정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고” 부분, 헌법 제9조 “국가는 전통문화의 계승발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다”는 규정 그리고 헌법 제69조 대통령 취임선서의 “민족문화 창달에 노력하여”는 부분, 나아가 학문의 자유(제22조), 예술의 자유(제22조), 종교의 자유(제20조), 교육을 받을 권리(제31조) 등 문화적 기본권 규정 등을 근거로 우리 헌법이 문화국가의 원리를 기본원리로 하고 있다고 보고 있다. 헌법재판소는 문화국가원리를 초기 주로 교육과 관련하여 사회복지국가와 함께 무상의 의무교육¹⁶⁾과 교육을 받을 권리¹⁷⁾, 교원지위법정주의¹⁸⁾의 이념적 기초로 판시하였

14) 몇가지 예를 들어보면 전광석, 『헌법과 문화』, 공법연구 제18집, 한국공법학회 1990, 161면; 오세탁·김수갑, 『문화국가의 개념과 과제』, 법학연구 제4집, 충북대학교 법학연구소, 1992, 3면; 류시조, 『한국 헌법상의 문화국가원리에 관한 연구』, 헌법학연구 제14권 제3호, 한국헌법학회, 2008, 299면.

15) 이하 문화국가에 대한 개략적인 소개는 김수갑, 위의 책, 185-223면 및 계획열, 위의 책, 413-432면을 요약·정리한 것임.

고, 학문예술의 자유의 내포된 개념으로 보기도 하였으며,¹⁹⁾ 나아가 사회적 기본권의 기초로서 헌법전문에 국가이념으로서 사회국가, 복지국가와 함께 언급하기도 하였다.²⁰⁾ 이후 헌법재판소는 학교 정화구역 내에서의 극장시설 및 영업을 금지하고 있는 학교보건법 규정의 위헌 판단에서 앞서 살펴본 헌법학에서의 논의들을 그대로 받아들여 다음과 같이 문화국가원리를 정리하였다.

“우리나라는 건국헌법 이래 문화국가의 원리를 헌법의 기본원리로 채택하고 있다. 우리 현행 헌법은 전문에서 “문화의 ... 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히” 할 것을 선언하고 있을 뿐 아니라, 국가에게 전통문화의 계승 발전과 민족문화의 창달을 위하여 노력할 의무를 지우고 있다(제9조). 또한 헌법은 문화국가를 실현하기 위하여 보장되어야 할 정신적 기본권으로 양심과 사상의 자유, 종교의 자유, 언론·출판의 자유, 학문과 예술의 자유 등을 규정하고 있는바, 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역을 바탕으로 한다고 할 것이고, 이들 기본권은 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가원리의 불가결의 조건이라고 할 것이다. (· · ·) 문화국가원리는 국가의 문화국가실현에 관한 과제 또는 책임을 통하여 실현되는바, 국가의 문화정책과 밀접 불가분의 관계를 맺고 있다. 과거 국가절대주의사상의 국가관이 지배하던 시대에는 국가의 적극적인 문화간섭정책이 당연한 것으로 여겨졌다. 그러나 오늘날에 와서는 국가가 어떤 문화현상에 대하여도 이를 선호하거나, 우대하는 경향을 보이지 않는 불편부당의 원칙이 가장 바람직한 정책으로 평가받고 있다. 오늘날 문화국가에서의 문화정책은 그 초점이 문화 그 자체에 있는 것이 아니라 문화가 생겨날 수 있는 문화풍토를 조성하는 데 두어야 한다. 문화국가원리의 이러한 특성은 문화의 개방성 내지 다원성의 표지와 연결되는데, 국가의 문화육성의 대상에는 원칙적으로 모든 사람에게 문화창조의 기회를 부여한다는 의미에서 모든 문화가 포함된다. 따라서 엘리트문화뿐만 아니라 서민문화, 대중문화도 그 가치를 인정하고 정책적인 배려의 대상으로 하여야 한다.”²¹⁾

문화재보호와 관련하여 헌법재판소는 문화국가의 실현이 국가적 의무라는 점을 바탕으로 “전통문화의 계승·발전 및 민족문화의 창달은 우리 문화에 대한 올바른 인식과 그에 대한

16) 헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11; 헌재 1994. 2. 24. 93헌마192, 판례집 6-1, 173

17) 헌재 1992. 10. 1. 92헌마68 등, 판례집 4, 659; 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739; ; 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16 등, 판례집 12-1, 427

18) 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26, 판례집 15-1, 176; 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바14 등, 판례집 15-2 하, 466

19) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200, 판례집 14-1, 382

20) 헌재 1994. 2. 24. 92헌마43, 판례집 6-1, 72; 헌재 1997. 5. 29. 94헌바5, 판례집 9-1, 519

21) 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1 등, 판례집 16-1, 670, 679

자부심 없이는 이루어질 수 없고, 문화재에 대한 이해와 깊은 연구를 통해서만 가능한 것”임에도 “일제식민통치와 6·25사변을 겪고 정치적·경제적·사회적 격동의 시기를 거치는 동안, 문화재의 보존·활용에 대한 인식 부족은 여전하여 문화재의 파괴·유실 및 국외 유출은 끊이지 아니하였다”면서 문화국가원리를 비지정동산유형문화재의 무허가 국외 수출 또는 반출 금지의 헌법적 근거로 제시하였고,²²⁾ 헌법 제9조가 문화국가의 이념을 천명함과 동시에 국가에 전통문화의 계승·발전 및 민족문화의 창달을 위한 노력의무를 부과하고 있다면서 이러한 헌법적 요청에 따라 국가는 문화재를 보호할 의무가 있고 문화재보호법은 국가의 이같은 헌법상 의무를 구체화하여 국가 및 지방자치단체는 각종 개발사업을 계획·시행할 경우 문화재가 훼손되지 않도록 노력해야 한다고 규정하고 있다고 하여 헌법 제9조와 문화국가의 이념을 문화재보호법의 근거로 보았다.²³⁾ 이와 같이 문화국가의 원리가 문화재보호의 근거가 됨은 이론적으로도 널리 인정되고 있다.²⁴⁾

그러나 헌법 제9조에서 전통문화의 계승과 발전 및 민족문화의 창달에 노력할 의무를 명확히 규정하고 있는 상황에서 이에 덧붙여 문화국가의 원리를 굳이 문화재보호의 근거로서 논의할 필요가 있는지는 의문이다. 헌법전문을 포함하여 우리 헌법의 몇몇 규정에서 ‘문화’를 언급하고 있는 것은 사실이나 전문과 제11조는 평등을 실현할 여러 생활영역 중 ‘문화’를 언급한 것으로서 특별한 의미를 부여하기 어렵고, ‘유구한 역사와 전통에 빛나는’ 부분은 역사와 전통을 강조하고 있는 점에서 헌법 제9조와 제69조의 전통문화 및 민족문화에 대한 국가의 과제를 뒷받침하는 것으로 보는 것이 문언에 충실한 해석이다. 기타 문화국가의 근거가 되는 것으로 언급되는 학문의 자유, 예술의 자유, 종교의 자유, 교육을 받을 권리 등 각종 기본권 규정들은 그 자체로서 의미가 있는 것들로서 간접적으로 문화와의 관련성을 찾을 수 있을지는 몰라도 특별히 이것들이 문화재보호의 근거가 된다고 볼 수는 없다. 특히 학문의 자유, 예술의 자유, 종교의 자유와 같은 자유권적 기본권은 문화재보호를 위한 각종 규제에 의하여 제한되며 서로 충돌할 가능성이 있는 것임에도 이것들이 오히려 문화재보호의 근거가 된다고 보는 것은 논리적으로 성립하기 어렵다. 헌법재판소의 몇몇 판례들에서 사회복지국가와 문화국가가 동시에 언급되고 있는 점에 비추어 보면 오히려 헌법 제34조 등에서 보장되는 사회적 기본권의 하나로서 문화적 기본권을 상징하고 그 실현을 위한 수단으로 문화재보호가 필요한 것으로 볼 수는 있다. 그러나 기본적으로 문화에 대한 국가의 책무를 기본권의 시각에서 접근하면 현재 존재하는 문화관련 각종 자원들에 대한 접근과 향유가 어느 정도까

22) 헌재 2000. 6. 29. 98헌바67, 판례집 12-1, 801, 807-808

23) 헌재 2010. 10. 28. 2008헌바74, 판례집 22-2하, 41, 51; 헌재 2011. 7. 28. 2009헌바244, 판례집 23-2상, 33, 47.

24) 계획열, 위의 책, 431면; 김수갑, 위의 책, 288-304; 우성기, 위의 글(2011), 5-6면; 남궁승태, 위의 글, 55면; 김창규, 위의 글, 632-633면; 홍완식, 위의 글, 237-239면.

지 권리자에게 보장되어 있는가 하는 관점에서 바라보게 되므로 이 역시 간접적인 근거가 될 수는 있다 하더라도 그것을 토대로 문화재보호제도를 위한 법리들을 도출해내기에는 어려움이 있다. 근본적으로 국가의 문화에 대한 육성과 진흥 의무가 과연 문화국가의 원리가 아니면 인정되지 않는 것인지 의문이며, 그러한 국가의 의무에 따른 각종 조치들이 가져올 수 있는 차별적 지원에 의한 편파성과 편향성에 대한 우려가 존재하는 만큼 오히려 시장의 실패나 사회경제적 약자에 대한 배려 등 다른 법리를 통한 문화부분에 대한 접근이 총체적인 문화에 대한 국가의 지위라는 측면에서 바라보는 문화국가의 원리보다 개별 부분마다의 기본 원리와 법리를 찾아나가는데 효과적일 수 있다.

따라서 우리 헌법이 문화국가의 원리를 기본적인 원리로 규정하고 있는지는 별론으로 하고 문화재보호의 근거와 그 기본적인 법리를 이로부터 찾아나가는 것은 적절하지 않다. 그렇다면 다음으로 문화재보호와 관련된 제도와 법리들을 헌법 전문의 ‘역사와 전통’ 부분 그리고 제9조의 전통문화 및 민족문화 규정에서 찾을 수 있을 것인지 검토해볼 필요가 있다.

Ⅲ. 헌법 제9조의 민족문화와 문화재

우리는 순혈주의에 기초한 단일민족국가임을 강조하여 왔고 이를 바탕으로 대한민국의 성립을 오래 전부터²⁵⁾ 존재하였던 우리 민족이 유구한 역사와 전통을 통해 민족문화를 발전시켰고 근대의 격동기를 거쳐 현대국가를 구성하였다고 설명해왔다. 특히 헌법전문과 제9조와 제69조를 이러한 단일민족 국가를 염두에 둔 내용으로 해석하고, 이에 따라 헌법전문의 내용과 그에 따른 기본원리의 하나로 ‘민주주의적 민족주의의 지향’²⁶⁾ 또는 ‘민족적 민주주의를 통한 조국의 평화통일’²⁷⁾을 언급하기도 한다. 나아가 우리 헌법의 근본이념과 기본원리로서 문화국가를 넘어 ‘문화민족의 이념’을 언급하고 그 실현원리로서의 문화국가원리를 제시하여 문화에 대한 각종 국가의 임무가 궁극적으로는 역사와 전통의 계승을 통하여 만들어진 민족문화와 관련되어 있음을 분명히 하기도 한다.²⁸⁾ 또한 헌법 제9조와 관련하여 이를 한국민족의 정체성을 규정하는 것으로 보고 구성원과 세대가 바뀌어도 한국민족이 유지될 수 있는 것은 민족으로서의 정체성 때문이라고 설명하며 문화재보호를 민족의 문화적 정체성을 계승

25) 멀리는 역사적으로 한국민족의 기원과 형성을 고조선시기부터 찾기도 한다. 그러한 연구의 예로서 신용하, 한국민족의 형성과 민족사회학, 지식산업사, 2000, 11-37면 참조.

26) 권영성, 위의 책, 129면

27) 성낙인, 위의 책, 125면

28) 허영, 위의 책, 171면

· 발전시켜 궁극적으로 인류공동의 번영에 기여하기 위한 것으로 보기도 한다.²⁹⁾

사실 근대 민족주의의 역사에서 우리는 중국, 베트남 등과 함께 상당히 예외적인 ‘역사적 민족’으로 평가된다. 20세기에 들어와 민족운동이 독립을 이루려고 애썼던 영토적 단일체들은 압도적으로 제국주의 정복의 실질적 창조물이었다. 많은 경우 영토지향적인 해방운동은 기본적으로 식민권력들이 영토에 부과한 공통요소들을 기초로 하여 이루어졌고, 정복과 식민 통치에 의해 부과된 통일성은 장기적으로 스스로 ‘민족’으로 인식하는 민족집단을 만들어냈다는 것이다.³⁰⁾ 이러한 설명에 의하면 대개 역사적으로 형성된 민족이라는 개념 자체가 이념으로서의 민족주의의 결과물인 것으로 볼 수 있다. 그러나 우리의 경우 이미 근대 이전에 상당히 오랜기간 종족적, 문화적인 측면에서 원형민족적 일체감을 가지고 있었던 점에서 단일 민족국가임을 강조하고 민족적 전통과 역사 및 문화에 가치를 부여하는 것은 충분히 의미가 있다.

그러나 헌법이론적으로 국가형성의 주체로서의 인민 또는 국민(people)과 민족(nation)은 구별되어야 한다. 일반적으로 민족은 언어나 종족 같은 단일한 기준 또는 언어, 공통의 역사, 문화적 특성 등 다수 기준들의 조합에 기초를 두고 설명되었고, “언어, 영토, 경제생활 및 문화공동체 내에 구현된 심리구조 등을 지닌 역사적으로 진화한 안정된 공동체”라는 스탈린의 정의가 가장 잘 알려져 있다.³¹⁾ 개념적으로 민족은 시간적으로 구성된 공동체에 해당한다. 민족은 이미 몇 세대에 걸쳐 지나간 과거의 결과 성립된 공동의 유산을 근거로 하며 대개 과거의 일정한 시점에 기원을 두고 미래에도 계속될 것으로 생각된다. 이에 따라 세대를 이어주는 전설과 상징 등이 필요하게 된다.³²⁾ 반면 인민 또는 국민은 일정한 장소에 기반을 두고 그곳에 있는 모든 개인들로 구성된 공동체로서 국가성립 전에는 국가권력을 수립하고 정당성을 부여하며, 국가성립이후에도 존속하다가 국가의 위기 시에 최후의 권력자이자 심판자로서 다시 헌법제정권력을 행사하는 역할을 한다.³³⁾ 물론 공통된 언어나 종족 등의 특성을 가진 민족으로 이루어진 공동체의 경우 정치공동체 구성에 대한 합의를 이룩하기에 상대적으로 어렵지 않을 수는 있다. 그러나 국가를 구성하는 공동체로서의 인민이 반드시 민족일 필요는 없다. 구성원들이 서로 다른 언어와 종족, 문화 등의 특성을 가지고 이에 따라 종교적, 철학적, 도덕적 관점들이 일치하지 않는다 하더라도 국가구성과 그 형태에 동의할 수 있다면

29) 최대권, 『헌법의 연속성과 변화에 관한 담론』, 서울대학교 법학 제44권 제1호, 2003, 92-93면; 『문화재보호와 헌법』, 서울대학교 법학 제44권 제1호, 2003, 9-11면.

30) E.J. 홉스봄, 1780년 이후의 민족과 민족주의, 창비, 2005, 179면.

31) 같은 책, 20-21면.

32) Bernard Yack, “Popular Sovereignty and Nationalism”, *Political Theory*, Vol.29, No.4, (2001), pp. 520-521.

33) *Ibid*, pp. 521-523.

하나의 ‘인민’으로서 정치적 공동체를 형성할 수 있기 때문이다.³⁴⁾

게다가 최근 우리 사회는 이주노동자와 결혼이민자 등 기존 구성원과는 다른 인종적, 종족적, 종교적, 문화적 배경을 가진 사람들의 대규모 유입이 이루어짐으로써 종래와는 다른 형태의 문제에 직면하였고, 헌법학적으로 이는 ‘다문화사회(Multicultural Society)’의 형태로 논의되기 시작하였다.³⁵⁾ 2007년 UN인종차별위원회의 “한국이 단일 민족을 강조하는 것은 한국 땅에 사는 다양한 인종들 간의 이해와 관용, 우호 증진에 장애가 될 수 있으므로 현대 한국 사회의 다인종적 성격을 인정하고 적절한 조치를 취하라”는 권고³⁶⁾는 변화된 사회를 따르지 못하는 우리의 의식을 반영하는 것이다. 어느새 한국에서도 ‘단일민족’이라는 단어가 과거 속으로 사라진 역사적 단어가 되어가고, 다민족 국가라기보다 ‘다인종 국가’라는 단어가 어색하지 않게 되었다.³⁷⁾

이러한 상황에서 헌법 제9조의 ‘전통문화’와 ‘민족문화’ 규정을 민족주의와 결합하여 해석하는 것은 자칫 일원적이고 폐쇄적인 문화만의 계승발전과 창달을 국가에게 주문하는 것을 의미하게 되어 다원성과 개방성이 필요한 현재의 상황과 부합하기 어렵다.³⁸⁾ 또한 이를 우리의 고유문화에 외래문화에 대한 우월적 지위를 인정하는 것으로 해석하는 것 역시 문화영역의 자율성 내지 문화창조의 자유, 그리고 국가의 문화적 중립성 의무에 위반되는 것이 되어 적절하지 않다.³⁹⁾ 따라서 우리 헌법이 ‘민족’을 직접 규정하고 있는 것은 대한민국의 역사적인 연원으로서의 특수성을 반영하고 있는 것으로 보아야 하며, 이에 따라 현재의 전통문화가 곧 한민족의 예로부터 내려오는 문화라는 사실을 지적하는 정도의 의미로 축소하여 해석해야 하는 것이 필요하다. 그러한 점에서 헌법 제9조의 중점은 ‘민족문화’ 부분에 있는 것이 아니며 이 땅에서 오랜 시간에 걸쳐 생성되고 발전되어 왔던 전통적인 문화의 계승과 발전에 있는 것으로 보아야 한다. 일정한 지역을 배경으로 하는 이와 같은 전통문화의 계승발전은 당연히 다양한 외래문화와의 교류와 협력을 통한 변화를 전제로 하는 것이며, 국가는 문화적 동질성과 순수성의 유지를 목표로 할 수 없다.

헌법재판소가 동성동본금혼 규정에 대하여 헌법불합치를 선언하면서 “헌법 제9조의 정신에

34) 이상의 민족과 인민공동체에 대한 설명은 전중익, 『공동체로서의 국가와 정부』, 서울대학교 법학 제55권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2014, 게재예정 원고의 12-13면을 요약, 정리한 것임.

35) 김선택, 『다문화사회와 헌법』, 헌법학연구 제16권 제2호, 한국헌법학회, 2010, 1면; 전광석, 『다문화사회와 사회적 기본권』, 헌법학연구 제16권 제2호, 한국헌법학회, 2010, 105면; 최경욱, 『한국에 있어서의 다문화주의에 대한 헌법적 시각』, 동아법학 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2010, 1면; 최윤철, 『다문화주의의 헌법적 수용에 관한 연구』, 공법연구 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012, 1면.

36) 김석택, 위의 글, 9면.

37) 최경욱, 위의 글, 2면.

38) 최윤철, 위의 글, 17면.

39) 김석택, 위의 글, 14-15면.

따라 우리가 진정으로 계승·발전시켜야 할 전통문화는 이 시대의 제반 사회·경제적 환경에 맞고 또 오늘날에 있어서도 보편타당한 전통윤리 내지 도덕관념이라 할 것”이라고 판시⁴⁰⁾하고, 호주제에 대한 위헌결정에서 “헌법 전문과 헌법 제9조에서 말하는 ‘전통’, ‘전통문화’란 역사성과 시대성을 띤 개념으로 이해하여야 하며” 따라서 “과거의 어느 일정 시점에서 역사적으로 존재하였다는 사실만으로 모두 헌법의 보호를 받는 전통이 되는 것은 아니고,” “역사적 전승으로서 오늘의 헌법이념에 반하는 것은 헌법 전문에서 타과의 대상으로 선언한 ‘사회적 폐습’이 될 수 있을지언정 헌법 제9조가 ‘계승·발전’시키라고 한 전통문화에는 해당하지 않는다”고 판시한 것⁴¹⁾은 이와 같이 계승과 발전의 대상이 되는 전통문화에 대하여 유동성과 변화가능성을 파악한 것으로 볼 수 있다.

그러한 점에서 헌법규정상의 민족 또는 민족문화의 창달을 문화재보호의 근거로 보는 것은 적절하지 않다. 나아가 전통문화의 계승·발전 역시 그것이 민족의 정체성, 민족문화의 보존을 위한 폐쇄적이고 과거지향적인 목적을 위한 것으로 본다면 이 역시 문화재보호의 근거로 보는 것은 부적절하다. 따라서 문화재보호는 전통문화의 측면에서 근거를 찾되 그 의미를 새롭게 해석하여야 하는 것이 필요하다.

IV. 공동체의 전통과 문화유산

전통은 시간적 관념을 내포한다. 역사적 전승, 즉 과거로부터 전해진 것으로서 시간을 초월하여 일정하게 우리 생활에 뿌리내리고 있을 때 우리는 이것을 전통이라 한다. 따라서 전통은 세대를 넘어서서 과거 세대와 현재 세대를 이어주는 것이며 나아가 현재와 미래를 이어주는 역할을 한다. 문화란 것 자체가 인간적 행동과 인간적 의미와 가치가 부여된 유형 또는 무형의 모든 것이라 할 때 전통문화는 그 중 세대를 이어 존속하고 있는 것이라는 관념을 요소로 한다.

문화재에 대한 문화재보호법상의 정의와는 별도로 ‘財’라는 용어가 의미하는 ‘자산’으로서의 관념은 문화재가 경제적인 이득을 포함한 이득을 낳는 것으로서 개인적 소유의 대상이 되는 것으로 생각하게 한다. 그러나 문화재를 이와 같이 파악하게 되면, 문화재에 대하여 가지는 과거, 현재, 미래 세대의 각 이익을 제대로 파악할 수 없고 나아가 지역단위를 넘어선 공동체 나아가 전체 인류 공동의 이익을 반영할 수 없게 된다. 문화재를 보호하는 것은 그것이 가지는 역사적·예술적·학술적 또는 경관적 가치 때문이나, 그에 대한 평가는 세대별로

40) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6 등, 판례집 9-2, 1, 19

41) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9 등, 판례집 17-1, 1, 17-18.

지역별로 달라질 수 있다. 과거에는 별달리 가치있는 것으로 인정받지 못하였으나 현대에 이르러 가치를 인정받는 많은 예들과 본래 존재하던 곳에서는 인정받지 못하였으나 외부인들로부터 더 큰 가치를 인정받는 것들의 예는 어렵지 않게 찾을 수 있다. 따라서 문화재 보호에는 현재 또는 우리가 발견하지 못한 가치들을 다음 세대나 국제사회의 다른 지역 사람들이 파악할 수 있음을 전제로 하지 않으면 안된다.

그런 의미에서 문화재를 재산권의 대상으로 보고 현재의 그 주체가 권리로서 이를 사용, 수익, 처분할 수 있는 것으로 여기는 것은 적절하지 않다. ‘문화재(Cultural Property)’ 보다는 ‘문화유산(Cultural Heritage)’의 용어를 사용하는 것이 위와 같은 세대별, 지역별 가치에 대한 고려가 필요한 점에 더욱 부합한다. 문화유산이라는 용어는 이미 현행법상 ‘문화유산과 자연환경자산에 관한 국민신탁법’에서 사용되고 있다. 특히 같은 법 제2조 제2호에서 문화유산을 ‘『문화재보호법』 제2조 제1항의 규정에 따른 문화재와 이를 위한 보물 및 보호구역 그리고 이에 준하여 보전할 필요가 있는 것.’으로 규정하여 문화유산이라 하여도 문화재를 포함하여 그 보존·보호를 위한 보호물과 보호구역까지 보호범위가 확대될 뿐이다.⁴²⁾ 1972. 11. 23. 채택된 ‘세계문화유산 및 자연유산의 보호에 관한 협약’(1988. 12. 14. 발효) 역시 문화유산이라는 용어를 사용하고 있으며 그 서문에서 “문화유산 및 자연유산의 일부는 현저한 가치를 지니고 있고 따라서 인류전체의 세계유산의 일부로서 보존될 필요가 있음”과 함께 “유산의 보호에 참여하는 일이 국제사회 전체에 의무”라고 밝히고 있어 문화유산을 보호해야 할 이유가 전체 인류를 위해 필요한 것으로서 공동의 과제에 해당함을 분명히 하고 있다. 그와 같은 취지는 우리 문화재보호법이 제1조에서 그 목적으로 ‘민족문화 계승과 활용’으로 ‘국민의 문화적 향상을 도모함’과 함께 ‘인류문화의 발전에 기여함’을 규정하고 있는 점에서도 분명히 알 수 있다.

창조적인 문화적 산물로서 역사적·예술적·학술적 가치를 가지는 것을 만들어내는 것은 물론 탁월한 능력을 가진 개인이다. 그러나 그것이 온전히 개인의 능력과 노력 만에 의하여 이루어지는 것은 아니다. 학문적, 예술적 창조는 자신이 서 있는 전통을 습득하고 오랜 기간 동안 노력, 훈련, 동료들과의 교류를 거치며, 새롭고 과감한 시도를 두려워 않고 새로운 단서를 잡아 지치지 않고 발전시키는 사이 이루어지는 것이다.⁴³⁾ 문화적으로 가치있는 산물들을 창조해낸 사람들의 개인적인 출중한 능력과 노력을 인정하는 것과는 별도로 과거에서부터 당시까지 축적되어온 공동체의 유산이 존재하지 않는 경우 그러한 생산은 불가능하다는 점 역시 인정해야 한다. 그들은 ‘거인의 어깨위에 올라탄 또 다른 거인’으로서 과거의 전통과 업적들을 효과적으로 이용한 것이다.⁴⁴⁾ 따라서 문화유산은 본질적으로 개인소유의 대상이면서 동

42) 우성기, 위의 글(2011), 3면.

43) 홍성국, 과학은 얼마나, 서울대학교 출판부, 2004, 239면.

시에 공동체 전체 나아가 인류전체의 공동유산(Common Heritage of Mankind)으로서 공동체에 귀속되는 존재임을 인정할 수 있다.

그러한 관점에서 볼 때 문화유산 관련 규정들의 취지가 더욱 명확하게 파악된다. 문화재의 보존·관리 및 활용은 원형유지를 기본원칙으로 하는 문화재보호법 제3조는 종래 한번 훼손되면 그 회복 자체가 곤란한 경우가 많을 뿐만 아니라 회복이 가능하더라도 막대한 비용과 시간이 소요된다는 문화유산의 속성을 고려한 것으로 보았으나 이와 함께 당대에는 인정되지 못하는 경우에도 학문과 기술의 발전 그리고 시대와 환경의 변화에 따라 새로운 가치가 파악되는 경우를 대비하여 원형을 그대로 보존해야 함을 규정한 것으로 해석될 수 있다. 또한 매장문화재 유존지역의 발굴을 원칙적으로 불허하는 ‘매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률’ 제11조 제1항은 장기적인 연구와 계획 및 발굴기술의 발전에 따라 미래세대에게 그 발굴과 활용을 맡기는 것이 바람직하다는 취지를 가진 것으로 볼 수 있고, 같은 법 제20조, 제23조에서 정당한 소유자가 없는 매장문화재를 국가로 귀속시키는 것은 문화재가 가지는 사적 소유권적 측면과 공동체 자산으로서의 측면 중 전자가 존재하지 않는 경우 그에 대한 온전한 공동체의 권리를 확인한 규정으로 해석할 수 있다.

문화재를 공동체 공통의 유산으로 파악하면 국가의 그에 대한 권리나 현세대의 그에 대한 권리의 성격도 단순한 재산권으로 파악할 수는 없다. 그들에게는 다음 세대를 위해 이를 보존하여 온전한 상태로 이전할 의무가 부여되기 때문이다. 그러한 점에서 이들의 법적 관계를 ‘신탁(trust)’ 관계로 파악하기도 한다.⁴⁵⁾ 이에 의하면 문화유산의 법적 관계는 미래세대를 포함한 전체로서의 공동체가 수익자의 지위에 있는 것으로 보고 국가는 신탁자로서 신탁의 대상인 문화유산의 소유권자이기도 한 자신의 이익이 아닌 수익자인 공동체 전체의 이익을 위하여 성실하게 관리하고 보전할 信託의무(fiduciary duty)⁴⁶⁾를 부담하는 것이 된다. 또한 공동체 전체는 당해 문화유산에 대한 이익을 균등하게 분점하므로, 이로부터 어느 한 개인이 그로 인하여 발생하는 금전적 이익을 독점하거나 이를 독점적으로 이용하는 것은 금지되며 모든 구성원들이 균등하게 이용할 수 있어야 하고, 그 관리를 위한 비용 역시 공동체가 부담하여야 한다는 원칙들이 도출되어 나올 수 있다.

나아가 개인의 소유물이 문화유산으로 지정되고 이로써 각종 규제를 받는 것은 개인의 소유물을 동시에 공동체의 소유물로 전환시키는 과정으로 파악할 수 있다. 즉 문화유산의 지정

44) 같은 책, 222면.

45) Kemal Baslar, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 65

46) 신탁제도에서 인정되는 신탁자의 信託의무는 타인의 재산을 맡아 관리하는 사람은 그 타인의 이익을 위해서 재산을 운용해야 하며 자신의 이익을 추구할 수 없다는 것으로서 다시 주의의무와 충실의무로 구분된다. 송옥렬, **상법강의** (홍문사, 2012), p. 992.

은 곧 점진적 공동체 귀속의 과정으로서 일종의 수용과 유사한 것으로 볼 수 있다. 공동체 전체의 유산으로서 그 이익을 위해 활용하도록 문화유산을 보호한다는 점에서, 규제 자체가 개인으로서는 자신의 소유물에 대한 권리를 공동체 전체를 위해 사용 또는 수익하도록 내어 놓는 것에 다름 아니다. 따라서 규제과정에서 발생하는 이와 같은 개인의 희생은 보조금 등 여러 가지 형태로 보전하는 것이 필요하다. 또한 이를 점진적 수용과정으로 보면서 소유권자의 선택에 따라 규제와 보조금 지급이 일정한 범위를 넘는 경우 문화유산을 국가에 귀속시킬 수 있도록 하는 매수청구권 등도 생각해 볼 수 있다.

V. 결

우리 헌법에서 문화국가의 원리와 헌법 제9조는 문화유산보호의 근거로 널리 평가되어 왔다. 이 중 문화국가원리는 독일에서의 논의를 도입한 것으로서 헌법전문과 제9조, 제69조 및 각종 문화관련 기본권들을 근거로 우리 헌법의 기본원리의 하나에 해당하는 것으로 보기도 하나, 문화유산의 보호와 관련하여 헌법 제9조를 제외하고 기타 다른 규정들이 특별한 의미를 가지기는 어렵다. 헌법 전문의 유구한 역사와 전통 부분 및 헌법 제69조는 모두 헌법 제9조의 의미를 강조하는 것으로 볼 수 있고, 학문, 예술의 자유 등 소위 문화적 기본권은 기본적으로 개인의 권리보장에 초점에 맞추어 있는 것으로서 오히려 문화재보호와는 서로 충돌하는 가치를 가질 수 있기 때문이다. 그러한 점에서 헌법 제9조의 전통문화 및 민족문화 규정이 결국 문화유산 보호의 근거가 될 수밖에 없다. 그러나 그 중 민족문화를 강조하는 것은 문화재보호를 자칫 민족의 정체성, 민족문화의 보존을 위한 폐쇄적이고 과거지향적인 목적을 위한 것으로 볼 수 있어 민족을 전제로 하지 않는 국가형성의 본질적 속성과 다양한 인종적, 종족적, 문화적 배경을 가진 사람들이 공존하며 살고 있는 현재 우리의 상황에 부합할 수 없다. 따라서 문화재 보호는 헌법 제9조 중 전통문화의 계승·발전에서 그 근거를 찾을 수밖에 없으며, 그 의미도 현재, 우리에게 중심을 둔 시각이 아닌 과거, 현재, 미래세대를 이어주는 시간적 길이와 전체 세계인류를 공동체로 파악하는 지리적 넓이를 기반으로 미래세대와 공동체의 이익을 위한 문화유산의 보존을 규정한 것으로 보아야 한다. 그렇게 볼 때에야 공동체 구성원 전원의 균등한 이용과 비용분담, 소유자 개인의 독점적 권리의 배제 등 문화유산 보호를 위한 제도들의 기본적인 원리들이 설명될 수 있다.

인류는 끊임없이 새로운 위협에 직면하여 그에 대한 대비책을 마련해가면서 살아왔다. 미

래세대가 직면할 도전은 현재 우리가 예상할 수 없는 것이며, 그에 대한 대비책 역시 지금 준비할 수 있는 것들이 아니다. 예상하지 못한 상황에 직면하여 그들은 과거에 조상들이 남겨놓은 지혜와 지식을 파악하고 응용하여 위협을 극복해 나갈 것이다. 이 때 어떠한 것들이 유용하게 사용될지 현재로는 알 수 없으며, 그러한 점에서 문화유산에 대한 각종 제도들을 현재의 시각에서 평가하는 것은 적절하지 않다. 예술적인 면에서도 과거의 유산은 끊임없는 새로운 영감의 원천이 되는 것이며, 언젠가는 어디엔가는 현재 우리가 알 수 없는 새로운 가치를 발견해낼 사람이 존재할지 모른다. 그러한 점에서 문화유산의 보존과 계승, 발전의 근거가 되는 헌법 제9조의 전통문화규정은 미래세대와 공동체 전체를 아우르는 관점에서 해석하는 것이 필요하다.

【토론문】

국가공동체와 문화유산에 대한 토론문

신 옥 주*

귀한 자리에서 훌륭한 논문에 대한 토론을 맡게 되어 매우 큰 영광입니다.

전종의 교수님의 논문을 읽고 제가 별다른 비판 없이 문화국가원칙을 받아들였다는 점을 반성하게 되었습니다. 저는 필자가 이 논문을 통해 그동안 큰 고민 없이 학계와 헌법재판소에 의해 수용되었던 문화국가원칙에 대한 심도 있는 고찰을 함으로써, ‘문화의 국가화’에 대한 염려에서 가능하면 문화국가원칙을 ‘문화의 국가로부터의 자유’를 중심으로 그 내용이 축소되어야 할 것을 주장한다고 보았으며, 이러한 필자의 견해에 원칙적으로 동의합니다.

문화국가원칙은 독일에서 출발한 것으로서 독일에서의 상황을 간략하게 보면 다음과 같습니다. 문화국가라는 개념은 1817년 프로이센에서 문화부를 만들어서 학문, 예술을 국가 고유의 것으로 여기면서 촉진하면서 시작되었습니다. 국가의 촉진을 통해 프로이센에서 학문과 예술이 발전한 점은 인정이 되었으나, 1933년 나찌에 의한 문화장악의 영향에 대한 깊은 반성으로 기본법에 문화에 관련된 규정이 없으며, 문화국가라는 표현에 소극적인 것으로 보입다. 2005년 독일 Enquête-Kommission이 연방의회에 국가목적조항으로 기본법 제20b에 국가는 문화를 보호하고 촉진한다“라는 규정을 삽입할 것을 권고했으나 연방의회는 이를 받아들이지 않았으며, 이러한 움직임에 대해 각 주는 연방차원의 통일적 문화정책을 통한 문화장악이며 이는 주의 문화고권을 침해한다고 주장하며 큰 반발하였습니다. 그러나 아이러니하게도 현재 독일의 연방과 각 주는 유럽연합의 문화정책 하에서 유럽연합의 문화촉진정책을 가장 적극적으로 받아들여 추진하고 매우 다양한 문화촉진 정책을 펼치고 있습니다.

연방헌법재판소는 “레코드판 사건(BVerfGE 36, 321, 331)”에서 문화국가 원칙을 기본법 제5조 학문, 예술의 자유에서 도출하면서 그 내용을 문화에 대한 국가의 간섭배제라고 하는 자유권으로 파악했습니다. 그러나 Hartz IV에 따른 최저생계비의 액수가 필요계층이 인간다운 생활을 하기 위해 알맞은 액수인지를 판단하면서, 인간다운 생활에 문화에 대한 향유도 포함된다고 한 점 등에서 보면 현재는 문화에 대한 평등한 접근권, 문화향유권의 보장을 중시하는 것 같습니다.

독일에서 문화국가원칙에 대한 가장 큰 비판은 국가가 자신의 이데올로기가 들어간 문화

* 전북대 법학전문대학원 교수

를 문화국가원칙 하에 전 국민에게 주입하며, 문화축진을 경제와 연결시켜 문화인들에게 국가이데올로기에 맞는 문화를 생산토록 하는 것이고, 결국 주권자인 국민의 자기결정능력을 거세시킨다고 하는 것입니다.

간단하게 살핀 것처럼 문화국가 조항을 의도적으로 기본법에서 배제하였고, 지금도 문화국가에 대한 비판적인 사고를 하고 있는 독일과 달리 우리나라는 학계와 헌법재판소가 문화국가원리를 받아들이고 있습니다. 헌법 전문, 제9조, 제69조를 그 근거로 하며, 이를 실현하기 위한 하위법으로 문화재기본법을 두고 있다고 파악합니다. 또한 “문화에 관한 국민의 권리와 국가 및 지방자치단체의 책임을 정하고 문화정책의 방향과 그 추진에 필요한 기본적인 사항을 규정함으로써 문화의 가치와 위상을 높여 문화가 삶의 질을 향상시키고 국가사회의 발전에 중요한 역할을 할 수 있도록 하는 것을 목적”으로 2013.12.30.에 문화기본법이 제정되어 2014.3.31.부터 시행되고 있습니다. 문화재기본법 제3조에서 “이 법에서 “문화”란 문화예술, 생활 양식, 공동체적 삶의 방식, 가치 체계, 전통 및 신념 등을 포함하는 사회나 사회 구성원의 고유한 정신적·물질적·지적·감성적 특성의 총체를 말한다고 정의함으로써 문화를 문화재보호법에서보다 더욱 넓게 파악하고 있습니다.

또한 동법 제4조에서는 모든 국민이 문화 표현과 활동에서 차별을 받지 아니하고 자유롭게 문화를 창조하고 문화 활동에 참여하며 문화를 향유할 권리를 가진다고 하고 있고, 제5조에 따라 국가와 지방자치단체는 국민의 문화권을 보장하기 위하여 문화진흥에 관한 정책을 수립·시행하고, 이를 위한 재원의 확충과 효율적인 운영을 위하여 노력하여야 한다고 규정하고 있습니다.

발제자에게 이러한 헌법과 법률의 구조 하에서 헌법상 문화 문화국가원리에서 문화재보호를 위한 근거를 도출하는 것이 더 낫지 않는지 묻고 싶습니다. 보호해야 하는 문화재(혹은 문화유산)가 공동체 안에서 우리 모두의 공유재이며, 후세대를 위하여 현재세대인 우리가 신탁자로서 이를 잘 지켜야 한다는 점은 동의하지만 이러한 문화재의 성격 때문에 문화재 보호를 문화국가원칙에서 도출할 수 없다는 것은 저로서는 동의하기가 어려운 부분이 있습니다. 또한 헌법에서는 문화영역에서의 평등을 전문과 제11조에서 명시하고 있는데 발제자에게서는 이를 의미가 없는 것으로 표현하고 계십니다. 과연 의미가 없는 문구인지 의문입니다. 문화향유권이나 문화 접근에서의 평등권을 평등권이나 사회적 기본권으로 구성할 수 있으며, 또한 그 문화국가원칙에서 근거를 찾을 수 있다고 생각합니다. 발제문을 통해서 문화국가원칙에서 도출되는 국가의 문화재보호의무, 공공재로서의 문화에 대한 국민의 평등한 향유권 등으로 접근하는 시각이 어떠한 문제점이 있는지 잘 나타나 있지 않은데, 이에 대한 견해도 들려주시면 고맙겠습니다.

세계화와 한국의 다문화주의

최 윤 철*

국문요약

세계화는 기존의 국민국가적 사고에 혁명을 가져왔다. 영토와 주권중심의 독자성과 개별성을 가지는 독립된 국민국가가 20세기까지의 국가였다면, 세계화시대의 국가는 탈영토화, 초국가화, 세계 시민에 대한 논의의 와중에서 새로이 이해될 것을 강요받고 있다. 그러나 세계화를 가능하게 한 요인들은, 예를 들면 과학기술, 교통, 통신, 자본 등, 동시에 개별국가의 중앙집중화를 가능케 하는 요인이다. 개별국가들은 이를 통하여 이전보다 단일한 정체성을, 예를 들면 언어, 문화 등의 통합, 가지면서 급속히 중앙화되고 있다. 초국가화라는 세계화 경향 속에 개별 국가의 국가성도 동시에 나타나고 있다. 이러한 상황에도 불구하고 세계화는 자본의 이동과 함께 개인들의 국가간 이동을 촉진시켰으며, 세계는 보다 나은 삶을 위한 디아스포라가 진행되고 있다. 세계화, 단일국가의 집중화의 가운데 서로 다른 문화적 배경을 가진 사람들의 유입에 따른 단일국가의 정체성유지, 구성원의 평화적 공존을 위한 대응방안을 마련하기 위한 노력을 하고 있으며, 다문화주의도 그러한 입장 가운데 하나이다.

세계화에 따른 사람의 이동과 유입의 경향은 한국의 경우도 예외가 아니다. 최근 20년간 한국에는 노동, 혼인, 유학, 귀환 등을 이유로 하는 많은 외국인들이 유입되었다. 혈통적 순수성을 기초로 하는 단일민족국가라는 것을 강조하여 왔던 한국사회는 단기간 급증한 외국인과의 관계설정이 당면한 과제가 되었다. 한국은 외국인과 이주민의 관계설정과 공존을 위한 기초로 다문화주의를 택한 것으로 이해된다. ‘재한외국인 처우기본법’, ‘다문화가족 지원법’ 등 일련의 법률과 정책이 그러한 점을 시사해주고 있다. 한국이 표방하고 있는 다문화주의도 본래의 다문화주의라기보다는 동화주의를 내용으로 하고 있다는 의심을 가지게 한다. 외국인과 이주자에 대한 우리 법률과 정책의 기초로서 논의되고 있는 다문화주의는 헌법상 문화국가원리를 수권으로 하는 것이라고 보기에 어려운 점이 있다. 오히려 우리 헌법전반에 걸친 법치국가원리와 보편적 인권의 보장, 민주주의원리에 그 기초를 둔다고 볼 수 있다.

정주 및 장기체류 외국인은 공적 권리를 제외한 대부분의 영역에서 한국인과 때로는 갈등과 경쟁을, 때로는 화합과 공존을 하는 공동체의 일원이므로 이들과의 관계설정은 한국 스스로에게도 매우 중요한 문제이다. 이주자의 정주와 공존, 이주자가 차지하는 비중 등이 증가하고 또한 이러한

* 건국대학교 법학전문대학원/법학박사

경향이 불가피하다면 이에 대응하기 위한 장기적이고 근본적인 대안 마련이 있어야 한다. 공동체의 구성과 유지를 위한 기본적이고 최고 규범인 헌법에 대한 새로운 검토와 그에 기초한 법제와 정책마련을 위한 노력이 있어야 한다. 다문화주의는 그 내용에 있어서 문화가 중요한 부분을 차지하기는 하지만, 본질은 국민국가에 의해서 설정된 국민과 외국인, 원주민과 이주민의 차이의 인정(문화를 비롯한)과 상호의 인정(문화를 비롯한)을 통한 공존과 이를 통한 개인의 삶의 조건의 향상이라고 할 수 있다.

표제어: 세계화, 문화, 다문화주의, 외국인, 이주, 기본권,

- I. 들어가는 말
- II. 세계화와 다문화주의
- III. 한국의 다문화주의
- IV. 이주민과 이주사회
- V. 나가는 말 또는 나아가는 말

I. 들어가는 말

인간의 이동은 오늘날 전 세계 모든 지역에 영향을 끼치고 있는 중대한 전환을 구성하는 필수적인 요소이다. 경제적, 정치적 통합의 증가로 인해 자본, 상품, 사상, 인간이 국경을 넘어 이동하고 있다. 각국의 문제는 해당 국가가 개별적으로 풀어나가야 한다는 개별적 접근은 적절하지 않다는 인식이 확산되기 시작했다. 이제 일 국의 관심과 문제는 세계의 관심과 문제로 인식될 정도로 현대인은 모두 하나의 세계에서 서로 영향을 받고 살고 있다.¹⁾ 이는 이주에도 당연히 적용된다. 한 국가에서의 다른 국가로 이주하는 인간의 이동은 유출국은 물론 유입국 모두의 각 부문에 영향을 미치는 것이 당연하다. 전쟁, 기근, 재해로 인한 사람들의 국제이동에 관해서는 이미 국제규범, 다자간 조약을 통해 인권이나 인도적 차원에서 다루어지고 있어 왔다. 그러나 탈냉전 시대이후 급격히 증가한 자유의사에 의한 국제간 이동에 대해서는 유출국과 유입국 사이의 상이한 사정과 이해관계로 인하여 일반적이고 보편적인 국제규범은 아직 출현하고 있지 아니하다. 특히, 세계화의 특징적인 현상의 하나인 노동시장의 초국화(超國化)와 이동성으로 인하여 발생하는 이주노동자와 그들의 인권에 관한 부문에서는

¹⁾ 대표적인 예로서 환경문제를 들 수 있다.

유출국과 유입국의 이해관계가 더욱 첨예하게 대립하고 있다.²⁾

이주는 자본의 이전과 달리 사람의 국제간 이동과 정착을 의미한다. 세계화가 신자유주의에 기초한 자본에 의한 제국주의의 확산으로 이해되든, 또는 탈냉전 이후 세계의 급속한 동질화와 그에 따른 자유의 확대로 이해되든, 세계화로 인하여 사람들에게는 자신들의 생존조건을 개선하기 위한 기회가 이전보다 더 많이 생긴 것은 자명하다. 사람의 이동은 필연적으로 개별국가는 물론 초국가적인 차원에서 인권, 개인, 국가주권, 국민 등에 대한 새로운 인식이 요구된다. 이주민과 원주민의 공동체 내에서의 평화적 공존의 모색의 방법으로 주장되어지는 다문화주의도 그러한 문제의식과 인식에서 출발하였다고 볼 수 있다.

한국사회는 많은 이주자들로 인하여 이전에 없었던 새로운 경험을 하고 있으며, 어떠한 방식으로 이들과 같은 공간에서 살아가야 할 것인지에 대한 도전을 받고 있다. 하지만 한국사회에 이주자들이 단기간에 급증한 이유가 단순히 한국의 경제발전과 생활환경의 개선에 따라 그러하지 못한 인접 국가의 국민들에게 이주의 욕구를 야기하였고 그에 따라 외국인들이 한국을 선호하여 한국에 입국하여 발생하였다는 단면적인 이해는 옳지 않다. 오히려 사람의 초국간 이동은 한국만의 특수한 사정이 아니며, 탈냉전 이후 본격화된 세계화의 현상과 그에 따른 전 지구적인 현상으로 보고, 한국도 그러한 세계화의 흐름과 영향 속에서 인접국가의 국민들에게 이주의 유력한 후보지로 선택되었다고 본다. 이같은 한국사회에 최근 단기간에 급격히 증가한 이주 노동자, 재외동포³⁾, 결혼이주자, 유학생, 외국배경 국민들로 대표되는 집단을 이주자로 이해하고 기존의 한국사회가 이들을 어떠한 태도를 가지고 대하고 있는지, 어떻게 대하는 것이 바람직한 것인지를 이해의 출발점으로 한다. 하지만 세계화의 개념과 원인, 전망 등에 대한 논의는 기존의 문헌들을 참조하고⁴⁾ 여기서는 세계화에 따른 사람의 초국가적 이동이 증가하였다는 것을 현상으로 이해한다. 한국사회가 이주민에 대한 어떠한 태도를 취할 것인지에 대한 모색을 다문화주의 입장에서 찾는 것을 목적으로 한다. 이를 위해서 다문화주의에 대한 이론적 이해와 다문화주의가 한국사회에서 어떻게 법제와 정책에 적용되었는지에 대한 소개 및 비판을 하고, 이어서 이주자를 수용하는데 있어서 다문화주의가 적절하

2) 예를 들면, 1990년 12월 18일 UN총회에서 채택된 ‘모든 이주노동자와 그들 가족의 권리보장에 관한 국제협약’의 경우 유출국에 해당하는 국가들은 이 협약을 적극적으로 서명하고 비준한 반면에, 유입국에 해당하는 국가들은 서명과 비준을 거부하고 있다. 대한민국도 이 협약에 대하여 서명하지 않고 있는 상태이다.

3) 이들도 국적이 대한민국이 아니므로 외국인으로서의 지위를 가지므로 이주자의 범주에 포함시켜서 이해하여야 한다. 재외 동포법은 외국인이지만 혈연을 지표로 하여 대한민국 국민과의 유대가 그러하지 아니한 외국인에 비하여 밀접하다는 것(민족)을 이유로 하여 대한민국에서의 거주와 활동에 우대를 하고 있는 성격을 가지고 있다.

4) 예를 들면, 김준호, 세계화: 이론적 재 조망, 인문학연구 제20집, 65쪽 이하; 스티븐 카슬/마크 J. 밀러, 이주의 시대, 한국이민학회(역), 일조각 2013 등.

다면, 이를 헌법을 비롯한 법 정책적 입장에서 어떻게 개선될 수 있는지를 찾고자 한다.

II. 세계화와 다문화주의

1. 세계화

1) 세계화의 의의

세계화(Globalization)란 국민국가를 포함하여 국가단위를 초월한 초국적 행위자(예: 국제기구, 다국적 기업 등) 등을 포함하는 비정부기구, 대체정부조직, 개별 시민들이 국경을 넘어 정치, 경제, 문화적 교환과 교류를 하는 것을 의미한다.⁵⁾ 그에 반하여 국제화(Internationalization)는 국민국가를 바탕으로 하여 국민국가 사이의 교류가 증대되는 현상을 의미한다. 국제화가 국가의 ‘영토’를 기초로 하는 반면에 세계화는 ‘탈영토’를 특징으로 하면서 국가를 비롯한 다양한 행위자가 기초가 되어 있다는 특징을 가진다. 세계화를 촉진한 것은 정보통신 및 교통수단의 획기적인 발달과 같은 물리적인 요인이지만 이와 함께 국경을 비롯한 경계 허물기를 위한 의식적인 정치적 결정들의 산물이라고 볼 수 있다.⁶⁾ 보다 강화된 연계와 부분적 융합은 탈 국민국가화⁷⁾(Entnationalstaatlichung)를 초래하였으며 그 결과 수많은 사람들이 행운을 좇아 보다 살기 좋은 문화권으로 이주를 시도하고⁸⁾, 개별 국가경제는 세계경제 속으로 편입이 되었으며 국민문화(die nationale Kultur)가 국가를 넘어서 세계 문화로 기획되어 퍼져나가게 되었다. 한편 세계화는 동시에 기후변화, 금융위기, 세계화된 범죄와 테러 등 새로운 위험상태를 조성하고 있다.

하지만 세계화의 본질과 개념에 대해서는 다양한 입장이 존재하고 있다. 세계화를 국민국가의 자기결정권에 대한 위협으로 보는 입장이 있다. 이 주장은 다시 다음과 같은 주장들로 나누어 질 수 있다. 첫째, 세계화가 역사상 유래를 찾을 수 없는 정치와 군사의 결합을 배경

5) 김준호, 위의 논문, 68쪽.

6) Armin von Bogdandy, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts. ZaöRV 2003, S. 856.

7) 기라타니 고진은 자본주의의 세계화에 의해 국민국가가 해체될 것이라는 전망에 대해 비판을 하고 있다. 그는 자본주의의 전지구화(신자유주의)로 각국의 경제가 압박을 당하면, 국가에 의한 보호(재분배)를 요구하고 국가적인 문화적 동일성이나 지역경제 보호 등으로 향하게 된다고 주장한다. 기라타니 고진, 일본정신의 기원, 송태욱(역), Imagine 2003, 46쪽 이하 참조. 세계화를 가능케 한 요인은 동시에 중앙에 의한 국민국가의 동질화 작업 등을 통하여 국가가 이전보다 오히려 더욱 중앙 중심적으로 변하고 있다는 사실도 주목하여야 한다.

8) 스티븐 카슬/마크 J. 밀러, 이주의 시대, 한국이민학회(역), 일조각 2013. 500-502쪽.

으로 하는 미국의 신자유주의 경제모델의 세계의 확산과 자본으로 무장한 문화의 확산이라는 주장이 있다.⁹⁾ 둘째, 자본 이익의 극대화를 위한 새로운 시장의 정복과 그러한 이익을 저지하는 장애물인 사회국가적 시스템을 허무는 것이며, 특히 서구의 국가와 기업들을 위한 약소국의 식민 경제적 종속을 내용으로 하는 19-20세기 초의 제국주의의 연장으로 보는 시각이 있다.¹⁰⁾ 이러한 시각에 따르면 세계화에 따라 국가가 쇠퇴하기보다는 특정 이익을 관철하기 위한 가장 중요한 조직으로 여겨지게 된다. 셋째, 국민국가적 제도들의 약화로서 세계화를 이해하는 견해가 있다. 초국가적으로 조직되고 운영되는 사회적 행위자, 특히 경제적 행위자들에 의해서 단일 국가의 정치 제도의 관철력이 약화되어 가는 것을 내용으로 한다는 것이다.¹¹⁾

세계화를 긍정적 또는 최소한 중립적으로 바라보는 입장은 세계화를 민주주의화의 도구로서 바라보는 시각이다. 이 주장들은 첫째, 세계화가 자유민주주의 모델의 승리로 보고 시장 경제 진영이 광범위한 자유교역과 포괄적인 정보 전달적 자유의 민주적 효과를 보여준 것이라고 본다. 이러한 주장에 따르면 세계화에 따른 압력이 다수 소비자의 이익을 해하는 개별 국가의 비이성적인 결정을 저지하는 긍정적인 효과를 가져 오므로 세계화가 부정적이거나 반민주주의적인 것이 아니라고 한다.¹²⁾ 둘째, 세계화가 ‘국제법의 헌법화’(Konstitutionalisierung des Völkerrechts)처럼 보편적인 국제규범을 통하여 개별국가들의 정부체계를 표준화하고 상호 관계를 강화시키는 과정을 거치면서 독재체제에 대한 효과적인 제어수단이 됨과 동시에 민주주의적 지배형태의 개선과 유지를 위해 기능¹³⁾한다는 주장들로 나누어 볼 수 있다. 그 밖에 세계화는 단지 하나의 허상에 불과하다는 주장도 있다. 이 주장은 세계화가 국민국가의 약화를 야기하였다고는 하지만, 실제로는 국민국가가 여전히 분배와 안전 등과 같은 본질적인 결정들을 담당하고 있다고 한다.¹⁴⁾

세계화(Globalization)를 어떻게 이해하던 21세기 현대 세계는 이전의 시대에서 경험하거나

⁹⁾ R. Rilling, ‘American Empire’ als Wille und Vorstellung. Die neue große Strategie der Regierung Bush, in: RLS-Standpunkte 5 (2003) 1 ff.(Armin von Bogdandy, a.a.O., ZaöRV 2003, S. 861 rezit.).

¹⁰⁾ A. Anghie, Time Present and Time Past: Globalization, International Financial Institutions, and the Third World, N.Y.U. Journal of International Law and Politics 32, pp. 246(Armin von Bogdandy, a.a.O., ZaöRV 2003, S. 862 rezit.).

¹¹⁾ J. t. Mathew, Power Shift, Foreign Affairs 1997, pp. 50(Armin von Bogdandy, a.a.O., ZaöRV 2003, S. 863 재인용)

¹²⁾ W. Meng, Gedanken zur Frage unmittelbarer Anwendung von WTO-Recht in der EG, in: FS für Rudolf Bernhardt, 1995, S. 1063, S. 1080 ff.

¹³⁾ Ekkerhart Stein, International Integration and Democracy: No Love at First Sight, AJIL 95 (2001), S. 489.

¹⁴⁾ Siehe, A. von Bogdany, a.a.O., S. 855.

사고하지 못하였던 경험들을 사람들에게 가져다주었다. 철옹성이라 여겨졌던 국민국가의 정체성과 독자성, 영토와 국민, 주권 등에 대한 사고의 변화가 불가피하게 되었다. 세계화는 국내·외의 사회관계를 확장시켰으며, 특정 지역성의 해체와 보편화가 이루어지고 있다. 세계화에 따른 교류의 확대와 기술, 문화, 정치체계의 보편화와 확산은 개별 국가에서 고립되어 살아오던 사람들에게 세계로 나아가는 기회를 제공하였다. 이러한 변화는 개별 국가내부의 사회변혁을 초래하거나 최소한 요구를 하고 있다. 세계화는 선진국의 경우 낮은 사망률과 출산율, 기대수명의 증가를 가져왔으며 제3세계 국가는 급격한 인구증가가 일어나면서 전 지구적인 급격한 인구학적 변동에 영향을 미쳤다. 선진국과 제3세계 국가의 인구학적 변동, 산업·경제구조, 생활수준의 차이는 보다 나은 생활환경을 찾고자 하는 사람들에게 이동을 위한 중요한 계기를 제공한다. 세계화에 따른 교통, 통신 등의 발달과 시장의 초국가화, 탈영토화는 자신의 노동을 보다 좋은 조건에서 판매하고자 하는 제3세계 국가의 사람들이 좋은 조건에 양질의 노동력 또는 부족한 노동력을 보충하려는 선진국으로 이동하는 것을 용이하게 하여 주었다. 노동이 이동하는 것은 결국 문화적 배경을 달리하는 사람이 이동하는 것이므로 사람이 떠나버린 사회는 물론 ‘노동자’인 사람이 유입되는 사회 전반에 걸친 원주 집단과의 경쟁과 갈등이 발생할 가능성이 높아진다. 유입 사회는 이전에 생각하지 않았던, 생각할 필요가 없었던 새로운 문제로서 신규 유입자에 대한 태도와 이들과 공존할 방식을 모색할 것이 강요된다. 결국 세계화는 사람의 이동을 통해서 가장 현실적으로 인식이 된다.

2) 세계화와 사람의 초국가적(超國家的) 이동

세계화의 의의와 개념에 대한 다양한 입장에도 불구하고 동의할 수 있는 사실들은 1980년대 이후 세계는 이전의 시대와는 비교할 수 없는 정도로 빠른 기술과 교통 등의 혁명을 겪었고, 그에 따라 19세기 유산으로서의 파편화되고 독립적이었던 국민국가들이 서로 밀접한 연관을 맺게 되었다는 점이다. 이러한 관계의 밀접화에 따라 각 국가의 사람들의 대량 이동이 용이해졌다. 교통수단, 기술발달, 문화변동으로 인하여 사람들은 국경을 넘어 사고하는 것을 당연한 일로 여기게 되었고, 온갖 다양한 이유로 빈번하게 국경을 넘고 있다.¹⁵⁾ 이러한 사람의 국가간 이동과 접촉은 이러한 영향을 받는 모든 국가들에게 새로운 과제를 던져주었다. 특히, 서양제국 또는 아시아의 다른 국가의 식민지배로부터 벗어나 새로운 국민국가를 형성해 나가던 아시아의 많은 국가들은 세계화의 물결 속에 자국민의 유출과 구에 대한 반작용으로 인하여 사회 전반에 걸친 충격을 해소하는데 어려움을 겪기도 한다. 반면에 경제적 발전에 성공한 아시아의 국가들은 인접국의 이주자로 인하여 이들에 대한 관리의 어려움을

15) 스티븐 카슬/마크 J. 밀러, 위의 책, 500-502 쪽

격고 있다. 특히, 이들 경제적 발전 국가들이 단일혈통과 민족이데올로기에 기초하여 성립된 국민국가들의 경우, 문화적 배경이 다른 이주자들의 대량유입으로 자국의 정체성유지와 변화의 사이에서 어려움을 겪고 있다.

아시아 내부의 이주를 바라보는 시각은 대체적으로 이주자의 수는 물론 이주동기와 원인을 비롯한 양상이 매우 복잡해지고 있음에도 불구하고 이에 대한 효과적인 대응이 잘 이루어지지 않고 있다고 평가되고 있다.¹⁶⁾ 가장 중요한 이유는 각 국가들이 처한 입장이 매우 다르고 그에 따른 장기적 계획이 없다는 것이다. 사람의 이동은 정부의 노동정책뿐만 아니라 사용자, 이주민, 이주 산업 등 주요 관련자들의 행위가 모두 관여한다. 그런데 그 가운데에서도 아시아지역에서는 중개업자와 브로커가 중요한 역할을 하며 비합법적 이동이 매우 많다.¹⁷⁾ 또한 한국의 경우도 몇몇 국가에서 나타나는 것 같은 이주관리상의 허점과 외국인 노동자에 대한 강력한 통제, 영주 및 가족 재결합 금지, 노동자의 권리 거부 등이 이주자와 원주사회와의 갈등원인이 되거나 가능성이 예상된다. 한국을 비롯한 아시아국가의 이주민 정착에 관한 지배적인 원칙을 요약하면 다음과 같은 점들이 공통점으로 파악이 된다. 첫째, 이주는 국민국가에서는 긍정적이지 않은 만큼, 오직 임시방편일 뿐이다. 둘째, 이민정책은 이주관리가 아니라 통제와 관련되어야 한다. 셋째, 이주민에게 정주를 허용해서는 안 된다. 넷째, 외국인 체류자에게 시민권을 제공해서는 안 된다. 다섯째, 국민 문화와 정체성은 외부 영향에 따라 변경되어서는 안 된다.¹⁸⁾ 한국의 경우는 다섯 번째의 원칙을 가장 상위원칙으로 하고 다른 나머지를 세부 원칙 또는 방향으로 하고 있다고 본다.

한국의 경우도 1990년대 이후의 경제발전, 1997년 이후의 IMF, 2008년경의 국제금융위기 등 세계화의 한 복판에 있는 국가 중의 하나이다. 1990년대 이후의 경제발전은 인접국가인 중국인의 대량이주, 특히 같은 언어를 사용하는 조선족의 대량이주와, 동남아시아 여성들의 결혼이주와 동남아 출신 노동자의 대량유입 및 유학희망지로서 많은 유학생들로 하여금 한국으로 이주하거나 체류하게 하는 중요한 요인이 되었다. 한국은 하나의 민족적 정체성을 강조하는 대표적인 국민(민족)국가로서 단기간에 걸쳐서 대량으로 유입되는 외국인과 원주집단의 정체성 인식간의 경쟁이 생겨나고 있는 국가이다. 한국정부는 새로운 도전에 대응하기 위한 법체제와 정책을 매우 신속히 마련하고 대응을 하여 왔으나 다른 아시아 국가들의 경우와 같이 준비는 물론 진행과정에서 다수의 문제점을 나타내고 있다.

16) 스티븐 카슬/마크 J. 밀러, 앞의 책, 259쪽 이하.

17) 우리의 결혼중개업법 개정과정에서 제기된 문제들을 살펴보면 이러한 점이 두드러지게 나타난다.

18) 스티븐 카슬/마크 J. 밀러, 앞의 책, 243쪽.

2. 다문화주의의 의의

1) 다문화주의의 의의

다문화주의는 본래 한 국가 내에 문화적 배경과 표지를 달리하는 여러 집단(ethnic group)이 어떻게 공존하여야 하는지에 대한 물음으로부터 시작되었다. 서로 다른 집단들이 동일한 영역 내에서 한정된 자원을 놓고 살아가는 방식은 다양하게 나타날 수밖에 없다는 것을 역사 속에서 경험하였다. 집단 간의 극단적인 배타적 관계, 특정 집단의 타 집단에 대한 일방적 지배·복종관계로, 긴장을 잠복한 상태에서의 주요 집단의 대등한 관계, 거의 대등한 관계가 형성된 공동체 등 수많은 경험들이 인류역사를 통해 나타났다. 다문화주의는 한 영역 내에서 각 종족들이 갈등과 충돌을 회피하면서도 집단 간의 서로의 고유성을 유지한 채 대등한 관계를 유지하면서 공존하기 위함을 목표로 하여 구상된 일종의 정치철학적인 주장의 하나이다.¹⁹⁾ 특히 국가의 측면에서의 다문화주의는 법제도와 정책을 통해서 그러한 주장을 구현하는 것을 말한다.²⁰⁾ 다문화주의는 공동체 내에서 다른 집단의 정체성과 독자성을 인정하는 점에서 소수 집단 또는 유입집단으로 하여금 본래의 문화적 표지를 포기하고 다수 내지 원주 집단으로의 동일화를 요구하거나 유도하는 동화주의(Assimilation)와는 구별이 된다.²¹⁾

다문화주의(multiculturalism)는 이주자들이 원주사회의 기본적인 가치에 대해 순응하면서 그들 고유의 문화, 종교 및 언어를 포기하지 않은 채 원주 사회의 모든 영역에 동등하게 참여할 수 있어야 한다는 것을 주장한다. 이러한 다문화주의에도 크게 두 가지 유형을 볼 수가 있다. 첫 번째 형태로 국가 또는 공공영역이 다문화주의의 실현을 위한 적극적 조치를 하지 않는 방식의 소극적 다문화주의이다. 대표적인 국가가 미국이다. 미국은 다문화주의 보다는 동화주의 입장에 있다고 볼 수는 있으나, 다문화주의는 물론 동화주의 입장에 기초한 어떠한 구체적인 공공정책을 실시하지 않고 있다는 특징이 있다. 미국의 경우 문화 다양성과 종족 공동체의 존재가 공식적으로 인정되나 사회정의를 위한 일이나 소수자 문화유지를 지원하는 것은 국가의 역할이 아니며 사회의 자율적 사항이라고 본다. 결국, 소수자, 이주자 집단이 다

19) 전형권, '다문화주의의 정치사상적 쟁점', 21세기 정치학회보 제24집 제1호, 251쪽 - '전통적으로 다문화주의의 유형은 크게 자유주의적 다문화주의, 공동체주의적 다문화주의, 공화주의적 다문화주의로 나누어 볼 수 있다'고 한다.

20) 전형권, '위의 논문, 249쪽 이하.

21) 미국을 동화주의를 취하는 대표적인 국가로 이해하고 있다. 그러나 미국의 경우는 유입인 또는 집단에 대하여 정부가 적극적으로 어떠한 법제도 또는 정책을 실시하지 않는다. 유입집단 스스로 원주 집단에 동화되는 과정을 보여주고 있는데 이를 다문화주의와 대비되는 입장으로 동화주의에 속한다고 볼 수 있는지는 의문이다.

수자 또는 원주 사회에 스스로 동화되도록 국가는 방임한다. 두 번째 형태는 공공정책으로서의 다문화주의이다. 여기서 다문화주의는 문화적 차이를 수용하려는 다수 집단의 의지와 소수자에게 동등한 권리를 보장해 주기 위한 국가의 모든 조치를 의미한다. 이러한 유형의 대표적인 국가는 캐나다이며, 이후 캐나다에서 유래한 다문화주의는 1970-1990년대 호주, 영국, 네덜란드, 스웨덴에서 다양한 유형으로 채택되었다.²²⁾ 그러나 캐나다의 다문화주의는 처음에는 이주자의 수용이라는 과제보다는 캐나다를 구성하고 있는 퀘벡주와 같은 프랑스어 문화집단인 소수집단과 영어 문화집단인 다수의 주 사이에서 발생한 갈등을 해소하기 위해서 출발하였다. 이후 캐나다에 많은 이주자, 특히 아시아계 이주자들이 증가하면서 다문화주의는 더 복합적인 양상을 띠게 되었다. 그 밖의 국가들도 각국이 기원과 사정에 따라 특수한 면을 보여주고 있으나 대체적으로 캐나다의 영향을 받아서 다문화주의를 채택하였다.²³⁾ 예를 들면, 호주의 경우 원주민과 주류를 차지하는 영어문화권의 주민, 이후는 아시아계 이주자들과의 관계가 다문화주의의 정책대상이 되었다.

2) 다문화주의 주장과 쟁점

다문화주의를 통해서 공존하게 되는 종족집단 사이의 관계에서 주도적 또는 다수집단에 대응하는 수동적 내지 소수집단의 공존의 근거와 당위성에 관련해서는 다문화주의를 주장하는 입장 내부에서도 주장이 갈린다. 다문화주의가 처음으로 주요한 쟁점으로 등장했던 곳은 캐나다로 알려지고 있다. 캐나다의 퀘벡 주는 프랑스어를 사용하는 프랑스어 종족집단이 주류인 주로서 영어를 사용하는 다른 주에 비해서 소수집단에 해당한다. 1970년대에 퀘벡 주는 캐나다 연방에서 탈퇴하여 프랑스계가 중심이 되어 독자적인 국가를 건설하여야 한다는 분리·독립주장이 정치적 쟁점이 되어 캐나다 전체가 소용돌이에 휩싸였다. 이러한 와중에 퀘벡 주의 분리·독립과 그에 따른 캐나다연방의 붕괴가 퀘벡 주는 물론 다른 캐나다의 주들에게 긍정적이지 않다는 주장이 대두되면서 서로 공존할 수 있는 정치적 방안들이 주장되었다. 다문화주의는 바로 그러한 배경 하에서 프랑스어와 영어를 사용하는 문화적 종족집단(ethnic)이 어떻게 캐나다라는 연방을 유지한 채 공존할 수 있는 가에 대한 방안 중 하나로 주장이 되었다.²⁴⁾

22) 스티븐 카슬/마크 J. 밀러, *이주의 시대*, 한국이민학회(역), 일조각 2013. 420쪽.

23) 2001년 9.11. 테러 이후 독일을 비롯한 유럽의 여러 국가들이 자국 내의 이주자, 특히 이슬람 문화권의 이주자들에 대한 다문화주의적 통합정책에 대한 회의를 ‘다문화주의가 종말을 고했다’라는 말로 표현하기도 하였다.

24) 테일러(C. Taylor)와 킴리카(W. Kymlicka)가 각각 다문화주의 논지를 펼치고 있는 주요 저서와 논문들의 주요 쟁점이 언어를 중심으로 하여 펼쳐진다. Charles Taylor, *Multiculturalism*, Amy Gutmann(ed.), Princeton Univ. Press 1994; Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, 장동진(역), 다

이러한 다문화주의 주장의 핵심에는 헤겔의 입장을 계승한 공동체주의 정치철학자인 찰스 테일러의 주장이 자리 잡고 있다. 다문화주의를 주장하지만 그 정치철학적 배경을 달리하는 윌 킴리카의 자유주의적 입장에 기초한 다문화주의도 대두되었다. 테일러는 헤겔에 이론적 기초를 대고 있는 공동체주의 입장에서 인간이 지닌 상호주관적 성격을 토대로 정체성의 형성과 인정문제의 연관성을 분석하고 있다.²⁵⁾ 테일러는 다양성 문화에 대한 사실적 인정과 더불어 다양한 문화가 지닌 각각의 고유한 가치에 대한 인정을 전제하는데 이에 따르면 낮은 문화와의 관계에서 개방성을 요구하게 된다.²⁶⁾ 이에 반하여 근대 개인적 자유주의에 기초하여 다문화주의를 이해하는 킴리카는 개인의 자유를 결정짓는 조건이 문화라는 입장에서 자유주의와 다문화주의의 결합을 시도하였다.²⁷⁾ 킴리카는 인종문화적 및 민족적 집단들의 요구 중 많은 것들²⁸⁾이 개인적 자유와 사회적 정의라는 자유주의원칙들과 양립할 수 있음을 입증하려고 하였다. 킴리카는 이러한 문제들은 너무도 복잡하여 궁극적 의미에서 해결될 수 없지만, 일정 수준의 선의를 가정한다면 평화적으로 그리고 공정하게 관리될 수 있을 것으로 보고 있다.²⁹⁾ 소수자집단의 권리가 다수집단의 권리를 위해 억압되거나 지배되어서는 아니 되며 ‘집단 간 평등’과 ‘집단 내부의 자유와 평등’이 보장되도록 하는 것이 자유주의자들의 의무라고 주장한다.³⁰⁾ 그리고 이렇게 하는 이유는 평등한 개인이 자율성을 방해 받지 아니하고 자신의 삶을 형성할 수 있는 것이 좋은 삶이기 때문이라고 한다.³¹⁾ 시민들이 각자가 추구하는 좋은 삶을 위한 기초로서 평등한 개인의 자율성을 획득하기 위해서는 시민적, 사회적, 정치적 권리뿐만 아니라 문화적 컨텍스트가 필수적인 전제이며, 따라서 이러한 문화적 컨텍스트를 보호하여야만 하여야 한다.³²⁾

‘차이의 인정’과 ‘승인의 정치’로 대표되는 공동체주의적 철학에 기초를 둔 테일러의 다문화주의는 이상적이기는 하지만 많은 전제와 조건들이 선행되어야 하는 어려움이 있으며, 다수문화집단(대개는 원주 집단)과 소수문화집단(주로 이주자 집단)간의 정치, 사회, 문화, 경제적 힘의 차이를 간과하고 있어서 비현실적이라는 비판이 있다.³³⁾ 차이의 정치를 옹호하기는

문화주의 시민권, 동명사 2010 참조.

25) 정미라, ‘문화다원주의와 인정윤리학’, 범한철학 제36집, 217쪽 이하; 전형권, 앞의 논문, 257쪽 이하.

26) 정미라, 위의 논문, 227쪽 참조.

27) Will Kymlicka, 앞의 책, 400쪽에서 명백히 하고 있다.; 설 훈, ‘킴리카(Kymlicka)이 자유주의적 다문화주의에 대한 비판적 고찰’, 한국정치학회보 제44집 제1호, 60쪽 이하도 참조.

28) 예를 든다면, 언어, 종교 등의 독자성 등.

29) Will Kymlicka, 위의 책, 400쪽.

30) Will Kymlicka, 위의 책, 400쪽.

31) 설 훈, 위의 논문, 63쪽.

32) 설 훈, 위의 논문, 63쪽.

33) 발터 레제-쉐퍼, ‘찰스 테일러의 원자적 개인에 대한 비판’, 서운호(역), 서울대학교 법학 제46

하지만 이러한 이유가 개인의 자율성과 자유의 증진을 추구하는 자유주의적 철학에 기초를 둔 킴리카의 다문화주의에 대해서는 주류, 다수문화집단이 소수문화집단을 승인하는 이유는 결국 다수문화집단의 개인의 자율성을 확보하고 이를 통한 자유의 확보와 향유를 위한 필요에 기초하여 소수문화집단을 승인하는 또는 관용하는 것이 그치게 되어 처음부터 양 문화집단은 ‘차이’가 있을 수밖에 없으며 승인의 정도도 다수문화집단에 의해서 일방적으로 결정되게 되고, 이는 결국 다수문화집단과 소수문화집단의 자유는 서로 본질적으로 다를 수밖에 없다는 지적이 있다.³⁴⁾

3) 문화다양성과 다문화주의

(1) 문화다양성

당초 문화다양성은 전 세계 다양한 문화집단의 고유한 정체성이 그 자체로 인정되고 보존될 때만이 인류가 건강하게 발전할 수 있다는 사고에서 발전하였으며, 이러한 논의를 유네스코가 적극적으로 수용해 2001년 11월에 열린 제31차 총회에서 ‘세계문화다양성 선언’(Universal Declaration on Cultural Diversity)을 채택하였다. 이 선언 제1조는 문화다양성에 대하여 “문화는 시간과 공간에 따라 다양하게 나타난다. 이러한 다양성은 인류를 구성하고 있는 각각의 집단과 사회의 독특함과 다원성 속에서 구현된다. 생물다양성이 자연에 필요한 것과 같이 교류, 혁신, 창조성의 근원으로서 문화다양성은 인류에게 필요한 것이다. 이러한 의미에서 문화다양성은 인류 공동의 유산이며 현재와 미래 세대를 위한 혜택으로서 인식되고 확인되어야 한다.” 이러한 입장은 유네스코의 “문화다양성 협약”의 전문에서 다시 한 번 확인된다. 문화다양성 협약은 2005년 제33차 총회에서 채택되었고, 2007년 3월 18일에 발효되었다. 이 협약은 문화다양성이 인류의 기본적인 특성이며 지속가능한 발전의 원천이고 국내·국제적 차원에서 평화와 안전을 위해 필수불가결한 요소라는 인식을 바탕으로 하고 있다. 협약의 기본 목적은 ‘문화 간 대화 장려와 문화상호성 강화’, ‘문화적 표현의 다양성에 대한 존중의식을 높이기 위한 국내·국제적 인식증진 및 활동’, ‘정체성과 가치 및 의미를 전달하는 수단으로서의 문화 활동과 상품에 대한 인식’과 더불어 ‘개도국의 역량 강화를 위한 국제적 연대강화’와 ‘문화적 표현의 다양성을 보호하기 위한 개별국가의 주권적 권리’를 재확인하는 것이다.³⁵⁾

유네스코의 「문화적 표현의 다양성 보호와 증진에 관한 협약」 이행을 위하여 문화다양성

권 제2호, 407쪽.

34) 설 훈, 위의 논문, 64쪽 이하 참조.

35) 정갑영, 문화다양성협약 실행을 위한 문화정책과제 및 교류협력사업 개발연구, 한국문화관광연구원, 2007, 23쪽 이하 참조.

의 보호 및 증진에 관한 정책수립 및 시행 등에 관한 기본사항을 규정함으로써 개인의 문화적 삶의 질을 향상시키고 문화다양성에 기초한 사회통합과 새로운 문화 창조에 이바지하는 것을 목적으로 하는 ‘문화다양성의 보호와 증진에 관한 법률’(2014.5.28.공포, 2014.11.29. 시행)이 제정되었다. 이 법률에 따르면 ‘문화다양성’이란 “문화다양성”이란 집단과 사회의 문화가 집단과 사회 간 그리고 집단과 사회 내에 전하여지는 다양한 방식으로 표현되는 것을 말하며, 그 수단과 기법에 관계없이 인류의 문화유산이 표현, 진흥, 전달되는 데에 사용되는 방법의 다양성과 예술적 창작, 생산, 보급, 유통, 향유 방식 등에서의 다양성을 포함한다(고 정의하고 있다(법 제2조 제1호). 또한 ”문화적 표현“이란 개인, 집단, 사회의 창의성에서 비롯된 표현으로서 문화적 정체성에서 유래하거나 문화적 정체성을 표현하는 상징적 의미, 예술적 영역 및 문화적 가치를 지니는 것을 말한다(법 제2조 제2호). 해당 법률은 유네스코의 「문화적 표현의 다양성 보호와 증진에 관한 협약」의 국내 이행을 위한 기본적인 법률로서의 성격을 가진다.

(2) 문화다양성과 다문화주의와의 관계

문화다양성의 보호와 증진의 취지는 다문화주의가 목표하는 방향에서 일정 부분 유사성을 가진다고 판단할 수 있다. 문화다양성은 ‘집단과 사회의 문화가 집단과 사회 간 그리고 집단과 사회 내에 전하여지는 다양한 방식으로 표현되는 것으로서 이러한 다양성은 인류를 구성하고 있는 각각의 집단과 사회의 독특함과 다원성 속에서 구현된다.’(협약 제1조)는 것을 내용으로 한다. 다문화주의는 자국 내의 외국인과 이주민의 문화적 배경과 정체성을 승인하거나 인정하여 이들로 하여금 원주 집단과 공존하는 것을 내용으로 한다는 점에서 일정 부분 상호 연관성이 있다고 본다. 그러한 면에서 다른 문화적 배경을 가진 이주민이 원주 집단의 지배적 문화에 동질화될 것을 내용으로 하는 동화주의는 문화다양성과는 양립하기 어렵다고 생각한다.

문화다양성 협약이 유엔의 차원에서 국제사회에 공통된 지침으로서 기능한다면 다문화주의는 개별 국가적 차원에서 기능한다는 차이점이 있다. 그러나 그러함에도 불구하고 문화다양성 협약이 각 개별국가의 다문화주의 법제와 정책의 법원 또는 정당화 근거의 지위를 가지는 것은 아니다. 개별 국가들의 다문화주의적 법제와 정책들이 해당 국가별로 관계를 가지면서 유사성을 찾아나갈 수 있다고 한다면 문화다양성 협약이 그 목적에서 다루고 상태에 도달할 수 있을 것으로 보인다. 하지만, 이는 어디까지나 그러할 가능성을 의미하는 것에 그칠 뿐 개별국가가 협약에 구속된다는 의미는 아니다.

3. 세계화와 다문화주의의 관계

세계화와 다문화주의는 직접적인 개념적 연관성을 가지고 있지는 아니하다. 그러나 제2차 세계대전 이후에 나타나 세계화의 경향에 따라 나타난 자본의 이동과 노동시장의 국제화가 보다 낮은 삶을 찾아 국제적으로 이동하는 사람들의 국제적 이동을 증가시켰다. 이처럼 보다 낮은 노동조건을 찾아 다른 국가로 이주하는 사람들의 국제적 이동은 유출국가는 물론 유입 국가에게 많은 영향을 주었다. 문화적 배경을 달리하는 사람들의 대량 이동은 유입국에게는 이들의 수용과 관련한 정책의 수립이 강요되었다. 유출국의 경우도 자국 노동력의 해외시장으로의 이동으로 인한 사회구조의 변화, 경제적 환경의 변화 등을 겪었다. 그러나 노동이주 등에 따른 영향은 유출국보다는 유입국에 상대적으로 더 발생하였다. 특히, 유입 이주자가 장기체류 및 정주화하면서 이주 2,3세의 지위 및 생존도 추가적으로 중요한 문제로 대두되기에 이르렀다. 결국 세계화에 따른 사람의 이동이 결국은 많은 국가에서 외국인과 이주민에 대한 법제와 정책을 수립하게 하는 중요한 계기중의 하나가 되었다.

유입국의 지위에 있던 많은 국가들은 각 국가의 사정에 따라 다양한 이주정책을 실시하였다. 그 가운데 상당수의 국가는 이주민에 대한 다문화주의적 정책을 실시하였다. 이들 국가들이 당면한 외국인과 이주자에 대한 법제와 정책의 핵심쟁점은 이민자가 문화적 차이나 집단의 소속됨을 고려하지 않은 채 개인으로서 편입되어야 하는가, 아니면 함께 모여 살며, 고유의 문화, 언어, 종교를 유지하려는 종족집단으로서의 공동체로서 편입되어야 하는 것³⁶⁾이었다. 특히, 과거 식민제국주의를 추구하였던 영국이나 프랑스, 독일과 같은 국가들은 과거 식민국가의 국민들의 유입, 동유럽과 아시아 국가에서의 외국인의 유입과 정착을 위한 대책을 마련하면서 다문화주의적 정책을 펼 친 것으로 보인다.³⁷⁾

세계화의 원인과 영향, 이주자에 대한 정책으로서 여러 태도에도 불구하고 이러한 현상과 정책들의 출현에는 과거와는 규모와 내용을 달리하는 사람의 이동이 국제사회에 하나의 현상으로 나타났고, 각 국가들은 그에 대한 대책을 세울 수밖에 없다는 점은 인정하고 있다. 어떠한 국가가 그러한 대안과 정책가운데에서 어떤 것을 자국의 것으로 택할 것인지는 해당 국가의 몫일 수밖에 없다. 그러한 점에서 비추어 볼 때 한국이 이주자에 대한 방임적 태도를 가지는지, 다문화주의 정책을 택한 것인지, 동화주의를 택한 채 외양만 다문화주의를 택한 것인지, 아니면 어떠한 입장이 없이 대중적인 입장에만 머물러 있는지 살펴보아야만 한다.

36) 스티븐 카슬/마크 J. 밀러, 앞의 책, 416쪽.

37) 2000년대 중 후반부터 유럽국가에서 '다문화주의가 실패했다'는 주장에 대하여 유럽이 실시했다는 다문화주의는 진정한 의미의 다문화주의가 아니었다는 비판도 있다.

Ⅲ. 한국의 다문화주의

1. 한국에서의 다문화주의 담론³⁸⁾

1) 배경

장기간에 걸친 일본의 강점에 따른 영향으로 순혈주의와 민족주의적 성격이 강한 공화국으로 출범한 대한민국은 외국인, 특히 외국인을 국민 구성원으로 받아들이는데 상대적으로 소극적이었다. 외국인을 국민 구성원으로 승인하는 것을 내용으로 하는 국적법은 오랫동안 부계중심의 속인주의와 단일국적주의를 고수하였으며³⁹⁾ 이러한 입장은 외국인이 본격적으로 한국에 유입되기 시작하던 때인 1990년대 후반에 가서야 다소의 변화가 있었다.⁴⁰⁾⁴¹⁾ 1990년대 한국의 경제가 활성화되면서 부족한 노동력의 해결을 위하여 산업연수생제도가 도입·실시되면서 많은 외국인들이 한국에 유입되었다.⁴²⁾ 또한 급속한 도시화, 혼인연령의 증가 및 농어촌의 변화는 농어촌 출신 남성들의 혼인 기회의 위축을 야기하였다, 농어촌 남성들은 결혼중개업자들의 알선을 통하여 주로 중국과 동남아시아 출신 여성들과 혼인을 하면서 이른바 ‘결혼이민자’의 수가 급증하였다. 1990년대의 한국의 경제 활성화는 마침 1992년 중국과의 외교관계의 수립에 따라 한국계 중국인들에게 새로운 기회가 되었다. 조선 말기부터 일제

38) 2008년 이전까지의 다문화관련 연구현황을 정리한 것으로는 전영준, ‘한국의 다문화연구 현황’, 다문화콘텐츠연구 제1호, 108쪽 이하 참조; 이후 2013년까지는 이해경, ‘국제이주·다문화연구의 동향과 전망’, 한국사회 제15집 제1호(2014) 참조; 전형권, 앞의 논문도 참조.

39) 국적법 제정을 논의하던 제헌국회의 국적법관련 속기록을 살펴보면 순혈주의와 민족주의적 주장이 강하게 나타나고 있다. 또한 이러한 주장의 바탕에는 남성 중심의 사고가 자리 잡고 있다(외국인 처의 수반취득 등). 정인섭, ‘우리 국적법상 최초 국민 확정기준에 관한 검토’, 국제법학회논총 제43권 제2호; 김수자, ‘대한민국 정부수립 전후 국적법 제정 논의과정에 나타난 ‘국민’ 경계 설정’, 한국근현대사연구 2009년 여름호 제49집.

40) 1997년 국적법의 개정으로 출생에 의한 국적의 취득은 속인주의 원칙을 그대로 유지하면서 부·모 양계혈통주의로 바뀌었다. 부·모 양계혈통주의 개정은 1979년의 UN의 ‘여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약’(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)이 직접적인 계기가 되었다고 할 있다. 그러나 대한민국 국회는 1984년 이 협약을 비준하면서 협약 제9조 등을 유보하였는데 당시의 국적법은 협약 제9조를 정면으로 반하는 규정을 포함하고 있었기 때문이다(명순구 외, 국적과 법, 그 기원과 미래, 고려대학교 법학연구원 2010, 67쪽 이하 참조). 이후 헌법재판소는 개정 전 국적법(1997년)의 부계혈통주의에 따른 국적취득 조항을 위헌이라고 결정한 바가 있다. 현재 2000.8.31. 97헌가12.

41) 1997년 국적법의 개정이 외국인의 본격적 유입을 예상하고 이루어진 것은 아니지만, 이때를 기점으로 국적법을 비롯한 이주외국인이 적용대상이 되는 법률과 정책들이 새로이 마련되거나 정비되기 시작하였다.

42) 이 당시의 노동력 부족을 겪던 분야는 주로 3D업종이라고 하는 제조업 분야이다. 저임금과 열악한 노동환경, 위험한 작업 등을 국내 노동자들이 기피하면서 이들 분야에서 노동력의 부족이 발생하였다.

강점기 동안 한반도를 떠나 중국의 동북부 지방에 거주하고 있던 많은 조선족들이 한중과의 외교관계 수립에 따라 한국의 노동시장에 유입이 되었다.

외국인 노동자, 외국인과의 혼인 및 한국계 중국인들의 유입증가가 단기간에 걸쳐 일어나면서 이전 까지 상대적으로 외국인과의 접촉이 적었던 한국 사회에 상당한 영향을 주었다. 전통적 가부장적 질서가 상대적으로 깊게 유지되고 있는 농어촌 지역에서는 혼인을 통해 증가한 외국인 여성들과의 관계설정이 관심사가 되었다. 공업지역과 농공단지를 중심으로 하는 지역의 경우는 외국인 노동자가 증가하면서 언어와 생활문화의 상이함 등으로 사용자로서 한국인과 노동자로서 외국인으로 이루어지는 고용관계 등 노동현장에서의 갈등과 인권의 문제가 대두되었다. 또한 서울을 비롯한 대도시 주변의 서비스업종을 중심으로 한국인과 동일한 언어를 사용하지만 생활문화와 배경이 다른 한국계 중국인과의 접촉과 관계에서 나타난 긴장도 발생하였다. 최근에는 이른바 ‘다문화가족’의 자녀들이 성장함에 따라 이들의 사회 속에서의 자리매김에 관한 우려와 대책들이 논의되고 있다.

2) 법학계의 논의

법학분야에서도 다른 분야 보다는 다소 늦은 감이 있지만 헌법학을 중심으로 다문화와 다문화주의에 대한 관심을 가지고 연구를 하고 있다.⁴³⁾ 헌법학에서 논의된 다문화주의는 초기에는 헌법 제9조와 관련 지워서 문화국가원리의 틀 속에서 이해하려는 입장들이 있었다. 하지만 지금은 다문화 및 다문화주의는 그 대상이 외국인 및 외국계 이주민이라는 것을 확실히 하고 다문화주의를 문화의 틀 속에서만 파악하는 견해는 더 이상 찾아볼 수 없다. 오히려 법제도와 정책을 통해서 고착이 된 이른바 ‘다문화가족’과 그 구성원인 ‘결혼이민자’와 ‘자녀’들을 소수자로 보고, 평등권 측면에서 접근하는 입장을 보여주기도 한다.⁴⁴⁾ 외국인의 기본권 주체성 논의와 인정 되는 기본권과 해당 기본권의 보호 및 보장범위에 관한 논의들이 있다.⁴⁵⁾ 이주자의 대한민국 내의 체류자격과 국적에 관한 연구들도 보이고 있다.⁴⁶⁾ 또한 이주 외국인의 대부분을 차지하고 있는 외국인 근로자의 노동자의 노동자로서의 권리와 지위보장 문제에 초점을 맞추어 살펴보는 견해도 상당히 많이 보이고 있다. ‘난민법’이 ‘출입국관리법’에서 독립하여 단일법으로 제정되는 등⁴⁷⁾ 난민에 관한 쟁점도 상당히 부각되어 다루어지고

43) 최윤철, ‘다문화사회로의 변화에 따른 입법적 대응’, 저스티스 제134권 ; 김선택, ‘다문화사회와 헌법’, 헌법학연구 제16권 제2호; 류시조, ‘다문화사회와 자유권적 기본권’, 헌법학연구 제16권 제2호; 서운호, ‘다문화주의와 문화적 다양성’, 일감법학 제23호 등.

44) 최경옥, ‘한국에서의 다문화가정 아동의 교육권’, 공법학연구 제13권 제1호.

45) 김선택, 위의 논문.

46) 대표적인 것으로 이철우, ‘국적법의 세계적 동향과 한국의 현실’, 법과 사회 제46호 등.

47) 법률 제11298호, 2012. 10. 제정, 2013.7.1. 시행.

있다. 난민인정과 관련한 법원의 판례도 상당히 늘어나고 있는 점도 그러한 경향의 일환으로 생각된다. 또한 ‘출입국관리법’의 이른바 불법체류자에 대한 보호조치 및 강제출국조치의 적법성, 특히 적법절차원칙에 반하는지에 대한 지적이 있다. 국적도 ‘국적법’이 제한적 복수국적의 인정 등을 내용으로 하여 2010년 개정이 되면서 이주민의 증가와 국적취득 간의 쟁점들을 주목하고 있다. 노동법학계는 유입 외국인 노동자의 증가로 인하여 외국인 노동자의 근로조건과 외국인 노동자의 노동 3권의 국내 주장 등에 대한 관심을 가지고 연구를 하였다.⁴⁸⁾ 노동법계는 법학의 다른 분야보다 일찍, 그리고 전문적으로 외국인 노동자의 문제에 접근을 하였다. 그러나 외국인 노동자를 외국인으로서 보다는 노동자로서 보았고 또한 외국인 노동자의 정주가능성을 처음부터 부인하고 있는 한국의 관련 법제와 정책으로 인하여 외국인 노동자로 인하여 생겨난 문제들에 노동법적 시각에서 접근하는 것이 대부분이며 다문화주의적 입장에서의 본격적 논의는 전개하지는 않은 것으로 평가할 수 있다.⁴⁹⁾ 가족법을 중심으로 하는 민법분야에서는 다문화가족의 형성과 유지, 해체, 상속과 관련한 문제들을 연구의 대상으로 삼고 연구가 진행되고 있다.⁵⁰⁾

2. 입법 및 정책적 대응

1) 입법적 대응

입법자와 집행부는 외국인과 결혼이민자의 증가에 따라 한국사회에 외국인과 외국계 한국인의 비중이 높아지자 한국 사회가 다문화 사회로 변화하고 있다고 판단하고 이에 대한 대응을 시작한다. 2000년대에 들어서 노동자를 중심으로 하는 외국인 및 국제결혼 가정의 증가에 대한 대책을 마련하기 시작하였다. 1990년대 본격적으로 도입되던 외국인 산업연수생 제도가 인권침해 등 많은 문제를 야기하자⁵¹⁾ 이를 개선하고 노동력 공급을 안정적으로 유지하

48) 전운구, ‘차별금지에서 외국인 근로자의 법적 지위’, 노동법논총 제28집; 설동훈, ‘한국의 외국인노동자 제도개혁, 2003년: 산업연수제도와 고용허가제’, 지역사회학 제5권 제1호.

49) 우리 헌법은 노동자의 권리의 경우 다른 기본권 조항과 달리 ‘모든 국민’으로 시작하지 아니하고 ‘근로자’로 시작하면서 다른 기본권의 보장형식을 달리하고 있다. 따라서 이를 문언적으로 해석한다고 한다면 노동자의 권리의 경우는 국민과 외국인 등 국적을 구분하지 않고 있는 것으로 이해 할 수 있다. 따라서 외국인의 경우도 노동을 대가로 임금을 수령하는 경우에는 그 국적과 관계없이 노동자로서 노동자의 권리를 주장할 수 있다고 보는 한 외국인 노동자에 관해서 다문화주의적 입장을 전개할 필요는 없다고 생각한다.

50) 최봉경, 다문화가정에 관한 약간의 가족법적 문제점, 가족법연구 제25권 제2호; 문홍안, ‘결혼이주여성의 보호를 이한 현행 법제의 비판적 검토’, 가족법연구 제27권 제1호.

51) 현재 2007.8.30. 2004헌마670; 산업연수생의 근로자성을 인정한 대법원의 판례로서는 대법원 1995. 12. 22. 선고 95누2050 판결; 대법원 1997. 10. 10. 선고 97누10352 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다50034 판결.

고자 하는 법제를 마련하였다. 그러나 단순 노무형 외국인 노동자의 경우는 철저한 순환형 고용제도를 택하여 이들의 정주를 원천적으로 부정하는 법제도와 정책을 채택하였다.⁵²⁾ 다문화가족의 경우는 결혼이민자들을 중심으로 이들과 혼인하여 가족을 형성한 가족들이 한국사회에서 안정적 정착, 정주 및 가족생활의 지속을 위한 지원을 중심으로 하는 법제와 정책이 시행되었다.⁵³⁾ 재외동포의 지위와 지원에 관한 법률과 정책도 실시되고 있다. 재외동포로서 한국에 가장 많은 수를 차지하고 있는 재중 재외동포의 경우는 한국과 중국이 외교관계를 맺은 시기는 한국에 다수의 단순 노동력이 필요한 시기와 중복이 된다.⁵⁴⁾ 재외동포법이 재외동포에 대하여 입국 및 체류활동에 있어서 다른 외국인과는 구별되는 특별한 지원과 우대를 하고 있으며, ‘출입국관리법’도 이들 재외동포에 대해서 별도의 체류자격을 부여하고 있다. 난민의 경우도 미미하지만 난민 신청자 수와 수용인원이 점차 증가하고 있다. 난민관련 법제는 그동안 한국이 난민인정에 지나치게 소극적이어서 국제사회의 책임이행을 잘 하지 않는다는 비판이 있어서 ‘출입국관리법’에 난민 관련 장을 삽입하여 운영하였다. 그러나 출입국관리법의 입법목적과 난민인정은 실제적으로 서로 맞지 않는다는 지적이 있었고 이후 ‘난민법’으로 하여 독립 법률로 제정되어 실시되고 있다.

2) 사법적 대응

한국에 장기 체류하고 있는 외국인의 기본권 주체성 인정여부가 법원의 판단대상이 된 경우는 많지 않다. 주로 외국인 노동자의 권리가 다툴이 되는 사건에서 외국인이 기본권 주체성을 가지는지, 그래서 헌법소원심판 청구의 당사자가 될 지위를 가지는지가 문제가 되었다.⁵⁵⁾ 외국인과 관련한 대부분의 사법부의 판결은 출입국관리법 상의 체류자격 변동에 따른 보호 및 강제출국 조치에 대한 다툼이 많은 부분을 차지하고 있다. 또한 국적취득과 관련한 사법부의 결정도 있으나 대부분 국민의 복수국적, 재외동포의 국적확인 등의 결정으로 재외국민 및 재외동포의 범주를 벗어난 외국인과 관련한 판결은 상대적으로 매우 적다. 최근에는 다문화가족의 증가와 그에 따른 가장혼인의 여부, 양육, 이혼과 관련한 판결도 나타나고 있

52) 외국인 근로자의 고용 등에 관한 법률 제18조 등 관련 법조항 참조.

53) 2008년 제정된 다문화가족 지원법이 대표적인 법률이다.

54) 한국어를 사용하는 한국계 중국인들이 한국에 대거 유입되어 여러 분야에서 노동력을 제공하였다. 이들의 상당수는 음식료업 등 서비스 업종에 종사하였으며, 가족들이 순차적으로 개별 입국하여 가족을 형성하고 있기도 하다. 또한 한국과의 혈연적 기초를 바탕으로 하여 대한민국 국적확인을 통한 국적취득도 증가하고 있다.

55) 현재 2011.9.29. 2007헌마1083 등은 ‘직업의 자유 중 직장 선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것이므로 외국인도 제한적으로라도 직장 선택의 자유를 향유할 수 있다’고 하면서도 외국인 노동자의 직장이동 3회 제한을 규정한 해당 조항에 대해서는 합헌 결정을 내리고 있다.

다.⁵⁶⁾ 행정법원에는 난민 인정과 관련한 소송이 증가하고 있다. 또한 이른바 불법체류자의 강제출국 명령에 불복하여 제기하는 행정소송도 증가하고 있다.⁵⁷⁾

3. 한국의 다문화주의와 논의의 한계

다문화주의의 대표적인 법률이라고 볼 수 있는 ‘다문화가족 기본법’⁵⁸⁾이나 ‘제한외국인 처우 기본법’은 다문화 및 다문화주의를 내세우고 있다. 한국의 경우 외국인의 유입과 정주의 증가에 따른 법제와 정책이 매우 신속하게 마련되고 실시되었다. 그러나 이러한 법제와 정책이 다문화주의에 기초하여 실시되었다고 볼 수는 없다. 다문화주의는 외국인의 유입과 정주 현상에서 대응한 국가의 태도가 일방적 동화나 무관심 방임이 아니라 기존 사회의 질서 속에 이들 이주민의 ‘고유성’과 ‘문화적 정체성’을 유지하도록 하는 것이다. 따라서 단순히 법제나 정책에서 ‘다문화’ 또는 ‘다문화주의’라는 용어를 사용하고 있다는 그 자체로 다문화주의를 실시하고 있다고 볼 것이 아니다. 국가의 법제와 정책이 유입 이주민의 ‘문화적 정체성’을 대부분 인정하고 이들에게 적극적 또는 소극적 동화를 강요하지 않을 경우에 다문화주의에 입각하고 있다고 볼 수 있다. 그러한 관점에서 본다면 한국의 법제와 정책은 다문화주의에 기초하고 있다고 보기보다는 다문화라는 이름과 함께 이주자에게 사회통합⁵⁹⁾을 통한 한국사회로의 동화를 요구하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

IV. 이주민과 이주사회

1. 이주사회에 대한 새로운 인식

국가정체성과 문화적 동질성 유지에 대한 국제이주의 인지된 위협은 국제이주가 주권국가

56) 대법원 2010.6.10. 선고2010므574 판결; 서울가정법원 2009.12.18. 선고 2009르2577 판결 등.

57) 대판 2008.7.24. 2007두3930; 대판 2012.4.26. 2010두27448(난민인정불허처분취소) 등.

58) 유엔 인종차별 특별 보고관 루티에레는 지난 가을 한국을 방문하였을 때 “한국사회에서 다문화가족은 제한적으로 해석·적용되고 있으며 각종 매체에서도 부정적인 인식을 전파하고 있다”며 “그 정책은 ‘한국인 남성과 결혼한 외국인 여성’을 대상으로 하고, 다문화가족의 정의는 한국인이 아닌 두 이주노동자 간의 결혼은 배제하고 있다”고 지적했다.<http://media.daum.net/society/others/newsview?newsid=20141006151406319>. 참조.

59) 출입국관리법 제39조와 제40조는 국적, 영주권 취득을 원하는 외국인의 사회적응을 유도하기 위한 사회통합프로그램을 실시하고 이를 이수한 외국인에게 일정 혜택을 부여할 수 있음을 규정하고 있다.

에 제기하는 중요한 도전이다. 국제이주는 국가의 자율성, 국토 내에 일어나는 모든 일을 관장하는 절대적 주권, 공공정책과 법집행에 관한 국가역량에 모두 영향을 미친다. 반면에 국제이주는 국가권력을 증강할 수도 있다. 국제이주는 경제발전을 촉진하기도 하며 한 국가의 경제적 안녕의 필수 불가결한 요소로 간주되기도 한다. 이주민의 유입은 경제 상태와 전반적인 국가안보에 부정적인 영향을 미치는 인구 감소나 인구 고령화를 지연시키기도 한다. 따라서 해당 국가가 이주민을 수용하고 이들과 원주사회가 상호 승인하는 가운데 공존을 위한 효율적인 공공정책이 추진된다면 국제이주는 국가권력을 약화시키기보다는 오히려 증대에 기여할 수도 있다.⁶⁰⁾

위에서 본 바와 같은 한국의 법제도와 정책을 살펴보면 입법자가 최근 외국인 유입의 급증에 대해서 신속하고 체계적으로 대응을 한 것으로 보인다. 그러나 입법과정에서 이주민의 유입과 정주와 관련한 장기적인 대안마련을 위한 이론적 기반과 컨센서스를 얼마나 확보하였는지 의문이다. 최근 한국사회는 고도의 산업발전과 노동시장의 구조적 변화, 사회구조의 고령화와 도시화에 따른 인구 구성의 불균형, 저출산에 따른 사회의 지속가능성에 대한 우려 등을 내부적으로 경험하고 우려하고 있다. 한편에서는 이러한 한국의 산업과 경제발전이 주변 국가의 관심을 끌면서 해당 국가의 국민들로 하여금 노동, 이주의 욕구를 자극하여 실제로 많은 외국인들이 한국으로 유입되고 있다. 중국 국적의 재외동포 및 동남아시아를 비롯한 아시아 국가의 사람들이 한국으로 유입되면서 한국사회가 가지고 있는 구조적 취약점을 보완해 줄 것이라는 기대도 대두되고 있다. 외국인이 원주사회인 한국사회의 지속발전을 위한 수단일 수는 없다. 어느 누구도 다른 사람이나 사회의 유지라는 목적을 위해서 수단으로 사용되어서는 아니 된다. 그러나 외국인과 이주민이 한국사회의 지속가능과정에서 동등한 구성원으로 참여할 수 있고 동반하여 발전할 수 있다는 생각과 이를 위한 제도적, 사회적 기초의 마련은 원주사회인 한국사회도 새로이 한국 사회의 동등한 구성원으로 참여하고자 하는 이주민에게도 서로가 서로의 목적이 되므로 이는 긍정적이라고 생각한다. 그러한 점에서 이주민과 원주민 사이의 상호 승인과 공존을 목표로 하는 다문화주의가 새로이 맞이하는 이주사회에 적합하다는 생각을 할 수 있다.

2. 이주사회에 대응하는 입법과 정책

1) 입법적 기초로서 다문화주의

다문화주의가 어떠한 공동체 내에서 기존의 문화와 다른 ‘다양한 문화의 이해와 수용’으로

60) 스티븐 카슬/마크 J. 밀러, 앞의 책, 365쪽.

만 보는 견해는 더 이상 찾아 볼 수 없다. 공동체 내부에 다양한 문화적 배경을 가지고 있는 개별 구성원(개인 또는 집단)들과의 공존을 위한 관계설정 및 유입되는 다른 문화적 배경의 사람들에 대한 수용의 원칙과 방법의 방향과 제도화가 다문화주의의 내용임을 이미 이해하고 있다. 결국, 우리 사회의 과제는 문화적 배경을 달리하는 이주민에 대하여 극단적인 배타주의로부터, 느슨한 동화주의, 다문화주의, 극단적 상대주의 사이에서 어떠한 입장을 취할 것인지 선택을 하여야 하는 지로 귀결된다.

다문화주의는 기본적으로 공동체 내부에 생활하고 있는 다양한 문화적 구성원들의 공존을 본질로 한다. 다문화주의가 논의되었던 캐나다는 기존의 공동체 내에서 다양한 구성원 간에 상호 승인과 인정⁶¹⁾ 또는 소수자의 자유에 대한 배려를 통한 공존⁶²⁾인지에 대한 정치철학적 입장이 치열하게 대립하면서 논의가 있었다. 하지만 한국사회는 캐나다와 같은 기존의 공동체와 집단 사이의 공존 모색을 위함보다는 기존의 사회에 새로운 문화적 배경집단인 외국인이 다수 유입되고 정주화가 진행되면서 이들을 어떻게 처우할 것인가가 주요 문제이다. 즉, 외국인의 한국사회 수용을 위한 입장의 합의와 이를 규범과 제도 속에서 어떻게 구체화 할 것인가가 주요 쟁점이라고 할 수 있다.

이미 많은 법률과 제도들이 한국사회를 다문화사회로 보고 있다는 점이 확인되고 있다. 예를 든다면, ‘재한 외국인처우 기본법’, ‘다문화가족 지원법’ 등은 이미 ‘다문화’하는 용어를 사용하고 있다.⁶³⁾ 그러나 다수의 법률들이 ‘다문화’라는 용어를 사용하고 있다는 점만으로 한국이 ‘다문화주의’를 외국인의 수용과 공존을 위한 기본적 입장으로 정하고 있는 것으로 볼 수 있는지는 의문이다. 외양은 ‘다문화주의’를 내 세우고 있지만, 실질에서는 ‘동화주의’의 입장에 있는지, 그것도 매우 강력한 ‘동화주의’를 추진하고 있는지 살펴보아야만 한다. 만일 한국사회가 유입 외국인에 대한 수용태도로서 다문화주의를 택하고 있다면 이를 위하여 헌법을 비롯한 현행의 법과 제도의 방향은 바람직한지 또는 그 개선가능성에 대한 검토가 있어야 한다.⁶⁴⁾

2) 세계화와 다문화주의에 따른 헌법입법정책

(1) 외국인의 법적 지위

우리 헌법은 제헌 헌법부터 외국인의 지위에 관한 조항을 두어 왔다. 제헌 헌법은 제7조 제2항에서 ‘외국인의 법적 지위는 국제법과 국제조약의 범위 내에서 보장된다.’고 하였다. 이

61) Charles Taylor, *Multiculturalism*, Amy Gutmann(ed.), Princeton Univ. Press 1994.

62) Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, 장동진(역), 다문화주의 시민권, 동명사 2010.

63) ‘재한 외국인 처우 기본법’ 제18조 ‘다문화가족 지원법’은 법률의 제 명부터 그러하다.

64) 전광석, ‘다문화사회와 사회적 기본권’, 헌법학연구 제16권 제2호, 116쪽 이하.

후 제5차 개정 헌법에서는 내용을 약간 달리해서 제5조 제2항에 ‘외국인에 대하여는 국제법과 조약에 정한 바에 의하여 그 지위를 보장 한다’고 규정하였다. 이후 현행 헌법은 제6조 제2항에서 ‘외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장 된다’고 규정하고 있다. 우리 헌법은 외국인의 지위를 헌법에 직접 규정하고 있는데 비교법적으로 보아 ‘외국인’에 대한 직접적인 명시와 내용을 두고 있는 국가는 그리 많지 않다.⁶⁵⁾

외국인의 법적 지위에 대해서 학계의 일부 주장에 의하면 외국인의 법적 지위는 원칙적으로 상호주의에 의해서 결정된다고 한다.⁶⁶⁾ 이러한 주장은 헌법 제6조의 제1항과 제2항의 관계를 오해한 점이 있다. 또한 기존의 상호주의는 한국사회에 이처럼 많은 외국인이 유입되어 정주하거나 장기체류하고 있는 상황을 충분히 담아내고 있지 못한 주장이다. 첫째, 헌법 제6조 제1항은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 지닌다고 규정하고 있으며 같은 조 제2항은 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다고 규정하고 있다. 양 조항을 통해서 보면 외국인은 대한민국 영토 내에서 대한민국 헌법에 근거를 둔 조약과 일반적으로 승인된 국제법규에 따라서 대한민국 내에서 자신의 권리를 주장할 수 있다. 대한민국 내에서 효력을 발하는 모든 조약은 당연히 대한민국 헌법과 헌법질서에 부합하여야만 하며 그러한 경우에만 국내법과 동일하게 적용이 된다. 따라서 외국인의 지위와 관련이 있으면서 대한민국이 체결한 조약은 당연히 국내법과 같은 효력을 가지므로 그러한 범위 내에서 외국인은 대한민국 내에서 자신의 권리를 주장할 수 있다(넓은 의미의 상호주의). 일반적으로 승인된 국제법규는 대한민국이 적극적으로 체결하고 비준하지 않았더라도 국제사회가 널리 승인하고 그에 대한 강행성을 인정한 규범으로 모든 국가가 이를 준수할 의무를 부담하는 규범이다.⁶⁷⁾ 일반적으로 승인된 국제법규와 국제조약 등의 예로서 ‘여성차별철폐협약(1984년 국회동의)’, ‘인종차별철폐협약(1978년 국회동의)’, 경제·사회·문화적 권리에 관한 국제협약, ‘시민·정치적 권리에 관한 규약’과 그 선택의정서(1990년 가입), ‘ILO 헌장⁶⁸⁾(1991년 가입) 등을 들 수 있으며 이들 국제규범들은 국내 법질서에 공식적으로 편입되어 국내법과 같은 효력을 가진다(헌법 제6조 제1항). 따라서 외국인도 대한민국 영토 내에서는 일반적으로 승인된 국제법규의 내용과 보호범위에 따른 권리를 내국인과 차별 없이 주장할 수 있다고 보아야 할 것으로 생각한다.⁶⁹⁾ 따라서 국내

65) 이종혁, ‘외국인의 법적 지위에 관한 헌법조항의 연원과 의의’, 서울대학교 법학, 제55권 제1호, 525쪽 참조.

66) 한수용, 헌법학, 법문사 2014, 342쪽; 성낙인, 헌법학, 법문사 2014, 314쪽.

67) 한수용, 위의 책, 341쪽 이하.

68) 헌법재판소는 강제노동의 폐지에 관한 국제노동기구(ILO)의 제105호 조약에 대해서는 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없다고 하였다. 헌재 1998.7.16. 97헌바23.

69) 한승우, 위의 책, 342쪽.

법이 조약과 특히 일반적으로 승인된 국제법규를 부인하거나 사실상 회피하는 경우 또는 충돌하는 경우에는 헌법 제6조 제1항과 제2항에 따라 판단하여야 하며, 경우에 따라서는 그러한 경우 헌법에 위반되는 경우도 생길 수 있을 것이다. 그러한 점에서 만약 헌법재판소에서 국제법규 또는 일반적으로 승인된 국제법규와 관련된 사항을 다루게 된다면 헌법재판소는 헌법 제6조 제1항의 헌법상 의미를 보다 명확히 할 필요가 있다고 생각한다.⁷⁰⁾

헌법 제6조는 유입외국인과 이주민에게는 대한민국 영토 내에서 인간으로서의 권리를 주장하고 실현할 수 있는 근거가 된다. 대한민국과 외국 사이에 각각 자국민과 해당 국민의 법적 지위에 관한 특별한 내용을 담거나 또는 체약 당사국이 자국 국민들의 체약국내에서의 각종 권리 및 법적 지위를 체약국 상호간의 수평적이고 대등한 관계로 규정하고 상호 호혜적으로 인정하고 보장하는 수준의 소극적인 상호주의를 의미하는 것으로 보는 것은 맞지 않다고 본다. 특히 세계화에 따라 국제법규의 보편화와 표준화가 진행되고 있으며 우리 헌법은 외국인에 대해서 국제법규에 따른 지위를 인정하고 있으므로 국내에서의 법 적용과 법 해석에서도 그에 따라야 할 것으로 생각한다.⁷¹⁾

(2) 문화국가원리

우리 헌법은 제9조에서 ‘전통문화의 계승발전과 민족문화의 창달을 위해 국가가 노력’할 것을 규정하고 있다. 또한 헌법 제69조도 ‘민족문화의 창달노력’을 대통령에게 책무로서 부여하고 있다. 헌법 전문도 ‘동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고’라고 하면서 동시에 ‘문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히’ 할 것을 선언하고 있다. 이러한 규정을 근거로 하여 한국은 문화국가원리를 헌법의 한 원리로서 택하고 있다고 한다.⁷²⁾ 문화국가원리는 헌법적 원칙으로서 문화국가를 표방하고 문화의 자율성을 보장하면서, 국가가 이를 적극적으로 지원하고 육성할 것을 주문하는 것을 내용으로 한다.⁷³⁾ 그러나 문화국가원리의 전제가 되는 ‘문화’의 개념이 광범위하고 특정하기 어려우므로 결국 문화국가원리의 구체적인 규범적 효력을 부여하는 것이 용이하지 않다는 문제가 있다. 개별성, 고유성, 다양성⁷⁴⁾을 특성으로 하

70) 홍성수, ‘한국사회에서 인권의 변동’-세계화, 제도화, 지역화-, 안암법학 제43집(2014), 38쪽은 ‘헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규’는 국내법과 마찬가지로 재판규범으로서의 성격을 가지고 있지만, 실제 재판에서 국제인권규범이 재판규범으로 온전히 기능하지 못하였음을 비판하고 있다.

71) 최근 세계화의 경향에 따른 ‘국제법의 헌법화’도 논의되고 있다. 이에 대해서는 Armin von Bogdandy, *Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts*. ZaöRV 2003, S. 853ff.; 국내 문헌으로는 박진완, 세계화, 국민주권 그리고 헌법, 헌법학연구 제14권 제3호 참조.

72) 성낙인, 위의 책, 292쪽; 한수웅, 앞의 책, 351쪽 이하; 류시조, ‘한국 헌법상의 문화국가원리에 관한 연구’, 헌법학연구 제14권 제3호, 304쪽 이하; 헌재 20045.27. 2003헌가1 등.

73) 한수웅, 앞의 책, 352쪽 이하.

74) 헌재 2000.4.7. 98헌가16.

는 문화는 본질적으로 국가에 의해서 창성되거나 형성되는 것이 아니라 개인과 사회가 자율적으로 형성하게 된다. ‘문화’에 대한 개념을 국가가 정립하고자 하는 순간 문화는 국가에 의해서 조정되거나 간섭을 받게 되어 문화의 고유성과 자율성이 침해될 가능성이 높아지게 된다. 또한 국가가 철저히 중립적 또는 방임하는 태도를 취하게 되면 헌법에서 요구하는 문화국가원리의 내용적 실현을 할 수 없게 되는 모순에 빠지게 된다. 결국 문화국가원리란 국가는 문화가 자율적으로 형성될 수 있기 위한 여건의 조성 및 보장을 하는 것을 내용으로 하고 개인과 사회의 자율적 문화형성에 적극적으로 개입하지 않을 것을 내용으로 한다고 하겠다. 그러한 면에서 본다면 헌법 전문과 헌법 제9조가 명시적으로 규정하고 있는 ‘전통문화’, ‘민족문화’의 계승과 창달 등이 문화국가원리의 내용과 부합하는 지는 검토할 필요가 있다.⁷⁵⁾

그러나 여기서는 문화국가원리가 우리 헌법상의 원리라는 것을 그대로 받아들이는 것을 전제로 하고 논의를 진행한다. 헌법상 기본원리로서 문화국가원리와 외국인 및 이주민의 문화적 정체성과 독자성의 인정을 통한 기존 집단 내에서의 승인과 공존을 위한 국가의 태도를 말하는 다문화주의가 어떠한 관련을 가지는지 검토할 필요가 있다. 문화국가원리에 근거하여 대한민국 내에 체류 중인 외국인 및 이주민의 문화의 독자성과 정체성을 인정하고 이들의 문화가 대한민국 내에서 자유로이 발현될 수 있고, 경우에 따라서 국가가 그러한 상태가 조성될 수 있도록 하는 조치를 취하는 근거로 될 수 있다면 문화국가원리는 다문화주의의 헌법상 근거가 될 수 있다고 본다. 그러나 우리 헌법상 문화국가원리의 도출의 근거라고 하는 헌법 제9조가 바로 다문화주의의 헌법상 근거라고 인정할 수 있는지의 문제는 더 깊은 논의가 필요하다.

위에서 지적한 바와 같이 헌법 제9조는 명시적으로 ‘전통문화’와 ‘민족문화’를 규정하고 있다. ‘전통’과 ‘민족’문화는 장소적 공통성과 시간적 연속성에 기초한 유대와 동질성을 가진 집단만이 가지는 것으로서 이를 통하여 다른 집단과 구별이 되는 성질을 가지고 있다. 또한 ‘전통’이 시간적, 장소적 공통성에 보다 가까운 것이라고 한다면, ‘민족’은 어떠한 집단의 혈연적 독자성과 정체성에 해당하는 것으로서 양자의 개념은 어떠한 경우에는 상호 중첩되기도 하지만, 어떠한 경우에는 서로 다른 민족들이 공통된 전통을 가지기도 한다. 그러나 양자 모두 기존의 집단이 가지는 정체성의 징표이어서 새로이 유입되는 집단은 해당 개념의 범주에서 처음부터 배제된다. 해석론을 통해서 외국인 및 이주민의 문화적 정체성 등도 헌법 제9조 속에 포섭된다고 하는 입장도 있을 수 있으나⁷⁶⁾ 우리 헌법은 명문으로 ‘전통’과 ‘민족’문화의

75) 현재는 “헌법 전문과 헌법 제9조에서 말하는 “전통”, “전통문화”란 역사성과 시대성을 띤 개념으로서 헌법의 가치질서, 인류의 보편가치, 정의와 인도정신 등을 고려하여 오늘날의 의미로 포착하여야 한다.”는 입장을 표시하고 있다(헌재 2005.2.3. 2001헌가9 등). 그러나 헌법의 명시적 표현에도 불구하고 이를 넘어서는 해석이 가능한지는 의문이다. 특히 ‘민족문화’의 경우가 문제가 되는 경우는 ‘전통’이라는 개념보다 복잡한 상황이 발생할 것으로 생각된다.

계승과 창달을 규정하고 있으므로 단순히 해석을 통하여 외국인 및 이주민의 문화의 포섭이 문제되지 않는다고 보는 것은 받아들일 수 없다. 헌법 제9조는 다문화주의 수용과 실시를 위한 헌법적 근거라고 보기보다는 오히려 다문화주의를 실시하는데 하나의 한계로 작용한다고 본다. 만약, 외국인 및 이주민을 한국사회와 문화에 적극적으로 동화시키려는 동화주의적 입장의 근거로서 헌법 제9조를 든다면 그러한 점에는 설득력이 있다고 본다.

‘제한 외국인처우 기본법’과 ‘다문화가족 지원법’ 등 각종 법률과 정책들이 명시적으로 ‘다문화’를 규정하고 이를 구현하고자 한다면 이러한 법률과 정책들이 헌법에서 적극적 수권근거를 가지는 것이 바람직하다고 생각한다. 특히, 다문화주의의 궁극적 목표는 외국인을 비롯한 이주민과 원주민의 공존을 통한 공동체의 유지·발전이라고 본다면 이를 적극적으로 뒷받침하기 위한 헌법적 근거가 필요하다. 헌법 제9조를 다문화주의 등을 고려하면서 문화국가원리에 보다 부합할 수 있는 방향의 개정이 필요한 시점이라고 본다.⁷⁶⁾

헌법 제9조의 규정 취지와 헌정사적 근거는 이해할 수 있으나 해당 조항이 헌법에 규정되었던 때(1980년)의 시대적 상황과 사회구조가 현저히 변한 현재의 시점에서는 개정의 필요가 있다고 생각한다. 국제적으로 보면 1980년대부터 신자유주의의 확대와 세계화가 본격적으로 진행이 되었으나 당시의 대한민국은 여전히 혈연에 근거한 민족주의가 폭 넓게 지배하고 있었다. 현행 헌법(1987년)도 민주주의 원칙에 기초한 정치구조상 필요에 의한 개정은 이루어졌지만, 대외적인 관계의 경우는 충분히 담아내지 못하였다. 한국이 세계화의 흐름 속에 급격히 빠져 들어간 것은 1990년대 이후로서 대외적으로는 소련과 동유럽의 체제전환, 중국과의 수교 등으로 인한 국제사회의 급격한 변화가 있었다. 대내적으로는 북한과의 교류확대, 중국과의 수교, 이후 IMF체제와 이후의 경제 및 사회의 급격한 변화 등이 있었다. 이러한 변화 속에서 한국사회는 급격히 세계화되면서 현재에는 170여만 명의 외국인 및 외국계 국민이 한국사회에 유입되어 이들과의 공존과 통합이 중요한 과제로 대두되기에 이르렀다.

(3) 기본권 주체성 인정과 그 범위

외국인의 기본권 주체성 인정과 관련하여 엄격한 법실증주의 입장에 따르면 우리 헌법 기본권에 대하여 국민만이 주체성을 가지며 외국인에 대해서는 인정하지 않음을 헌법에 정하였

76) 헌법재판소는 “우리 헌법에서 말하는 ‘전통’ ‘전통문화’란 오늘날의 의미로 재해석된 것이 되지 않으면 안 된다. 그리고 오늘날의 의미를 포착함에 있어서는 헌법이념과 헌법의 가치질서가 가장 중요한 척도의 하나가 되어야 할 것임은 두 말할 나위가 없고 여기에 인류의 보편가치, 정의와 인도의 정신 같은 것이 아울러 고려되어야 할 것이다.”라고 판시하고 있다(헌재 2005.2.3.2001헌가9등). 이러한 입장에 따르면 이주민의 증가와 이를 통해 형성된 다문화적 상태도 이러한 이해 속에 포섭될 수 있을 것으로 예상된다.

77) 최윤철, ‘다문화주의의 헌법적 수용에 관한 연구’, 공법연구 제41집 제2호, 15쪽 이하; 서원상, ‘다문화사회의 법적 기반에 관한 소고’, 법학연구 제21권 제1호, 165쪽.

다고 한다.⁷⁸⁾ 이러한 견해에 따르면 외국인이 우리 헌법상의 기본권 주체가 되지 못하는 것은 당연하다고 한다. 하지만, 현재 이러한 입장을 취하는 주장은 거의 찾아볼 수 없다. 헌법재판소도 헌법의 문언에도 불구하고 기본권의 성격에 따라 외국인과 국민을 구별하지 아니하고 인간이면 누구나 가지는 기본권을 인정하고 그러한 기본권은 외국인도 당연히 주체성을 가진다고 보고 있다.⁷⁹⁾ 이러한 해석에도 불구하고 외국인이 대한민국에서 헌법상의 기본권을 주장하여 보장을 받는 것은 상당한 어려움을 감수하여야만 한다.

외국인의 기본권을 인정하는 견해도 외국인에게 인정되는 기본권은 자유권 영역에서 가능하고 사회권 영역은 상대적으로 인정하는 것이 곤란하며 상호주의에 따라서 입법 정책적으로 판단하여야 한다는 견해⁸⁰⁾도 있으나 기본권의 본질을 감안할 때 인정할 수 없다고 본다. 정치적 권리에 대해서는 외국인은 해당 국가의 정치적 의사 형성과 결정에 관여할 만큼 공적 책임을 부과할 수 없으므로 인정할 수 없다는 것이 다수설이다.⁸¹⁾ 결국 외국인에 대해서는 기본권 주체성을 인정하더라도 인간의 권리에서 유래하는 자유권 영역에서의 일부 기본권과 노동권 등이 인정될 수 있고, 사회권의 인정여부는 상당부분 유보되어 있는 것으로 보는 것이 학설의 대체적인 태도로 이해된다.⁸²⁾

또한 외국인의 기본권 주체성인정을 보다 확대하거나 전면적으로 인정하기 위해서는 현재의 헌법조문으로는 해결이 어렵고 ‘국민’으로 시작하는 각 기본권의 문언을 기본권의 성질에 따라 개정해야 한다는 주장이 있다.⁸³⁾ 독일 기본법의 태도처럼 우리 헌법도 기본권 관련 조항들을 개정하면 외국인의 기본권 주체성에 관한 부분이 해소된다는 주장이다.⁸⁴⁾ 그러나 외국인의 기본권 주체성 인정을 위하여 기본권 규정을 개정하여야 하는 것이 현실적으로 가능한지 여부를 검토하여야 한다. 어떠한 기본권이 외국인에게도 인정되고 어떠한 기본권이 부

78) 헌법재판소 김종대 재판관은 외국인의 헌법소원심판청구에 대해서 ‘외국인은 우리 헌법상 기본권의 주체가 아니므로’ 헌법소원심판청구의 자격이 없다고 하면서 외국인의 기본권을 전면적으로 부인하는 일관된 입장을 표시하였다. 헌재2011.9.29. 2007헌마1083 등의 재판관 김종대의 반대의견(각하의견).

79) 헌재 2011.9.29. 2007헌마1083 등; 헌재 2001.11.29. 99헌마494; 헌재 2000.8.31. 97헌가12.

80) 성낙인 교수, 앞의 책 905쪽. 성낙인 교수는 사회권은 원칙적으로 외국인에게 인정되기 어려운 문제점이 있다고 하고 있다.; 권형준, ‘기본권의 주체에 관한 고찰’, 경남법학 제26집, 20쪽 이하,

81) 한수용, 앞의 책, 386쪽.

82) 한수용, 앞의 책, 387쪽.

83) 우기봉, ‘외국인의 기본권 보장에 관한 법률 연구’, 노동법논총 제19권, 307쪽 이하.

84) 인간의 권리에 해당한다고 보는 기본권은 원칙적으로 누구든지 향유하고 주장할 수 있어야 하며, 그 밖의 기본권도 각 기본권의 내용과 향유 주체를 세분화하여 각각의 지위에 따라 기본권의 향유주체를 구분하여 규정하는 것도 생각할 수 있다. 예를 들면. 인간, 국민, 외국인, 노동자, 가족(사회권 등의 영역), 노인, 청소년 등으로 구분하고 각각의 지위에 따라 헌법상 기본권을 세분화하고 이를 규정하는 방식이 될 것이다.

정되는지에 대한 이론적인 합의와 그러한 국민적 합의의 도달은 물론 그에 따른 헌법 입법 기술적인 많은 어려움이 있을 것으로 본다. 오히려 현행 헌법의 체계를 통하여 외국인의 기본권 인정의 확대와 보호의 방안을 검토하는 것이 현실적인 대안이라고 생각한다.

위에서 적은 바와 같이 우리 헌법은 제6조 제2항과 제1항에서 외국인의 법적 지위와 국제법규의 법원성에 대하여 규정하고 있고 그에 따라 외국인의 법적 지위는 우리 헌법 속에서 충분히 포섭될 수 있다고 본다. 세계화의 흐름 속에서 헌법 제6조가 가지는 의미는 제헌 헌법 당시와는 매우 달라졌다. 제헌헌법의 기초자들이 어떠한 사상과 의견에 기초하여 국제법규 및 외국인의 법적 지위를 헌법에 규정하였는지는 별론으로 하더라도 이제 세계화 및 사람의 국제적 이동의 적극적 영향을 받고 있는 현재의 대한민국의 경우 새로운 헌법적 의미를 획득하고 있다고 볼 수 있다.

2) 다문화주의에 따른 법 정책적 대응

(1) 이주관련 법제의 현황

이주법제의 범위는 이주의 개념이 무엇인가와 관련이 있다. 종전에는 사람들이 국가를 기준으로 자국을 이탈하는 것을 이민(emigration), 외국인이 자국에 유입되는 것을 이주(immigration)로 하여 구분하여 왔다. 그러나 현재 대부분의 국가는 이민과 이주를 모두 포함하는 개념으로 이주(migration)를 사용하고 있다. 이러한 용어사용 및 개념의 변화는 이민과 이주가 국가를 전제로 하면서 국경이라는 제도적 경계를 중심으로 논의하던 종래의 논의에서 벗어나 세계화된 세계에서(탈국가화 된) 인간의 자연스러운 이동으로 파악하고 이해 논의의 중심이 바뀌고 있다는 것을 의미한다.⁸⁵⁾ 이러한 입장에 의하면 자국민 해외이주자인 재외국민을 포함하여 자국 내에 유입된 외국인들에게 적용되는 모든 법제를 이주법제로 파악하게 된다. 그러나 이주 현상 실제에서 입법자의 관심과 입법은 대부분 자국으로 유입된 외국인과 그들의 체류, 해당 외국인과 자국민과의 관계를 주요 규율대상으로 하고 있다.⁸⁶⁾

한국의 이주법제는 외국인의 한국으로의 유입과 체류, 정착, 국적취득 등의 일련의 과정에서 그들에게 직접 적용되는 법률들과 이를 보충하는 법률들을 이주법제라는 범주 속에 둘 수 있다. 하지만 적용대상으로 볼 때 한국에 일시적으로 체류하는(3개월 미만) 외국인의 경우에 적용되는 법률 또는 법률조항은 이주법제의 범주에서 제외될 것이다.⁸⁷⁾ 그에 따라 현재 한국의 이주법제를 살펴보면 우선 외국인의 대한민국의 입국과 출국, 영주 등 체류자격 등을

85) 이화숙, '다문화시대 소수자의 "명칭" 연구', 한국학연구 45, 265-266쪽.

86) 최윤철, '세계화시대에서의 이주법제의 방향에 관한 연구', 법학논총(한양대) 제31집 제1호, 67쪽.

87) UN은 1년 이상 의도적 체류를 동반한 국제적 이주'를 국제인구이동으로 정의하고 있다.

정하고 있는 ‘출입국관리법’, 대한민국에 체류 중이 외국인의 처우에 대한 기본적 사항을 정하고 있는 ‘재한외국인처우기본법’, 한국인과 외국인간의 혼인으로 형성된 가족을 지원하는 ‘다문화가족지원법’이 있다. 또한 외국인 노동자의 노동조건 등을 규정하고 있는 ‘외국인근로자 고용 등에 관한 법률’도 주요 이주관련 법률이다. 아직은 이주동기와 유형으로는 소규모에 해당하지만 ‘난민법’이 있다. 다음으로 이주의 공법적 완성이라고 볼 수 있는 외국인의 국적취득을 위한 법률로서 ‘국적법’을 들 수 있다. 그 밖에 관련 법률로서 ‘결혼중개업법’도 국제결혼이 증가하면서 이주와 관련한 부수적인 법률로서 구분할 수 있다.

(2) 이주법제의 방향과 개선

이주 관련 부문의 겨우 단기간에 특정 대상과 영역에 대한 여러 건의 법률 제정과 관련 법률의 대폭 개정이 이루어졌다는 특징이 있다. 긍정적으로 보면 입법자가 새로이 생겨나는 현상에 대하여 신속하게 대처함으로써 규율이 가능한 상태로 만들어 이주민의 증가로 인해 생겨날 수 있는 갈등과 분쟁, 국가기관의 집행수단의 확보 등을 대처함으로써 법률의 공백을 방지하였다고 평가할 수 있다. 그러나 다른 한 편으로는 급속한 입법과정으로 인하여 입법동기와 목적에 대한 합의가 미흡하며, 법률간 체계정합성, 중복 등의 문제가 생겨났고 관련 법률조항 등이 명확하지 않거나 임의규정 중심이어서 집행의 실효성이 약하다는 지적도 있다.⁸⁸⁾

세계화에 따른 국제이주의 증가와 국제규범의 국내화의 경향의 증가는 이주자를 수용하는 유입국에게 과거와 다른 법제적 대응을 요구하고 있다. 또한 한국이 각종 이주자 관련 법률에서 규정하고 정책적으로 표방하고 있는 다문화주의가 실제에서도 이주자와 원주자의 상호승인을 통한 공존을 실현하고자 한다면 그에 따른 법제의 평가와 개선이 필요하다. 외국인 또는 이주자와 관련이 있는 헌법규정과 새로운 해석, 국제규범 및 인권 등의 국제표준의 실질적인 국내법화의 근거 규범으로서 헌법 제6조, 다문화주의 및 문화다양성을 구현하는 기초로서 문화국가원리의 수권 규범이라고 하는 헌법 제9조의 변경 또는 새로운 해석의 모색도 다문화주의와 관련 있는 여러 법률들의 입법방향 및 개선의 필요성을 제공할 것이다.

이주 노동자의 경우는 노동기간의 장기화에 따른 사실상 정주와 같은 효과가 있음을 알고 있음에도 불구하고 이들의 정주를 부인하는 순환형 고용허가제를 원칙으로 하고 있어서⁸⁹⁾ 법률이 지나치게 고정적인 목적에만 치우치고, 현실을 반영하지 못하고 있다고 생각한다.⁹⁰⁾

88) 최윤철, ‘다문화사회로의 변화에 따른 입법적 대응’, 저스티스 제134권, 285쪽 이하.

89) 외국인 근로자 고용 등에 관한 법률 참조.

90) 독일의 순환형 이주 노동자 도입 정책은 자국의 사용자의 이들에 대한 높은 수요, 경제상황, 인도적인 이유 등으로 인하여 가족결합의 허용, 노동기간 이후 계속 체류의 허용 등으로 이어졌다. 이에 대한 자세한 내용은 권형진, ‘통일 전 독일연방공화국의 외국인 정책’, 중앙사론 제

적법하게 입국한 외국인에 대하여 ‘초청노동자’ 방식으로 취업과 거주 이동에 제한을 가하는 것은 민주주의의 규범 문제는 차지하더라도 일단 현대의 시장원리에도 배치되어 보인다.⁹¹⁾ 그러한 의미에서 법률은 이주노동자를 이주자의 범주에서 이해하지 않고 있고, 그 결과 체계적이고 전반적인 이주법제와 정책의 마련에 중대한 결함이 되고 있다.

‘제한외국인 처우 기본법’의 경우 기본법의 성격상 다소 추상적이고 개방적일 수 있으나 그러함에도 불구하고 지나치게 많은 선언적 규정과 절차, 조직 규정으로 이루어져 있어서 실제적 내용이 부족하여 보인다. ‘다문화가족 지원법’의 경우는 임의규정이 대부분을 차지하고 있음에도 불구하고 법률이 정하고 있는 지원정책은 대부분 실시되고 있다. 이후, ‘다문화’ 또는 ‘다문화가족’에 대한 인식의 변화 등을 이유로 임의규정인 관련 조항에 따라 집행되고 있는 지원정책과 제도의 변화가 있게 되면 피 지원집단과 지원집행기관의 신뢰보호의 문제, 예측 가능성의 문제가 발생 할 수 있다. 또한 해당 법률이 가지는 역차별적 요소 및 다문화가족의 사생활의 보호 등 기본권 침해의 우려등도 제기할 수 있다. 다문화 가족이라는 특별한 범주에만 차별적으로 지원하는 규정들을 일반적인 ‘가족’의 범주로 분산, 이전하여 다른 ‘가족’들과 ‘다문화가족’을 구분하지 않고 개별 가족의 상태에 따라 이루어지는 일반적 지원방식으로 전환하여야 한다. 다문화가족을 구성하는 필요조건인 결혼이민자의 경우 사회통합과 정착지원을 위하여 특별하고 개별적인 지원을 제한적으로 행하는 것은 별도의 법제도 속에서 행하면 될 것으로 생각한다.⁹²⁾ 이러한 정비를 통해서 특정 범주의 집단을 구별지우는 법률의 축소하거나 정비하여 법률 간의 체계정합성을 유지하는 것이 필요하다고 생각한다.

현행 공직선거법은 영주권(F-5)을 가진 외국인에게 지방자치단체에 일정 기간 주소를 두고 있는 경우 지방선거에 참가할 수 있는 선거권을 부여하고 있다. 그러나 국가 전체의 수준에서 국민의 지위에 근거하고 있는 선거권은 인정되지 않는다. 적법하게 입국한 외국인의 권리에 대한 제한 가운데 민주주의의 원칙과 양립할 수 있는 유일한 것은 투표권 및 공무 부담권을 시민권자만 갖도록 하는 것이라 할 수 있다.⁹³⁾ 외국인에게 선거권과 공무담임권을 포괄적으로 인정하고 있는 국가는 드물다, 이러한 권리는 여전히 국민국가적 사고에 기초하고 있으며, 해당 국가의 전속적 영역에 속한다. 그러나 영주를 비롯한 이주자가 특정 사회에 장기간 거주하면서 해당 정치공동체에 사실상 성원으로 인정될 정도에 이른 경우에는 이들에게

36권, 380쪽 이하 참조; 아울러 스티븐 카슬/마크 J. 밀러, 앞의 책, 183쪽, 317쪽 참조.

91) 스티븐 카슬/마크 J. 밀러, 앞의 책, 513쪽.

92) 스티븐 카슬/마크 J. 밀러, 앞의 책, 439쪽 - “다문화 사회정책은 이민자가 교육, 언어 및 주택에서 그들만의 특별한 필요를 충족하는 서비스를 원한다는 생각에 바탕을 둔다. 이러한 정책의 부재는 이민자와 그 자녀들을 불리한 위치에 놓고 이들의 사회경제적 상승의 기회를 차단하는 것이다. 다문화주의의 핵심가설은 특별 정책이 격리를 유발하지 않으며 그와는 반대로 성공적인 통합의 전제조건이 된다.”고 한다.

93) 스티븐 카슬/마크 J. 밀러, 앞의 책, 513쪽

정치적 권리를 인정할 수 있는지 여부도 검토할 수는 있을 것이다. 그러나 다른 정치적 권리인 언론의 자유, 결사의 자유, 집회의 자유 등을 인정할 이유는 충분하다고 생각한다. 나아가서 거주 외국인에 대한 이러한 제한도 이들 외국인 들이 벽찬 절차나 높은 비용 등의 장벽 없이 국적취득을 할 수 있는 경우에 그 제한의 정당성이 인정될 수 있을 것으로 생각한다.

V. 나가는 말 또는 나아가는 말

지금 우리의 세계는 이전의 세계보다 더욱 가까워졌다고 한다. 특정 국가에서 발생하는 사안이 해당 국가에만 영향을 미치는 것이 아니라 인접 국가를 넘어 세계 전반에 걸쳐 알려지고 영향을 미치게 된다(심리적인 것을 포함). 마치 많은 국가가 실질적으로 하나의 체제 속에 있는 것으로 이해될 수도 있다.⁹⁴⁾ 그러나 한 편으로는 단일국가들은 세계화를 가능하게 했던 중요한 요인 중의 하나인 과학기술, 통신, 교통의 발달을 자국 내에 적용함으로써 과거에는 각 지역별로 언어와 풍습, 종교 등을 달리하면서 지방 분권적이었던 사회를 중앙 집중적으로 전환시키는데 성공하였다. 그 결과 지구 전체적으로는 외형상 가까워진 것으로 보이지만, 실질적으로는 단일 국가체제가 더욱 강화되어 국가 간 정체성과 구별성이 강화되면서 인접국가와 긴장과 갈등이 부각되고 있는 것으로도 보인다.⁹⁵⁾

이주는 초국적, 다층적으로 발생하는 것으로 개별 국가가 독자적으로 해결할 수 있는 사안이 아니다. 세계는 이미 지구온난화와 이에 따른 온실가스 감축 등을 전 지구적인 공동 과제로 보고 협력하여 왔다. 이주도 환경과 같은 초국가적인 전 지구적인 과제이다. 특히 이주는 그 중심과 대상이 사람이라는 점에서 환경과 같은 사안보다 더 복잡하고 본질적인 문제를 내포하고 있다. 따라서 이주와 관련한 사안들에 대처하고 해법을 찾는 것은 반드시 전 지구적 협력이 이루어져야 하며, 이를 위하여 단기적인 국익을 버리고 부국과 빈국 간의 장기적 협력을 추구하는 새로운 접근방식이 수립되어야 한다. 그리고 더 공정한 형태의 이주가 전 지구적 불평등을 감소시키기 위한 종합적인 전략에 필수적인 부분이 되어야 한다.⁹⁶⁾

오랜 기간 역사적·문화적 동질성을 유지하면서 일정 영역에서 생활하여 온 공동체의 경

94) ‘국제법규의 세계화’라는 주장을 살펴보면 그러한 이해의 바탕에 있음을 알 수 있다.

95) 예를 든다면 중국의 경우 방송, 통신, 교통 등의 발달로 북경중심의 언어이었던 ‘보통어’가 티벳을 비롯하여 북경에서 수천 Km 떨어진 곳까지 전파되어, 단일 언어와 사고체계의 기초가 마련되었다. 한편으로는 상호 소통의 기회가 증가하였지만, 다른 한 편으로는 지방의 고유한 언어, 문화가 사라져 가면서 중앙에 더욱 가까워지고 있다. 교통, 통신의 발전도 같은 의미를 가진다. 김리카도 그러한 점을 어느 정도 인식하고 다문화주의를 전개하는 것으로 보인다. Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, 장동진(역), 앞의 책, 399쪽 이하.

96) 스티븐 카슬/마크 J. 밀러, 앞의 책, 147-148쪽.

우 외부로터의 이주는 공동체 내부에 커다란 도전으로 인식된다. 이주자와 원주자 사이에 발생하는 긴장과 갈등은 때로는 철저한 고립과 배제로, 때로는 이주자에 의한 원주 공동체의 제거로 이어지기도 한다. 그러나 이주자와 원주자 사이에 발생하는 비평화적 갈등해소는 대부분 원주공동체가 고립된 채 한정된 재화만을 가지고 유지되어 온 경우에 더 많이 발생한다. 한국사회는 오랜 동안 단일 혈통을 가진 그래서 단일민족으로 구성된 국민국가라는 정체성을 통해 유지되어 왔다. 단일민족이 만들어진 하나의 신화 또는 이데올로기인지 여부를 논외로 하고 실제로 이러한 생각들이 헌법을 비롯하여 많은 법제도에 실제로 반영되어 규정되어 있다. 그러한 전통(?)을 계승해 오던 한국사회에 단기간에 유입된 이주자는 새로운 도전입과 동시에 새로운 변화를 의미한다고 본다.

참고문헌

- Armin von Bogdandy, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts. ZaöRV 2003.
- Charles Taylor, Multiculturalism, Amy Gutmann(ed.), Princeton Univ. Press 1994.
- Ekkerhart Stein, International Integration and Democracy: No Love at First Sight, AJIL 95 (2001)
- W. Meng, Gedanken zur Frage unmittelbarer Anwendung von WTO-Recht in der EG, in: FS für Rudolf Bernhardt, 1995.
- Will Kymlicka, Multicultural Citizenship, 장동진(역), 다문화주의 시민권, 동명사 2010.
- Zygmunt Bauman/Carlo Bordoni, State of Crises, 안규남(역), '위기의 국가', 동녘 2014.
- 권형준, '기본권의 주체에 관한 고찰', 경남법학 제26집.
- 권형진, '통일 전 독일연방공화국의 외국인 정책', 중앙사론 제36권.
- 기라타나 고진, 일본정신의 기원, 송태욱(역), 이매진 2003.
- 김선택, '다문화사회와 헌법', 헌법학연구 제16권 제2호.
- 김수자, '대한민국 정부수립 전후 국적법 제정 논의과정에 나타난 '국민' 경계 설정', 한국근현대사연구 2009년 여름호, 제49집.
- 김준호, '세계화: 이론적 재조망', 인문학연구 제20집.
- 류시조, '다문화사회와 자유권적 기본권', 헌법학연구 제16권 제2호.
- 명순구, 이철우, 김기창, 국적과 법, 그 기원과 미래, 고려대학교 법학연구권 2010.
- 문홍안, '결혼이주여성의 보호를 위한 현행 법제의 비판적 검토', 가족법연구 제27권 제1호.
- 박진완, 세계화, 국민주권 그리고 헌법, 헌법학연구 제14권 제3호.
- 발터 레제-쉐퍼, '찰스 테일러의 원자적 개인에 대한 비판', 서윤호(역), 서울대학교 법학 제46권 제2호,
- 서원상, '다문화사회의 법적 기반에 관한 소고', 법학연구 제21권 제1호.
- 서윤호, '다문화주의와 문화적 다양성', 일감법학 제23호.
- 설 한, 김리카(Kymlicka)의 자유주의적 다문화주의에 대한 비판적 고찰, 한국정치학회보 제44집 제1호.
- 설동훈, '한국의 외국인노동자 제도개혁, 2003년: 산업연수제도와 고용허가제', 지역사회학 제5권 제1호
- 성낙인, 헌법학, 법문사 2014.
- 스티븐 카슬/마크 J. 밀러, 이주의 시대, 한국이민학회(역), 일조각 2013.
- 신은주, '외국인의 강제적인 가족분리와 가족결합권의 보호', 법조 693호(2014.6).

- 우기봉, '외국인의 기본권 보장에 관한 법률 연구', 노동법논총 제19권
- 이종수, '다문화사회와 국적', 헌법학연구 제16권 제2호.
- 이철우, '국적법의 세계적 동향과 한국의 현실', 법과 사회 제46호.
- 이혜경, '국제이주·다문화연구의 동향과 전망', 한국사회 제15집 제1호(2014).
- 전광석, '다문화사회와 사회적 기본권', 헌법학연구 제16권 제2호.
- 전영준, '한국의 다문화연구 현황', 다문화콘텐츠연구 제1호.
- 전윤구, '차별금지에서 외국인 근로자의 법적 지위', 노동법논총 제28집.
- 전형권, '다문화주의의 정치사상적 쟁점', 21세기 정치학회보 제24집 제1호
- 정갑영, 문화다양성협약 실행을 위한 문화정책과제 및 교류협력사업 개발연구(한국문화관광연구원, 2007).
- 정인섭(편), 이중국적, 사람생각 2004.
- 정인섭, '우리 국적법상 최초 국민 확정기준에 관한 검토', 국제법학화논총 제43권 제2호.
- 최경욱, '한국에서의 다문화가정 아동의 교육권', 공법학 연구 제13권 제1호.
- 최봉경, 다문화가정에 관한 약간의 가족법적 문제점, 가족법연구 제25권 제2호.
- 최윤철, '다문화사회로의 변화에 따른 입법적 대응', 저스티스 제134권.
- 최윤철, '다문화주의의 헌법적 수용에 관한 연구', 공법연구 제41집 제2호
- 최윤철, '세계화시대에서의 이주법제의 방향에 관한 연구', 법학논총(한양대학교) 제31권 제1호.
- 한수웅, 헌법학, 법문사 2014.
- 홍성수, '한국사회에서 인권의 변동'-세계화, 제도화, 지역화-, 안암법학 제43집(2014).

【토론문】

“세계화와 한국의 다문화주의”에 대한 토론문

장 민 선*

세계화에 따른 이주의 증가로 인해, 국내로 유입된 이주민 집단에 대한 법정정책적 대응을 ‘다문화주의’의 관점에서 비판하고 헌법 및 법률적 개선방안을 제시하신 교수님의 주장에 깊이 공감하면서, 국내의 외국인 정책 또는 이주 정책의 문제점 및 정비방향에 대한 보충 의견을 제시하는 것으로 토론을 갈음할까 합니다.

1. 현행 이주 관련 법제에서 다문화주의 수용 여부

발제자께서 지적하고 계신 바와 같이, 1990년대부터 급격히 증가하기 시작한 외국인 노동자 및 결혼 이주민, 그리고 재외동포 등의 국내 정착을 위해 마련된 이주 관련 법제는 ‘다문화 이해 증진’을 표방하고 있으나 그 내용을 들여다보면 다문화주의보다는 ‘사회통합’을 목적으로 한국사회에 동화를 요구하는 동화주의 입장에 가까운 것으로 보인다.

우선, 국내에 체류하고 있는 외국인 처우에 관한 기본법인 『재한외국인처우기본법』은 재한 외국인의 대한민국 사회에의 적응과 대한민국 발전과 사회통합에 이바지함을 목적으로 한다고 규정하면서(법 제1조), 대한민국에서 생활하는데 필요한 기본 소양 및 지식에 관한 교육, 정보제공 등의 지원(법 제11조), 결혼이민자 및 그 자녀의 국내 조기 적응 지원(법 제12조) 등을 규정함으로써 대한민국 사회에 적극적 또는 소극적 동화를 요구하고 있다. 『다문화가족 지원법』도 다문화가족의 삶의 질 향상과 사회통합을 입법목적으로 하면서(법 제1조), 생활정보제공 및 교육지원, 가정폭력 피해자에 대한 교육 지원, 의료 및 건강관리 지원, 아동의 보육 지원 등을 주요 내용으로 하고 있다. 두 법 모두 다문화 또는 다문화가족에 대한 이해증진을 위한 국가와 지방자치단체의 노력을 규정(재한외국인처우기본법 제18조, 다문화가족지원법 제5조)¹⁾하고 있긴 하다. 그러나 이러한 규정이 이주민의 고유성과 문화적 정체성을 인

* 한국법제연구원

1) **재한외국인처우기본법** 제18조(다문화에 대한 이해 증진) 국가 및 지방자치단체는 국민과 재한 외국인이 서로의 역사·문화 및 제도를 이해하고 존중할 수 있도록 교육, 홍보, 불합리한 제도의 시정이나 그 밖에 필요한 조치를 하기 위하여 노력하여야 한다.

정하고 유지하는데 실질적인 기여를 하고 있다기보다는 다문화사회에 대한 대응 입법임을 확인하는 선언적 의미의 규정이라고 할 수 있다.

이 점은 『재한외국인처우기본법』 제5조에 따라 5년마다 수립, 시행되는 ‘외국인정책 기본계획’에도 그대로 드러난다. 제1차 기본계획(2008-2012)은 우수인재의 유치와 이민자의 사회적응 지원, 결혼이민자 인권보호 등에 치중함에 따라 다문화, 다문화가족에 대한 이해 증진에는 소홀하였다. 2012년에 수립된 제2차 기본계획(2013-2017)은 체류 외국인의 증가를 국가 성장 및 발전의 원동력이 될 수 있도록 경제활성화 지원, 사회통합, 차별방지와 인권보호, 안전사회 구현, 국제사회와의 협력을 정책 목표로 설정하였다.²⁾ 제1차 기본계획의 추진에 있어서 불법체류자의 증가, 법질서 위반행위 증가, 국제결혼 피해의 증가 등의 문제가 발생하자, 이에 대한 대안으로서 외국인의 국적 취득에 있어 영주자격 전치주의 도입, 결혼이민자의 입국심사 강화, 외국인 및 불법체류자 단속 강화 등 국내 생활에 적응도가 높고 사회질서에 반하지 않는 외국인을 받아들이는 쪽으로 정책의 기초를 변경하였다.

이와 같이 우리나라의 외국인 정책 및 법제는 그들의 언어나 문화의 다양성을 존중하는 측면보다는 국내 사회에의 빠른 적응 및 사회통합을 중시하는 입장에 근거해 형성, 발전되었다고 할 수 있다. 그러나, 체류 외국인 또는 이주민을 글로벌 시대에 국가경쟁력 강화를 위해 함께 노력해나가야 할 동반자로 보아야 한다면, 그들의 고유성 및 정체성을 존중하는 바탕 위에서 차별받지 아니하고, 국민과 동등한 지위 및 권리를 보장받을 수 있도록 ‘다문화주의’ 관점에서의 접근이 필요하다.

2. 헌법적 차원에서의 대응 필요성

헌법상 체류 외국인 또는 이주민의 증가에 따른 다문화 사회의 도래에 대응하는 법제 마련을 위한 근거규정은 미흡하다고 할 수 있다. 헌법 제6조가 외국인의 법적 지위에 관해 “국제법과 조약이 정하는 바에 따라” 보장한다고 규정하고 있지만, 이를 통해 이주민 자국의 언어나 문화를 존중하는 전제 하에 외국인 정책이 수립될 것까지 보장되지 않는다. 다문화사회

다문화가족지원법 제5조(다문화가족에 대한 이해증진) ① 국가와 지방자치단체는 다문화가족에 대한 사회적 차별 및 편견을 예방하고 사회구성원이 문화적 다양성을 인정하고 존중할 수 있도록 다문화 이해교육을 실시하고 홍보 등 필요한 조치를 하여야 한다. <개정 2011.4.4., 2013.3.22.>

② 교육부장관과 특별시·광역시·도·특별자치도의 교육감은 「유아교육법」 제2조, 「초·중등교육법」 제2조 또는 「고등교육법」 제2조에 따른 학교에서 다문화가족에 대한 이해를 돕는 교육을 실시하기 위한 시책을 수립·시행하여야 한다. <신설 2011.4.4., 2013.3.23.>

2) “국가 미래를 위한 균형잡힌 외국인정책 추진. 『제2차 외국인정책 기본계획』 확정”, 법무부 2012. 11. 28 보도자료 참조.

의 기본 전제조건이라고 할 수 있는 문화다양성의 보장에 관해서도 헌법 제9조는 적절한 근거가 되지 못한다. 동조는 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”고 규정하고 있는데, ‘전통문화’나 ‘민족문화’를 다양한 문화까지 포함하는 개념으로 보기 어렵다. 한편, 외국인의 기본권 주체성에 관해 헌법은 다양한 기본권의 주체를 ‘국민’이라고 규정하고 있으나, 권리의 성질에 따라서 인간의 권리에 해당하는 것은 외국인도 국민과 마찬가지로 향유할 수 있다고 본다. 이에 따라 자유권적 기본권과 근로의 권리 정도에 대해서만 외국인의 기본권 주체성이 인정되고 있으나 이러한 권리가 실질적으로 보장되고 있는지는 의문이다. 그밖의 참정권이나 사회적 기본권에 대해서는 외국인에게 기본권 주체성이 대부분 인정되지 않고 있다.

따라서, 문화적 다양성이 존중되고, 외국인의 기본적 인권이 실질적으로 보장되는 외국인 정책을 실시하기 위해서는 헌법 차원에서 이들의 권리 보장과 문화적 다양성을 보장하는 내용이 규정될 필요가 있다. 올 초 국회 헌법개정자문위원회에서 발표한 헌법개정안에는 민족 문화 등이 폐쇄적인 개념으로 오인될 수 있으므로, 다문화시대의 문화국가원리에 부합하도록 현행 제9조를 “국가는 전통문화의 계승발전과 문화의 창조, 진흥 및 문화적 다양성 확보를 위하여 노력하여야 한다”로 개정하는 안(안 제10조)이 제시되었다.³⁾ 또한, 기본권의 주체를 몇가지 경우를 제외하고는 ‘국민’에서 ‘사람’으로 변경함으로써 인간의 권리는 국민, 외국인을 불문하고 모든 사람에게 평등하게 인정된 것임을 분명히 하였다.⁴⁾ 이러한 자문위원회의 개정안은 권고적 효력을 가질 뿐이지만, 세계화에 따른 다문화시대 도래에 부응하는 내용을 헌법에 반영한 것으로서 참고할 만하다.

3. 다문화사회에 대응한 이주 관련 법제의 정비방안

이주민 정책 또는 다문화 정책에 대해 제기되어 온 비판은 다음과 같이 정리해볼 수 있다.⁵⁾ 우선, 국내의 이주민 정책은 초기부터 사회적으로 충분한 논의가 결여된 상태에서 수립되어 왔기 때문에 추진 방향이 불분명하다는 지적이 있다. 즉, 초기부터 동화주의 입장을 취한 것은 아니지만, 뚜렷한 정치 철학이 없다보니 동화주의 입장으로 흘러왔다고 한다.⁶⁾ 둘째, ‘다문화’라는 용어가 우리나라에서는 ‘문화다양성’이 아니라 ‘다문화가족’을 지칭하는 말로 통용되면서 차별과 배제를 의미함으로써 그 용어를 폐기해야 한다는 주장도 있다. 셋째, 무

3) 김철수, 헌법개정 자문위원회의 헌법개정안, 『고시계』 제689호(2014년 7월호), 206, 221-222쪽.

4) 김철수, 앞의 글, 195쪽.

5) <다문화정책 5년의 명암> ②흔들리는 ‘다문화’, 연합뉴스, 2012. 12. 22 기사 참조 ; “거주 외국인 500만 시대..이민정책 컨트롤타워 서둘러야”, 이데일리, 2014. 10. 15 기사 참조.

6) <다문화정책 5년의 명암> ②흔들리는 ‘다문화’, 연합뉴스, 2012. 12. 22 기사 참조.

엇보다 다문화 정책이 비판을 받는 가장 큰 이유 중 하나는 지나치게 결혼이민자를 위한 지원 정책에 치중하고 있다는 점이다. 즉, 결혼이주여성을 대상으로 한 시혜적인 서비스에는 많은 예산이 배정된 반면에, 외국인 근로자들에 대한 지원은 상대적으로 매우 부족하다. 또한 내국인과의 역차별 문제도 제기되고 있다. 넷째, 이주민의 유형에 따라 소관부처별로 다양한 정책이 추진되고 있으나, 법체계가 복잡하고 컨트롤타워가 부재함으로 인해 정책의 조정과 협력이 이루어지지 않고 있다. 즉, 결혼이민자를 위한 정책은 여성가족부, 다문화가정 자녀 대상 교육은 교육부에서, 외국인력 정책은 고용노동부에서, 외국인 주민 정책은 안전행정부에서 다룸으로써 정책의 중복과 편중이 발생하고 있다.

따라서, 이와 같은 문제점을 극복하기 위해서, 이주 관련 법제는 다음과 같은 방향으로 정비될 필요가 있다. 첫째, 국내에 체류하고 있는 외국인의 처우에 관해 분명한 입장을 정하고 이를 재한외국인 처우 기본법 등에 기본원칙으로 규정할 필요가 있다. 이 때에는 자국민과 외국인 모두로부터 의견 수렴을 통한 사회적 합의 절차가 선행되어야 할 것이다. 둘째, ‘다문화’ 용어에 대한 불명확하고 부정적 인식 개선을 위해 ‘다문화’의 개념을 정립하고, 현행 『다문화가족지원법』에 ‘다문화’의 정의 규정을 신설하거나, 기존의 ‘다문화가족’의 정의에 서로 다른 언어와 문화를 배경으로 한 자들의 결합이라는 요소를 포함시키는 방안을 고려해볼 수 있다. 셋째, 현행 이주민 정책이 결혼이민자에 편중되어 시행되고 있는 점에 대한 재고가 필요하다. 『다문화가족지원법』은 주로 한국인과 결혼한 결혼이주자(주로 여성)와 이들 자녀의 조기 적응을 돕기 위한 각종 지원책을 폭넓게 마련하고 있는데, 이는 가족을 중시하는 한국인의 정서에 부합하기 때문이다. 결혼이주여성에 대한 지원은 그 여성의 독자적인 보호 및 지원 필요성에 근거한 것이 아니라 그녀가 한국인과 결혼했고, 그와의 사이에서 한국인 자녀를 출산했다는 이유로 이루어지는 것이므로 ‘가족’을 매개로 하지 않은 다른 이주민에 대한 지원은 상대적으로 약하다. 결혼이주여성은 가정 내에서의 폭력과 차별의 대상이 될 수 있는 위험성이 높은 만큼 이들에 대한 인권 보호 정책은 강화될 필요가 있다. 한편, 다문화가족에 대한 지원은 그 이외의 가족에 대한 역차별의 결과를 가져올 수 있다는 지적에 대해 한국내에서 인종이나 국적 등에 따라 차별받지 않고 살아갈 수 있는 상황이라면 그러한 차별적 지원을 철폐하는 것이 바람직하지만, 아직까지 다문화가족은 경제적, 사회적, 문화적으로 열악한 지위에 있으므로 당분간은 이러한 지원을 유지하되 단계적으로 줄여나가는 방안을 고려해볼 수 있다. 넷째, 소관부처별로 이주민에 대한 정책이 중복될 수 있는 문제를 해소하기 위해서는 부처간 업무를 조정할 수 있는 권한을 가진 단일의 컨트롤타워가 필요하고, 이를 중심으로 한 정책의 통폐합을 추진할 필요가 있다. 여기에는 관련 법제의 통폐합을 통한 통합 법률의 제정이 함께 이루어져야 할 것이다.

【토론문】

“세계화와 한국의 다문화주의”에 대한 토론문

손 윤 석*

세계화라는 개념은 전세계적 통신기술의 발달과 교통수단의 다양화 등을 통해 이루어지고 있지만 상당수의 국민은 세계화를 단순히 우리의 문화가 해외로 나가서 퍼지는 것으로 이해하는 경우도 많습니다. 그러나 우리나라도 저출산 고령화 사회로 본격 진입하면서 국제결혼 및 이주노동자 등의 증가로 인해 다문화사회로 접어들었고 이는 우리나라도 세계화의 조류에 좋은 싫든 편승되어 있다는 것을 의미합니다.

발표자께서는 세계화와 다문화주의 그리고 문화다양성에 대하여 다양한 견해를 소개하면서 특히 한국에서의 다문화주의에 대해 입법과 정책적 측면을 아우르는 분석을 해 주셨습니다. 이 글을 읽으면서 저 또한 많은 부분에서 공감을 하였고 새로운 시선으로 다문화현상을 바라볼 수 있는 계기가 되었습니다.

발표문을 읽으면서 발생한 학문적 궁금증의 해소를 위한 몇 가지 질문으로 토론에 갈음하고자 합니다.

첫째, 국내 이주외국인 중 특히 외국인근로자와 관련하여 이들에 대한 강력한 통제, 영주 및 가족 재결합의 금지, 노동자의 권리 거부 등에 의해 이주자와 원주사회와의 갈등원인이 되거나 그 가능성이 예상된다고 평가하셨는데 외국인 노동자에 대한 이러한 정책들은 한편으로는 외국인 노동자가 우리 사회에 (합법적이든 불법적이든) 정착하게 되면 발생할 수도 있는 원주민사회와의 갈등을 미연에 방지하려는 의도도 내포되어 있는 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 예컨대 외국인근로자의 경우에는 이들로 인해 국내인력의 일자리부족 문제가 야기될 수 있고, 또한 이들이 한국에 정착하거나 불법체류를 할 경우 발생할 우려가 있는 다양한 사회적 문제와 비용 등을 감안하여 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’에서는 외국인 근로자에 대해 엄격한 법적 규제를 하고 있는 것으로 보입니다. 물론 외국인근로자가 담당하는 순기능적인 역할과 현재 우리나라가 직면하고 있는 저출산·고령화의 문제 및 다문화의 현상, 그리고 인간이 가지고 있는 보편적 인권이라는 측면을 감안하면 외국인근로자를 단순히 단순기능적인력만으로만 파악할 것이 아니라 우리나라의 경제발전의 한 축으로 인식하여 현재

* 법학박사, 지방행정연수원 교수

보다 외국인근로자를 더 배려하는 것이 바람직하고 그러한 관점에서 본다면 현재의 법제도는 개선이 필요하다라는 점에서 발표자의 의견에 공감합니다. 그러나 외국인근로자를 우리 사회에 전면적으로 포섭하는 정책으로의 급격한 선회 또한 여러 문제를 야기할 수 있다고 생각됩니다. 따라서 외국인근로자와 관련된 문제에서는 사업장변경의 자유가 인정되고 출국 후 재입국 및 재취업이 자유로운 특례고용허가제의 확대를 통해 문제점을 완화하는 방안이 어떨지 궁금합니다. 현재는 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률 제2조 제2호에 따른 외국국적동포를 대상으로 하는 것으로 대한민국정부 수립 이전에 국외로 이주한 동포를 포함하여 대한민국의 국적을 보유하고 있던 자로서 외국국적을 취득한 자와 부모의 일방 또는 조부모의 일방이 대한민국의 국적을 보유하고 있던 자로서 외국국적을 취득한 자를 대상으로 특례고용허가제가 인정되고 있지만 외국국적동포 뿐만 아니라 세계 여러 나라에서 온 외국인을 대상으로 범위를 확대시키는 것을 검토하는 것도 하나의 방법이 될 수 있을 듯 합니다. 이에 대한 발표자의 의견을 여쭙고 싶습니다.

둘째, 발표자께서는 외국인의 법적 지위를 상호주의에 따라 인정하는 입장에 대하여 헌법 제6조의 해석을 통해 비판하고 있습니다. 따라서 외국인의 기본권 주체성을 인정함에 있어서 상호주의에 따른 제한을 가하는 것을 반대하고 있는 것으로 보입니다. 또한 외국인의 기본권 주체성을 확대하기 위하여 헌법 제6조의 체계적 해석을 통한 방법을 제시하였습니다.

현재 우리 사회가 이미 다문화사회로 진입하였고 추후 국내에 체류하거나 거주하는 외국인의 수가 증가하리라 예상되는 상황에서 더 이상 외국인에 대한 기본권주체성을 보수적으로 제한하는 것은 바람직하지 않다는 점에 저도 동감합니다. 다만, 기본권은 헌법적 차원의 권리인데 국제법과 조약은 법률과의 효력상 우열의 문제는 차치하더라도 그 효력의 근거는 헌법 제6조가 될 것입니다. 따라서 외국인의 기본권주체성을 확장하기 위해 헌법 제6조에 따른 해석을 근거로 제시하는 것은 한계가 있는 것이 아닌지 여쭙고 싶습니다. 오히려 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 근거로 하여서, 외국인의 기본권을 상호주의에 의거하여 제한하는 것은 하나의 인간인 외국인을 도구화하는 것이고 이는 결국 인간의 존엄성에 위반하는 것으로 이론구성을 하는 것은 어떨지 궁금합니다.

몇 가지 궁금증을 질문으로 드렸지만 기본적으로 훌륭한 발표문을 읽어보면서 한국에서의 문화다양성과 다문화주의에 대해 많은 공부가 되었고 새로운 시각을 가지는 계기가 되었습니다. 이렇게 좋은 기회를 주신 최윤철 교수님과 공법학회 여러분께 진심으로 감사드립니다.

【법제연구원】

안전국가 정착을 위한 입법적 과제

— 에너지 안전법제를 중심으로 —

김 종 천*

- I. 들어가는 말
- II. 안전국가 정착을 위한 국가의 안전보호의무 이론
- III. 안전국가 정착을 위한 에너지안전법제 분석
- IV. 안전국가 정착을 위한 에너지안전법제의 입법과제

I. 들어가는 말

국민의 생명과 신체 등의 안전성을 보장하지 못하는 국가는 사실상 존재할 필요성이 없을 것이다. 왜냐하면 안전국가를 정착시키는 것, 그것이야말로 국가가 가장 기본적으로 추구하여야 하는 책무이자 존재하는 이유이기 때문이다. 그런데, 대한민국 건국이후 발생한 대형사고의 유형을 분석해보면, 1970년에 마포구 창전동 와우아파트 붕괴사고로 33명 사망, 39명 부상, 1992년 신행주대교 붕괴, 1993년 청주 우암상가아파트 붕괴사고로 27명 사망, 48명 부상, 1993년 서해훼리호 침몰사고로 292명 사망, 1994년 10월 21일 성수대교 붕괴 32명 사망, 17명 부상, 1995년 대구 상인동 가스폭발사고로 101명 사망, 145명 부상, 1995년 6월 29일 삼풍백화점 붕괴로 502명 사망, 2000년 대구 신남네거리 지하철 공사현장 붕괴사고로 3명 사망, 2003년 2월 18일 대구 지하철 방화사고로 190명 사망, 2005년 10월 6일 물류창고 붕괴사고로 9명 사망, 5명 부상, 2012년 9월 27일 구미불산사고 5명사고 18명 부상, 2014년 2월 17일 경주 마우나오션 리조트 지붕붕괴로 10여명 사망, 2014년 4월 16일 진도 인근 해상에 침몰하면서 승객 300여명이 사망하고, 172명만이 구조된 대한민국에서 발생한 가장 불행한 해양안전사고로 기록 되고 있다.¹⁾ 아직까지도 우리국민들의 뇌리에 지워지지 않고 있다는 점에서 많은

* 한국법제연구원 글로벌법제전략연구실

1) 2014년도에 발생한 사고로 울산 현대 중공업 LPG 화재 사고(4월 21일)로 2명 사망, 2명 부상, 경기도 고양터미널 화재사고(5월 26일)로 8명 사망, 부상 61명, 전남 장성 요양병원 화재사고(5

아픔과 커다란 정신적 고통(트라우마)을 안겨주고 있으며, 세월호참사는 우리 국민들에게 더 많은 반성과 성찰을 하도록 요구하고 있으며, 맹골 수도에서도 기다리고 있다. 이미 독일의 사회학자 U. Beck은 현대사회를 리스크사회(Risikogesellschaft)라고 간파한 바 있으며, 과학기술의 발전과 활용에 더 많은 성찰을 필요로 한다고 점을 생생하게 증명해 주고 있다.²⁾

2014년 한 해를 뒤돌아보면, 대한민국을 후진국형 대형사고 공화국이라고 불러야 할 것이다. 이렇게 불러야 하는 근본적인 이유는 대한민국의 돌진적 근대화³⁾라는 짧은 기간 내에 정해진 목표를 달성하고자 수단과 방법을 가리지 않는 “토건국가” 및 “빨리빨리”, “성장” 및 “성과”지상주의에 기반하고 있었기 때문이다. 즉 우리나라는 짧은 기간 동안 압축적 근대화를 이룬 사회이므로 성장의 양지가 밝음만큼이나 고통의 그림자도 길게 드리워져 있다. 이러한 고통의 그림자를 제거하기 위하여는 또 다시 과학기술을 발전시켜 이용하여야 한다. 따라서 과학기술발전에 따른 고속성장은 국민의 생활에 안락함과 풍요로움을 안겨주고 질병으로부터 해방시켜 주지만, 반면에 환경파괴와 계속되는 초대형 안전사고를 일으키게 되는 주된 요인이 되기도 한다. 어쩌면 과학기술의 발전은 성장과 리스크·위험을 동반하는 동전의 양면과도 같다고 할 것이다.

그러므로 우리나라의 대형사고의 유형 중에서도 순식간에 국민의 생명과 신체 및 재산 등을 아주 완벽하게 뺏어가는 것으로는 “2011년 3월 11일 일본 후쿠시마현 센다이 동쪽 179킬로미터 해저에서 발생한 지진으로 원자력발전소가 폭발사고”, “가스누출 또는 가스시설물의 안전관리” 부주의로 유발되는 “가스폭발사고”, “전기화재로 2008년 44명, 2009년 43명, 2010년 48명, 2011년 27명, 2012년 49명, 2013년 4명이라는 전기안전사고”를 들 수 있는바, 이러한 원자력, 가스, 전기사고의 리스크와 위험으로부터 국민의 생명과 신체 등의 안전성을 확보하기 위하여 에너지안전법제(원자력안전법제, 가스안전법제, 전기안전법제)를 중심으로 분

월 28일)로 21명 사망, 부상 7명, 강원도 고성 22사단 임보병장 총기난사 사고(6월 21일) 5명 사망, 6명 부상, 세월호 수색지원 소방 헬기 추락사고(7월 17일) 5명 사망, 성남 판교 테크노밸리 환풍기 추락사고(10월 17일) 16명 사망 11명 부상을 당했다.

- 2) 울리히 벡은 리스크사회에서 사회적 공범은 계층적이면서 차별적인데 반해 위험(예: 스모그 등)은 민주적이다. 리스크사회는 “위험의 개인화”를 낳고 있는데, 개인은 점차 독립적으로 되지만, 그 독립은 새로운 대가, 다시 말해 “전문가에 의존”하고 “인지적 주권”이 위협받는 상황에 노출하게 된다. 즉 개인의 자율성은 증대됨에 따라 불안이 증대된다는 점에서 끝없는 위험과 끝없는 삶의 위기가 도래하게 된다. 따라서 울리히 벡은 이러한 해결방안으로 제2의 현대성 즉 성찰적 현대성을 “성찰적 반성”으로 대응하여야 한다고 주장하고 있다.(U. Beck, Risikogesellschaft- Auf dem weg in eine andere Moderne-, (Suhrkamp Verlag, 1986); 홍성태 역, 『위험사회 - 새로운 근대성을 위하여 -』(새물결출판사, 1997), 49~170면).
- 3) 홍성태, 『대한민국 위험사회』(당대출판사, 2007/11), 122~152면; 김대환, “돌진적 성장이 낳은 이중 위험사회”, 『사상』 제38호(사회과학원, 1998), 26~40면; 이재열, 『한국사회의 위험구조의 변화』(정보통신정책연구, 2005/12); 임현진외 7인, 『한국사회의 위험과 안전』(서울대학교 출판부, 2003), 48~58면.

석하고, 향후 에너지안전법제의 개선 방향성을 모색하고자 한다.

II. 안전국가 정착을 위한 국가의 안전보호의무 이론

1. 안전국가 정착을 위한 국가의 안전보호의무

현대사회에서 인간의 생존과 번영을 위해서는 과학기술의 발전을 계속 필요로 한다. 그러나 과학기술의 발전은 인류에게 안락함과 풍요로움을 가져다 주는데 반하여, 그로 인하여 발생하는 부작용으로 국민의 생명과 신체의 안전 등을 빼앗아 간다. 예컨대 과학기술의 발전에 따른 결과물로 인한 미세한 입자와 분자, 독극물, 전기, 가스, 바이러스, 박테리아⁴⁾, 원자로, 철도, 항공, 자동차, 방사성폐기물 등의 많은 리스크와 위험이 국민의 생명과 신체 등에 대한 안전을 위협하고 있다.⁵⁾

이러한 리스크와 위험으로부터 국민의 생명과 신체 등을 사전에 방지할 의무는 국가에게 있는데, 그 이론적인 출발점은 국가목적이론에 있다. 근대국가철학에서 출발한 국가목적학은 절대적 군주론을 주장하는 T. Hobbes의 이성법에 근거하여 John Locke, Jean-Jaques Rousseau에 의하여 거듭 발전을 하였다. 이 시대의 국가철학에서 볼 때, 국민은 국가가 안전 및 평화를 보장하고 자유롭게 살아가게 하도록 한다는 전제하에서 국가에게 권력을 이양하고 스스로 권력행사를 포기하였다. 이에 국가는 위험방지를 할 과제를 부담하게 되었다. 그러므로 국민의 생명과 신체 등에 대한 위험을 방지할 국가의 안전보호의무는 국가목적에서 도출된다. 그러나 근대입헌주의 발달로 국가목적은 헌법속에 법전화 되었고, 작금의 시대에서는 국가의 정당성을 국가의 목적에서 찾아야 할 필요성이 사라지게 되었다.⁶⁾

4) 2011년 독일 슈퍼박테리아 확산은 독일에서 슈퍼박테리아로 불리우는 장출혈대장균이 원인이었다. 2011년 6월 26일 현재 사망자가 모두 44명이다. 이러한 원인으로 독일정부는 독일북부 농장의 새싹이 원인인 것으로 파악하고 있다. 최근 우리는 이전에 접하지 못한 리스크사건을 접하게 되면서, 즉 일본의 후쿠시마 원전사고와 독일의 슈퍼박테리아의 문제로 하여금 U. Beck이 말하는 리스크사회라는 것을 웅변해 주고 있다.

5) 이종영, “생물무기협약의 이행을 위한 입법방안”, 『토지공법연구』 제24집(한국토지공법학회, 2004/12), 429~454면; 배우철, 『생물학무기』(살림출판사, 2003), 14~41면; 이재열, 『바이러스 삶과 죽음사이』(지호출판사, 2005), 17~258면; 권영근, 『위험한 미래-유전자조작식품들이 주는 경고』(당대출판사, 2000), 1~378면; 박종원, 『환경리스크 대응법제 연구』, 2009; 김현준, 『환경행정법에서의 위험과 리스크』, 행정법연구 제22호(2008.12.) 133면 이하; 김은주, 『리스크 규제에 있어 사전예방의 원칙이 가지는 법적 의미』, 행정법연구 제20호(2008.04), 67면 이하; 박효근, 『환경영역에서 리스크방지를 위한 협동원칙』, 한양법학 제22집(2008.2.) 289면 이하; 동인, 『예방적 환경리스크관리의 법적 방안』, 환경법연구 제28권 제1호(2006.5.), 657면.

6) W. Brugger, Freiheit und Sicherheit-Eine staatsrechtliche Skizze mit praktischen Beispielen, 2004,

우리인류는 과학기술발전에 따른 부산물로 인한 국민의 생명과 신체 등의 안전성 확보에 대한 문제는 모든 법분야, 즉 「헌법」을 정점으로 위협과 관련된 안전행정법분야로 放射하게 된다. 헌법적 관점에서 안전의 문제는 인간의 생명·신체·건강이라고 하는 대체불가능한 가치와 관련되는 문제이다. 이는 모든 법적 가치의 기본적 전제이며, 모든 국가작용(입법부, 행정부, 사법부)의 전제요건으로 인식된다. 우리나라 「헌법」 제10조 전단은 “모든 국민은 인간의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”고 규정하고 있다. 또한 후단에서는 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있다. 즉 「헌법」 제10조는 모든 국민은 인격적으로 존엄함을 규정하고 있고, 국민의 생명과 신체에 대한 권리는 입법부, 행정부, 사법부가 국가작용을 행함에 있어서 최대한 존중할 것을 요구된다고 하겠다.⁷⁾ 이러한 관념은 「헌법」이 갖는 가장 기본적인 원칙이며, 다른 어떠한 법적 원리도 이러한 기본적 원칙으로부터 구체화된 것으로 볼 수 있다. 그리고 다른 하위법규범체계도 이러한 기본적 원칙이 지니는 가치를 침해하지 않도록 법률을 입법화하고, 해석하고, 적용하여야 한다. 따라서 인간의 존엄과 가치로서의 기본권에 대한 이러한 이해에 의한다면 기본권은 국가를 비롯한 어떠한 주체로부터 “주관적 방어권”뿐만 아니라 국가행정의 지도원리를 포괄하는 “객관적 가치질서”를 형성하는 것이다. 여기서 국민의 생명과 신체 등의 기본권을 보호하여야 할 국가의 안전보호의무가 도출된다고 보아야 한다. 즉 국가의 안전보호의무는 기본권을 효과적으로 보호하기 위하여 모든 사실적인 침해로부터의 보호까지를 포함하고, 특정된 절차적인 보호도 요구한다고 한다.⁸⁾

또한 원자력, 가스, 전기와 관련된 국가의 안전보호의무의 근거로 「헌법」 제34조 제6항에 “국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다”고 정하

S. 56ff., 86ff.; ders., Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher staats- und Verfassungsverständnisse, in: (VVDSIRL 63, 2003), S. 101(111ff); H. Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., (Göttingen, 1990), S. 116.

7) 독일 연방헌법재판소는 1958년 1월 15일 판결(Lüth판결)에서 독일기본법은 기본권 질서에서 객관적 가치질서 역시 확립하고 있으며, 객관적 가치를 통하여 기본권 효력의 원칙적인 강화를 표현하고 있다는 견해에 입각하여 모든 법분야(입법·사법·행정영역)에 대한 基本權의 放射效理論을 인정하였다(P. Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1997, S. 37ff.).

8) H. H. Klein은 기본권의 객관법 원리[차원]에서 기본권을 보호할 국가의 특정된 의무, 즉 국가의 안전보호의무가 도출된다고 한다.(ders., Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl, 1994/5, S. 489f.; D. Murswiek, Umweltschutz-Staatszielbestimmung oder Grundsatznorm?, (ZRP, 1988), 14ff.; J. Dietlein, Die Lehre von den Grundrechtlichen Schutzpflichten, (Berlin, 1992), 51ff., 155ff.; A. Pietrzak, Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext, (Jus, 1994), S. 748f(749).; W. Köck, Risikovorsorge als Staatsaufgabe, (AöR 121, 1996), S. 1ff(14).; M. Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, (Tübingen, 2000), S. 236f.; C. Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, (Tübingen, 2001), S. 312ff.; ders., Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat, (ZRP, 2002), S. 1ff(3); P. Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 37ff.; P. Preu, Freiheitsgefährdung durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, (JZ, 1991), S. 265ff.).

고 있다. 이는 과학기술발전에 따른 현대산업 사회에서 발생하는 공해와 환경재해로부터 국민의 생명과 신체의 안전을 확보하고, 더 나아가 국민은 쾌적한 환경을 통해 인간다운 생활을 할 수 있도록 「헌법」에서 보장하고 있다.⁹⁾

독일은 국가의 안전보호의무의 헌법적 근거로 기본권 규범이며 또한 주관적 방어권과 더불어 존재하는 기본권의 객관적 가치질서의 차원이라고 한다. 즉 기본권은 헌법적 근본결단으로서 법의 모든 분야에서 효력을 가지며 입법, 행정, 사법에 指針과 動因을 부여받은 客觀的 價値秩序이다. 즉 기본법 제1조 제1항 제2문에 명시적으로 규정된 인간존엄을 보호해야 할 국가의 의무는 국가의 보호의무의 명문조항에 해당된다.¹⁰⁾ 그리고 독일 연방헌법재판소는 제1차 낙태판결에서 태아의 생명보호를 위한 국가의 안전보호의무를 직접 생명권(독일기본법 제2조 제2항 제1문)에서 도출하였고, 더 나아가 “인간의 존엄을 존중하고 보호하는 것은 국가의 의무이다”고 규정하고 있는 기본법 제1조 제1항 제2문을 근거로 삼았다.¹¹⁾ 태아의 보호의무는 입법부, 사법부, 행정부의 모든 국가기관에 있으며, 모든 국가기관은 태아를 보호하고 출산을 촉진될 수 있도록 법질서를 형성하여야 하는 의무를 지니고 있다. 그리고 제2차 낙태판결¹²⁾에서도 태아의 생명에 대한 보호의무를 제1조 제1항으로부터 직접 도출된다고 했다. 이러한 국가의 기본권보호의무가 立法者에게는 태아를 보호하기 위한 작위 및 부작위의 범규범을 입법할 것을 요구하게 된다. 독일기본법 제1조 제1항 제2문은 국가에게 인간의 존엄에 대한 보호의무를 부과했으며, 이러한 의무조항으로부터 국가는 개별기본권에 기초하는 인간의 본질적인 내용을 보호하여야 할 의무를 지게 된다. 이는 모체에 의하여 태아의 생명권이 위협받는 것과 같이 국가가 아닌 제3자에 의하여 인간의 존엄성이 위협받는 경우에도 유효하게 적용된다.¹³⁾

한편, 국가의 안전보호의무론을 체계화 한 독일 J. Isensee 교수는 “객관적 가치질서”를 원용하는 것은 결코 설득력 있는 근거가 아니라고 했다. 왜냐하면 기본권이 객관적 가치질서를 가진다고 가정해 보면, 이 개념 자체가 법학적 근거를 제공하는데 추상적이고 애매모호하기 때문이라고 한다. 이러한 객관적 가치질서라는 개념의 의미는 방어권으로 존재하는 것을 방

9) 의약품안전성 확보와 관련하여 국가의 안전보호의무의 근거로는 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다”고 규정한 「헌법」 제36조 제3항이 결정적인 방향추가 된다. 의약품안전성 확보에 관한 국가의 안전보호의무는 특히, 국가는 적합한 안전기준을 입법을 통해, 국민의 기본권영역에 대한 제3자(제조사, 의사, 약사 등)의 위법한 개입이 일어나지 않게 배려하여야 한다. 즉, 약사법과 같은 입법차원에서 국가는 제3자의 자유와 국민의 건강에 대한 안전이 최적화하는 방향으로 입법을 통해서 의약품의 안전을 위한 보호의무를 이행하여야 한다.

10) BVerfGE 49, 89(142).

11) BVerfGE 39, 1(41).

12) BVerfGE 88, 203.

13) D. Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik- Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, (Berlin, 1985), S. 125.

지하고 그 밖의 다른 기능들을 가능하게 하기 위하는 데 있다.¹⁴⁾ 따라서 J. Isensee 교수는 국가의 안전보호의무 근거를 基本權 外的인 근거, 즉 安全이라는 國家的 課題에서 찾고 있다. 安全은 과학기술발전에 따른 현대국가 존재하고 그 때문에 국민들로 하여금 복종을 요구하게 되고, 國家에게는 權力獨占權을 부여하는 국가의 존립목적이라고 한다.¹⁵⁾ 安全이라고 하는 국가의 과제는 헌법에 명문으로 규정되어야 하는 것은 아니라고 한다. 왜냐하면 安全은 국가가 존재하는 당연한 전제조건이기 때문이다. 따라서 J. Isensee 교수는 安全이라는 국가적 과제는 헌법의 명문으로 규정되어 있든지 아닌지 여부와 관계없이 헌법의 실질적 중대한 구성부분이라고 한다.¹⁶⁾ 결국 J. Isensee 교수가 주장하는 “安全”이란 보호법익을 다른 시민과의 관계에서 침해받지 않는 상태, 즉 “법익의 불가침 상태”를 의미한다.

2. 안전국가 정착을 위한 가늠 잣대 : 과소금지원칙

안전국가 정착을 위한 가늠 기준으로 「헌법」 제37조 제2항은 입법부, 사법부, 행정부에서 판단하는 기준으로 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 하는 “비례의 원칙”을 준수하여야 한다. 물론 「헌법」이 보호하고 있는 국민의 생명과 신체의 안전 등에 관한 기본권은 모든 재해나 위험을 완벽하게 제거하는 것을 전제로 할 수는 없지만, 가능한 인간의 실천이성의 기준으로 위험을 최소화할 수 있는 법률을 입법화하도록 입법자에게 입법형성권을 부여하고 있다.¹⁷⁾

14) J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in : ders., / Kirchhof(Hrsg.), HdbStR Bd. V, 1992, §111, S. 185.

15) 홉스는 인간은 원래 사악하고 비사회적인 존재이다. 즉 인간은 타인에 의한 늑대일 수밖에 없다. 그 결과 인간들의 자연상태는 서로 서로 믿지 못하는 “만인에 의한 만인의 투쟁상태”를 말하고, 그는 인간을 보호하고 평화와 안전을 유지하기 위한 수단으로 國家와 國家에 의한 法이라고 한다.(U. Volkmann, Sicherheit und Risiko als Probleme des Rechtsstaats, (JZ, 2004), S. 697.; M. Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, (2002, Tübingen), S, 7f.; W. Brugger, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, (VVDStRL 63, 2004), S. 101ff.).

16) J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 33f.; ders., Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in : ders., / Kirchhof(Hrsg.), HdbStR Bd. V, 1992, §111, S. 186f.; 그리고 독일연방헌법재판소(BVerfGE 49, 24(56f.))도 국가적 과제로서 안전을 인정하고 있다. 안전에 관한 헌법적 전통의 기본권에 관해선 홉스의 국가철학사상, 로크의 국가철학 사상을 통화하여 정당화하고 있다.

17) 최근 우리나라 헌법재판소에서 과소금지의 원칙을 잣대로 심사를 하고 있다. 이에 관련하여 교통사고 처리특례법 사건(1997. 1. 60. 90헌마110등), 공직선거법상 확정기 선거운동 사건(2008. 7. 31. 2006헌마711), 미국산 쇠고기 수입의 위생조건에 관한 고시사건(2008. 12. 26. 2008헌마419)을 들 수 있다. 過少禁止의 原則과 관련하여 자세한 내용은 김종천, “과학기술발전에 따른 리스크·위험방지를 위한 국가의 안전보호의무”, 『외법논집』 제33권제1호(한국외국어대학교 법학연구소, 2009/2), 32면 이하 참조.

즉, 에너지안전법제(원자력, 전기, 가스)의 입법자는 보호의무의 이행을 위해 과소보호금지(Untermaßverbot)의 원칙을 존중하고, 과잉금지의 원칙(Übermaßverbot)을 존중하여야 하는 국가의 보호의무 한계를 가진다. 과소보호금지란 국민의 생명, 신체, 안전 등을 보호하기 위하여 법률을 형성함에 있어, 국민의 안전을 확보하기 위한 최저한도로 수준에 부합하는 규정을 두어야 한다. 즉 국가, 입법자는 국민의 생명과 신체 등의 안전성을 보호하기 위하여는 사업자의 권리를 침해하는 경우에 과잉금지의 원칙을 준수하여야 할 뿐만 아니라 이 원칙의 범위내에서 국민의 생명과 신체 등의 안전실현을 보호하기 위한 과소금지의 원칙을 준수하여야 한다.¹⁸⁾

“침해를 통한 보호”의 상황에서 과잉-과소(보호)금지 (Über- und Untermaßverbot in der Konstellation “Schutz durch Eingriff”)	
만약 A의 기본권을 보호의 목적으로 B의 기본권을 침해하게 된다면, 목적에 대한 수단이 비례관계에 있지 않으면 안된다.(비례성의 원칙)	
목적에 대한 수단이 A의 권리에 과잉침해를 야기해서는 안된다.(과잉금지)	목적에 대한 수단이 B의 권리에 대한 과소보호를 실현하여야 한다.(과소금지)
a) 목적달성에 대한 수단은 적합하여야 한다.(적합성)	
b) 목적을 달성하기 위한 수단은 (A에게 결정적으로 보다 적게)약화되어서는 안되고, 동등하게 (B의 열등하지 않은 보호)좋은 수단을 제공하여야 한다.(필요성)	b) 목적을 달성하기 위한 수단은 (B의 더 좋은 보호)보다 나은 것이 아니라, 동등하고 관대한 수단(A에 강력한 침해가 아닌)을 제공하여야 한다.(효과성) ¹⁹⁾
c) 만약 A에 야기된 침해가 존재하는 경우, B 권리의 관점에서 수인가능성이 존재한다.(수인가능성=기대가능성)	c) 만약 B로부터 계속된 침해의 위험이 존재하는 경우, A의 권리의 관점에서 수인가능성이 있다.(수인가능성=기대가능성)

18) 예컨대, 독일 연방행정법원장을 역임하였던 F. Werner의 “헌법구체화법으로서의 행정법”이라는 말은 헌법에 대한 행정법의 종속성을 잘 표현하고 있다. 과학기술의 발전에 따른 위험시설물과 관련하여 헌법의 다양한 가치의 실현을 안전행정법이 담당한다. 고로 과학기술의 발전에 따른 위험시설물과 관련된 안전행정법은 국가가 시설의 효율성을 위하여 집중효 제도를 동반한 신속한 허가절차를 규정하는 한편, 그 리스크 또는 위험을 축소 또는 방지하기 위하여 각종의 안전규제 제도(허가, 신고, 등록, 검사, 행정지도, 부담금, 경고, 권고, 정보제공, 리스크커뮤니케이션, 리콜제도, 안전네트워크 형성 등)를 마련하고 있다. 이러한 리스크 또는 위험을 축소 또는 방지하기 위하여 행정계획, 다단계행정절차, 환경영향평가, 주민참여 등을 집중적으로 논의하고 있다.

19) 효과성(Effektive)이란 침해강도에 대한 보호수준의 최적화를 의미한다. 또한 경영학과 행정이론의 학문적인 어의에서 효과성이란 (희생자에 대한 기본권보호) 효용의 극대화와 동일하게 (가해자에 대한 기본권개입의 강도)의 지속적인 비용을 의미한다.(G. Krings, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche -Die subjektivrechtliche Rekonstruktion der grund rechtlicher Schutzpflichten und ihre Auswirkung auf die verfassungsrechtliche Fundierung des Verbrauchervertragsrechts-*, Berlin, 2003, S. 303ff.; L. Michael, *Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatz der Verhältnismäßigkeit-Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze*, JuS, 2001, S. 148ff.).

따라서 원자력발전소, 가스시설, 전기시설로 부터 발생할 수 있는 폭발사고와 화재에 관한 국가의 안전보호 의무는 입법자가 국민의 기본권을 보호하기 위한 最低限度의 水準을 만족시키는 法律 및 安全規制制度를 입법화했는지가 관건이다. 즉, 과소금지 원칙에 적합한가의 여부에 관하여 M. Möstl 교수가 “침해를 통한 보호”의 상황하에서 “과잉-과소(보호)금지”에서 제안하고 있다.²⁰⁾

그러므로 국가의 안전보호 의무의 실현은 제1차적으로 “에너지안전법제의 입법자”에게 원자력발전소, 가스시설, 전기시설로부터 야기될 수 있는 안전의무를 이행할 책임을 부여받는다.²¹⁾ 2차적으로 행정부가 입법부에서 제정되고 개정된 법률에 따라 법집행을 하여야 하고, 이에 사법부는 행정부가 법집행을 자의적으로 하였는지 여부에 대하여 판단을 하여야 한다.

Ⅲ. 안전국가 정착을 위한 에너지안전법제 분석

1. 개관

우리나라 「원자력안전법」은 원자력발전소의 허가를 건설허가와 발전용 원자로 및 시설운영 허가 등 2단계로 하고 있으며, 허가시 제출되는 서류·공사기법 등은 원자력의 안전과 직결되는 것으로 아주 중요하다. 원자력발전소의 규제기관인 원자력안전위원회는 원자력의 설계의 완전성과 원자력에 적합한 기술기준의 선택여부 및 원자력시설에 따르는 운영의 여부에 대하여 심사하게 된다. 원자력발전소와 관련하여 가장 중요한 것은 원자력발전소 허가시에 부지선정문제, 원자력발전소 설계문제, 건설방식의 안전성 문제, 주민의 동의 등으로, 이는

20) M. Möstl, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung-Sicherheits gewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union*, 2002, S. 99ff(112).; ders., *Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten*, DÖV, 1998, S. 1029ff.(1039f.).

21) 즉 입법자는 원자력, 전기, 가스시설로 야기될 수 있는 리스크와 위협으로부터 국민의 안전을 확보하기 위하여 그 리스크와 위협을 미리 사전에 예방하여야 하는바, 이러한 법원리로 “사전예방의 원칙” 또는 “사전배려의 원칙”이라 한다. 즉, 사전예방의 원칙 또는 사전배려의 원칙은 未來豫測的이고 形成的인 計劃的 措置들을 통하여 모든 사회적·국가적 행위주체들이 환경보호적으로 행동하고 이들이 결정을 내림에 있어서 가능한 환경영향을 고려하도록 함으로써 생태계의 기초를 보호해야 한다는 원칙을 말한다. 다시 말하면, 손해가 이미 발생하였다면 위험이 존재한다는 것은 명백할 것이나, 위험상태가 절대로 발생하지 않도록 하고 가능한 한 불가역적인 인과의 연쇄가 진행되지 않도록 할 뿐만 아니라, 이미 손해가 증명된 경우에는 물론 손해가 증명되지 않은 경우에도 국가의 보호조치가 가능하도록 하는 노력을 사전예방의 원칙 또는 사전배려의 원칙이라 한다.(P.-T. Stoll, *Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft-Verfassungsordnung, Umwelt- und Technikrecht im Umgang mit Unsicherheit und Risiko*, Tübingen, 2003, S. 319f.)

허가행정청이 심사할 대상이다. 그리고 발전용원자로 및 시설운영허가는 원자력발전소 건설 허가내용이 확실하게 이행되었는지 여부와 원자력발전 운영시에 일어날 수 있는 사고를 검사하는 것이다. 이와 더불어 원자력발전소 운영시에 방사선 누출로 인하여 국민의 생명과 신체 등의 안전성을 확보하기 위한 것을 검토된다. 또한 원자력발전소를 건설하는 과정에서의 국민의 생명과 신체 등의 안전성 확보뿐만 아니라 원자력발전소의 이용과정에서 발생하는 부산물을 저장하는 “방사성폐기물관리시설을 건설하는 데에도 국민의 생명과 안전을 보호하기 위하여 안전성을 확보할 수 있는 안전규제수단”을 필요로 한다. 원자력발전소로부터 배출되는 방사성폐기물의 종류로는 작업복, 공구, 필터, 이온교환수지 같은 방사능 준위가 낮고 포함하고 있는 방사성물질의 반감기가 짧은 중·저준위 방사성폐기물과 방사능 준위가 높고, 플루토늄 등 반감기가 긴 동위원소를 포함하고 있는 고준위방사성폐기물인 사용후핵연료에 관한 법정책적인 문제를 해결하여야 할 것이다.²²⁾ 따라서 원자력발전으로 풍부한 에너지 자원을 확보하여 삶의 질을 높이고, 깨끗하고 쾌적한 환경을 유지하는 것은 현세대뿐만 아니라 장래의 후세대를 위한 전 지구적 문제로, 즉 “원자력발전과 방사성폐기물(사용후핵연료)과 관련된 안전성 확보를 위한 문제점은 국민의 생명과 직결되는 문제로 안전성 확보에 엄격하면서도 촘촘하게 규제되어야 할 것이다.

그리고 최근 동하절기에 우리나라는 전력소비량을 사상 최고치로 갈아치우고 있는바, 이는 매년 여름철마다 전력사용의 급격한 증가로 전력 여유분이 간당간당한 수준이며, 겨울철에도 이상한파 등의 기후변화로 인하여 난방기기의 사용량이 대폭 늘어남으로 인해 자칫 잘못하면 대규모의 광역정전사태(블랙아웃)로 이어질 수도 있는 위험수위에 있다. 그러나 에너지전기는 인간사회를 형성하고 유지하는데 없어서는 안 될 아주 중요한 에너지원이고, 모든 산업분야에서 전기 없이는 생활을 영위할 수 없다는 점에서 “에너지전기”에 대한 중요성을 아무리 강조해도 지나치지 않는다. 즉 에너지전기에 대한 수급확보만큼이나 에너지전기설비로부터 야기될 수 있는 리스크와 위험으로부터 국민의 생명과 신체 등의 안전성 확보도 중요하다. 이

22) 우리나라의 한국수력원자력(한수원)은 현재 고리, 한빛(옛 영광), 한울(옛 울진), 월성원전에서 모두 23기의 원전을 가동 중에 있는바, 여기서 나오는 사용후핵연료가 고리 2,121톤(79%), 한빛 2,202(65%), 한울 1,848톤(62%), 월성 경수로 27톤(12%), 중수로 7,171톤(76%)으로 총 13,423톤을 원자력발전소 수조 내에 임시저장을 하고 있다. 즉, 지금처럼 사용후핵연료 저장 공간의 밀도가 유지되는 경우에는 2016년부터 2022년까지 포화상태에 이르게 되지만, 좀 더 조밀하게 저장하는 경우에는 2024년부터 2038년까지 저장 가능 시한을 연장할 수 있지만, 사용후핵연료를 원자력발전소 내에 영구적으로 무한대로 보관할 수 없다는 점에서 아예 영구처분장에 보관 할이지, 영구처분때까지 중간저장 단계로 보관할 지가 쟁점이다. 이에 따라 현행 「원자력안전법시행령」 제2조 제16호에 “사용후핵연료 중간저장”이란 “원자로의 연료로 사용된 핵연료물질이나 그 밖의 방법으로 핵분열시킨 핵연료물질을 발생자로부터 인수하여 **처리 또는 영구처분하기 전까지 일정 기간 안전하게 저장**하는 것”을 말하며, 원자력발전소 보관 내의 책임은 “**원자력발전사업자(한수원)**”이지만, 중간저장 단계에서는 관리 주체가 “**국가(방사성폐기물관리사업자)**”로 바뀌게 된다는 점에서 주요한 쟁점거리로 제기되고 있다.

에 따라서 매년 전기화재로 대략 40명에서 50여명 사망, 부상 280명에서 330여명 부상, 감전 사고도 2007년도 61명, 2008년도 68명, 2009년도 46명 사망했고, 전기설비사고는 2006년도 6,948건, 2007년도 5,725건, 2008년도 8,592건으로 증가·감소를 반복하고 있다는 점에서 에너지전기설비로부터 국민의 생명과 신체 등의 안전성을 사전에 방지할 수 있도록 안전관리규제를 강화할 필요가 있을 것이다.

또한 특수고압가스는 철강업계, 반도체산업 등의 급격한 발전으로 인하여 고순도 암모니아, 삼불화질소 등을 대량으로 필요로 하게 되었다. 이러한 고압가스는 철강, 석유화학, 의학, 반도체우주항공, 유전공학 등 첨단산업에 이르기까지 사용범위가 확대되어가고 있으며, 그만큼 사고발생의 개연성도 높아지고 있다고 할 수 있다. 즉 고압가스사고 발생시에는 고압가스의 특성으로 인해 폭발과 화재가 동반하는 경우가 대부분이고, 이에 대한 국민의 생명과 신체 및 재산상의 피해가 심각할 것이다. 실제 가스안전사고를 보면, LPG 가스사고가 78.7%를 차지하고 있고, LPG가스사고의 약 94%가 소비자의 가스시설물에서 발생하고 있다. 또한 1994년과 1995년에 도시가스 공급시설에서 대형사고가 발생함에 따라 「도시가스사업법」을 대폭 개정하여 국민의 생명과 신체 및 재산상을 안전을 실현하기 위하여 법을 개정하였다. 특히, 도시가스 공급시설의 설치 및 변경공사에 대하여 한국가스안전공사의 시공감리를 받도록 하였다. 또한 중전 시설검사 차원의 단순 안전관리를 탈피하여 기업활동 전반을 하나의 시스템으로 보아 위험요인을 체계적으로 규명, 사업자의 운영전반을 종합적으로 제어토록 하기 위하여 새로운 가스안전관리 모델인(SMS: Safety Management System)을 도입하였다. 이에 따라 사업자 스스로 안전을 최우선으로 한 안전관리규정을 작성하여 한국가스안전공사의 의견을 들은 후 행정청에 제출하고, 사업자 스스로 자율적 안전관리 시스템을 구축하도록 하였다. 그리고 한국가스안전공사는 안전관리규정 준수여부를 정기적으로 확인하고 평가하여, 보험료 산정에 혜택을 주는 안전관리 시스템으로 발전해가고 있다.

중국적으로 안전국가 정착을 위하여 에너지안전법제(「원자력안전법」, 「전기사업법」, 「가스 3법(고법, 액법, 도법)」의 입법적인 과제를 도출하기 위하여 현행 원자력안전법령, 「전기사업법」, 가스 3법(고법, 액법, 도법)상의 입법체계 및 법률상 흠결되어 있는 안전규제를 검토하고자 한다.

2. 원자력안전법령체계 분석

(1) 「원자력안전법」

1) 원자력안전법의 입법체계

현행 「원자력안전법」(2011. 10. 26 시행, 2011. 7. 25 제정, 법률 제10911호)은 총 11개의 장과 121개조로 구성되어 있다. 즉, 제1장에서는 총칙규정을 두고 있으며, 제2장에서는 원자력안전종합계획의 수립·시행 등, 제3장에서는 원자로 및 관계시설의 건설·운영(제1절에서는 발전용원자로 및 관계시설의 건설, 제2절에서는 발전용원자로 및 관계시설의 운영, 제3절에서는 연구용원자로 등의 건설·운영에 대하여 각각 규정), 제4장에서는 핵연료주기사업 및 핵물질사용 등(제1절에서는 핵연료주기사업, 제2절에서는 핵물질사용에 대하여 각각 규정), 제5장에서는 방사성동위원소 및 방사선발생장치, 제6장에서는 폐기 및 운반, 제7장에서는 방사선피폭선량의 관독 등, 제8장에서는 면허 및 시험, 제9장에서는 규제·감독에 대하여 규정하고 있고, 제10장에서는 보칙, 제11장에서는 벌칙규정을 두고 있다.

▣ 「원자력안전법」의 입법체계

장	절	조	규정내용
제1장 총 칙		제1조	목적
		제2조	정의
제2장 원자력안전종합계획의 수립·시행 등		제3조	원자력안전종합계획의 수립
		제4조	종합계획의 시행
		제5조	원자력안전전문기관
		제6조	한국원자력통제기술원의 설립
		제7조	통제기술원의 사업
		제8조	실태조사
		제9조	원자력안전연구개발사업의 추진 등
제3장 원자로 및 관계시설의 건설·운영	제1절 발전용원자로 및 관계시설의 건설	제10조	건설허가
		제11조	허가기준
		제12조	표준설계인가
		제13조	표준설계인가의 취소
		제14조	결격사유
		제15조	계량관리규정
		제16조	검사
		제17조	건설허가의 취소 등
		제18조	기록과 비치
	제19조	승계	
	제2절 발전용원자로 및 관계시설의 운영	제20조	운영허가
		제21조	허가기준
		제22조	검사
		제23조	주기적 안전성평가
제24조		운영허가의 취소 등	
제25조	기록과 비치		
제26조	운영에 관한 안전조치 등		

장	절	조	규정내용
		제27조	발전용원자로 및 관계시설의 사용정지 등의 조치
		제28조	발전용원자로 및 관계시설의 해체
		제29조	준용
	제3절 연구용원자로 등의 건설·운영	제30조	연구용원자로 등의 허가
		제31조	외국원자력선의 입항·출항 신고 등
		제32조	건설·운영 등 허가의 취소 등
		제33조	사업의 중단·폐지 등의 신고
		제34조	준용
제4장 핵연료 주기사업 및 핵물질사용 등	제1절 핵연료주기사업	제35조	핵연료주기사업의 허가 등
		제36조	허가 등 기준
		제37조	검사
		제38조	허가 등의 취소 등
		제39조	기록과 비치
		제40조	운영에 관한 안전조치 등
		제41조	핵연료주기시설의 사용정지 등의 조치
		제42조	핵연료주기시설의 해체
		제43조	사업개시 등의 신고
		제44조	준용
	제2절 핵물질사용	제45조	핵연료물질의 사용 등 허가
		제46조	허가기준
		제47조	검사
		제48조	사용 또는 소지 허가의 취소 등
		제49조	기록과 비치
		제50조	기준준수의무 등
		제51조	준용
		제52조	핵원료물질의 사용신고 등
제5장 방사성동위원소 및 방사선발생장치		제53조	방사성동위원소·방사선발생장치 사용 등의 허가 등
		제54조	업무대행자의 등록
		제55조	허가기준 등
		제56조	검사
		제57조	생산·판매·사용 또는 이동사용 허가 등의 취소 등
		제58조	기록과 비치
		제59조	기준준수의무 등
		제60조	방사선발생장치 등의 설계승인 등
		제61조	검사
		제62조	준용
제6장 폐기 및 운반		제63조	폐기시설등의 건설·운영 허가
		제64조	허가기준
		제65조	검사
		제66조	폐기시설등의 건설·운영 허가의 취소 등

장	절	조	규정내용
		제67조	기록과 비치
		제68조	기준준수의무 등
		제69조	준용
		제70조	방사성폐기물의 처분제한
		제71조	운반신고
		제72조	포장 및 운반에 관한 기술기준
		제73조	피폭관리 등
		제74조	사고의 조치 등
		제75조	포장 및 운반 검사
		제76조	운반용기의 설계승인
		제77조	검사
제7장 방사선피폭선량의 판독 등		제78조	관독업무자의 등록
		제79조	등록기준
		제80조	검사
		제81조	관독업무자 등록의 취소 등
		제82조	기록과 비치
		제83조	준용
제8장 면허 및 시험		제84조	면허 등
		제85조	결격사유
		제86조	면허의 취소 등
		제87조	면허시험
		제88조	면허증
제9장 규제·감독		제89조	제한구역의 설정
		제90조	위해시설 설치제한
		제91조	방사선장해방지조치
		제92조	장해방어조치 및 보고
		제93조	핵물질 등의 수용·양도
		제94조	방사성물질등 또는 방사선발생장치의 소지 및 양도·양수 제한
		제95조	허가 등의 취소 또는 사업폐지 등에 따른 조치
		제96조	원자력이용시설의 취급제한
		제97조	도난 등의 신고
		제98조	보고·검사 등
제10장 보 칩		제99조	허가 또는 지정 조건
		제100조	특정기술주제보고서의 승인
		제101조	청문
		제102조	종업원에 대한 보호
		제103조	주민의 의견수렴
		제104조	환경보전
		제105조	전국 환경방사능 감시
		제106조	교육훈련
		제107조	수출입의 절차
		제108조	비밀누설금지

장	절	조	규정내용
제11장 별 칙		제109조	원자력안전 관계 공무원에 대한 수당
		제110조	보상
		제111조	권한의 위탁
		제112조	수수료
		제113조	벌칙
		제114조	벌칙
		제115조	벌칙
		제116조	벌칙
		제117조	벌칙
		제118조	벌칙
		제119조	과태료
제120조	양벌규정		
제121조	벌칙적용에서의 공무원 의제		

2) 주요 내용

「원자력안전법」의 목적은 원자력의 원자력이용에 따른 안전관리에 관한 사항을 규정하여 방사선에 의한 재해의 방지와 공공의 안전을 도모함에 있다(제1조). 「원자력안전위원회법」 제3조에 따른 원자력안전위원회는 원자력안전관리를 위하여 5년마다 원자력안전종합계획을 수립·시행하도록 하고 있으며, 거기에는 원자력안전관리에 관한 현황과 전망에 관한 사항, 원자력안전관리에 관한 정책목표와 기본방향에 관한 사항, 부문별 과제 및 그 추진에 관한 사항, 소요재원의 투자계획 및 조달에 관한 사항, 그 밖에 원자력안전관리를 위하여 필요한 사항이 포함되도록 하고 있다(제3조, 제4조). 원자력안전위원회의 감독 하에 원자력안전관리에 관한 사항을 전문적으로 수행하기 위하여 원자력안전전문기관을 둘 수 있도록 하고 있다(제5조). 또한 원자력 관련시설 및 핵물질 등에 관한 안전조치와 수출입통제 등(이하 이 절에서 “원자력통제”라 함)의 업무를 효율적으로 추진하기 위하여 한국원자력통제기술원을 설립하도록 하고 있다(제6조 제1항). 이 한국원자력통제기술원은 법인으로 하며, 그 주된 사무소가 있는 곳에서 설립등기를 함으로써 성립하고, 그 정관을 변경하고자 할 때에는 원자력안전위원회의 인가를 받도록 하고 있다(제6조 제2·3·4항).

원자로 및 관계시설 건설·운영과 관련하여 발전용원자로 및 관계시설의 건설허가와 관련하여(제10조부터 19조까지), 발전용원자로 및 관계시설의 운영허가절차와 관련하여(제20조부터 제29조까지), 연구용원자로 등의 건설·운영허가절차와 관련하여(제30조 부터 제34조까지) 규정하고 있고, 핵연료주기사업 및 핵물질사용 등과 관련하여 핵연료주기사업허가와 관련하여(제35조부터 제44조까지), 핵물질사용(제45조부터 제52조까지), 방사성동위원소 및 방사선 발생장치(제53조부터 제62조까지), 제6장 폐기 및 운반과 관련하여(제63조부터 제77조까지)

규정하고 있으며, 방사선피폭선량의 관독 등(제78조부터 83조까지), 면허 및 시험(제84조부터 제88조까지), 규제·감독(제89조부터 98조까지), 보칙(제99조부터 112조까지), 벌칙(제113조부터 제121조까지)장으로 총11장에 121조문으로 체계를 구성하고 있다.

특히, 제6장 폐기 및 운반과 관련된 허가절차를 규정하고 있는바, 법 제69조에 폐기시설등 건설·운영자에게는 법 제10조 제3항(부지선정의 문제)부터 제6항까지, 제15조, 제19조 및 제49조를 준용하도록 하고 있는바, “부지선정의 문제”는 원자력발전소 건설을 위한 전제조건이다. 그 이유는 일본의 후쿠시마 사태에서 볼 수 있는 바와 같이 예기치 못한 지진, 홍수, 산사태 등으로 방사능이 누출될 경우 국민의 생명과 신체 등의 안전성을 확보하지 못하여 치명적인 상황을 맞이하게 될 수 있기 때문이다.

따라서 방사성폐기물의 관리시설의 안전성은 인구밀집지역과의 거리, 지반의 견고성, 지진의 빈도 등을 고려하여 부지를 선정하여야 한다. 그리고 제6장의 폐기 및 운반과 관련하여 방사성폐기물을 최종 처분하는 절차에 관하여 규정하고 있고, 방사성폐기물 중에 사용후핵연료와 같은 폐기물을 중간저장소를 만들어 저장하기 위한 법제정비가 불비인 상태에 있다는 점을 문제점으로 지적하고자 한다.²³⁾ 마지막으로 「원자력안전법」은 원자력발전소 건설-> 운영-> 폐기 및 운반이라고 하는 과정상태만을 규정하고 있고, 가동연한(30년)이 지난 “노후 원자로의 영구정지 및 해체에 관한” 규정을 입법화하고 있지 않음으로 인하여, 원자로의 영구정지, 원자로 폐로, 발전용원자로의 해체, 부지 복구에 관한 규정을 마련하여야 할 것으로 판단된다.

(2) 「방사성폐기물관리법」

동법률은 방사성폐기물을 안전하고 효율적으로 관리하는 데에 필요한 사항을 규정함으로써 방사성폐기물로 인한 위해(危害)를 방지하고 공공의 안전과 환경보전에 이바지함을 목적으로 제정되었다(법 제1조). 동법률 제2조 제1호에 방사성폐기물이란 원자력안전법 제2조 제18호에 따른 방사성폐기물을 말하는바, 방사성물질 또는 그에 따라 오염된 물질(이하 “방사성물질등”이라 한다)로서 폐기의 대상이 되는 물질(이하 “사용후핵연료”를 포함한다)을 말한다고 규정하고 있다. 방사성폐기물관리 기본계획의 수립 등의 장과 관련하여 방사성폐기물관리 기본계획(동법 제6조), 공론화 등(동법 제6조의2), 방사성폐기물관리 시행계획(동법 제7조), 방사

²³⁾ 현재 우리나라는 사용후핵연료를 고리, 월성(2018년), 영광(2019년), 울진(2021년) 등 원자력발전소 내 임시저장시설을 통하여 사용후핵연료 총 51만 8000여 다발을 저장할 수 있는데, 이미 36만 2000여 다발이 저장되어 있다. 이와 같은 추세라면 2016년 이후 원자력발전소 내 사용후핵연료 임시저장시설의 포화가 예상됨에 따라 사용후핵연료의 관리정책에 대한 결정이 시급히 요구받게 되었다.

성폐기물의 조사 등(동법 제8조)에 관하여 규정하고 있다. 제3장에서는 방사성폐기물관리와 관련하여 방사성폐기물관리사업(제9조), 방사성폐기물관리사업자(제10조), 방사성폐기물 관리 시설의 운영기준(제11조), 정보의 공개(제12조), 방사성폐기물의 인도(제13조), 방사성폐기물의 관리비용(제14조), 사용후핵연료관리부담금(제15조), 관리비용 또는 부담금의 선납(제16조), 원자력발전소 해체비용의 적립 등(제17조)에 관한 규정하고 있다. 제4장은 원자력환경공단에 대하여 규정하고 있고, 제5장에서는 방사성폐기물관리기금과 관련하여 방사성폐기물관리기금의 설치(제28조), 기금의 조성(제29조), 기금의 용도 등(제30조), 기금의 관리·운용(제31조), 기금의 회계기관(제32조), 기금의 이익 및 결손의 처리(제33조)에 관하여 규정을 하고 있다. 제6장은 보칙장으로 보고와 검사(제34조), 방사성폐기물 발생자 등에 대한 조치명령(제35조), 대집행(제36조), 권한의 위탁(제37조), 벌칙 적용시의 공무원 의제(제38조), 제7장은 벌칙장(제39조부터 제45조까지)으로 총 7장에 45개 조문체계로 구성되어 있다.

특히, 「방사성폐기물관리법」 제6조의2에 “공론화 등”에 관하여 규정하고 있는 바와 같이, 동조 제1항에 산업통상자원부장관은 기본계획 수립과정에서 사용후핵연료 관리 등 사회적 갈등이 예상되는 사항에 대하여 이해관계인·일반시민 또는 전문가 등으로부터 광범위한 의견 수렴 절차를 거칠 수 있다고 규정하고 있다. 산통부장관은 공론화를 위하여 한시적으로 운영 되는 공론화위원회를 설치할 수 있고, 이 경우 위원회의 기능 및 활동기한은 산통부장관이 정하도록 규정하고 있다(동조 제2항). 동조 제3항에 위원회는 위원장 1명을 포함한 15명 이내의 위원으로 구성되며, 위원은 사용후핵연료 관리 및 사회소통에 관한 학식과 경험이 있는 사람 중에서 산업통상자원부장관이 위촉하고, 위원장은 위원 중에서 호선한다고 규정하고 있다(동조 제4항). 동조 제5항에 위원회 활동이 종료하는 경우 의결을 거쳐 산통부장관 및 「원자력진흥법」 제3조의 원자력진흥위원회에 권고안을 제출할 수 있고, 이 경우 산통부장관 및 원자력진흥위원회는 권고안을 최대한 존중하여야 한다고 규정하고 있다.

이에 따라 「사용후핵연료 공론화위원회의 설치 및 지원에 관한 고시」에 위임하고 있는바, 총 10개의 조문으로 구성되어 있고, 정의(제2조), 위원회의 기능(제3조), 위원회 구성(제4조)에 규정하고 있는데, 위원은 (i) 원자력, 에너지 등 자연과학 분야의 학식과 경험이 있는 사람, (ii) 인문·사회과학 분야의 학식과 경험이 있는 사람, (iii) 공공갈등의 관리에 관한 학식과 경험이 있는 사람, (iv) 에너지 분야와 관련된 민간단체(「비영리민간단체 지원법」 제2조에 따른 비영리민간단체를 말한다)를 대표하는 사람, (v) 원자력발전소 소재 지역을 대표하는 사람 중에서 산통부장관이 위촉하도록 규정하고 있다. 원전소재지역 특별위원회(제5조), 사용후핵연료 범부처협의체(제6조), 위원의 수당 등(제7조), 위원회의 활동기한과 관련하여 “법 제6조의2 제2항에 따른 위원회의 활동기한은 제10조에 따른 2014년 12월 31일까지의 범위 내에서 위원회가 의결을 거쳐 활동을 종료하는 날까지로 한다. 다만, 위원회가 2014년 12월 31

일을 초과하여 활동하려는 경우에는 위원회의 의결을 거쳐 위원장이 산업통상자원부장관과 미리 협의하여야 한다”고 규정하고 있다. 공론화지위단(제9조), 재검토 기한(제10조)로 규정하고 있다.

따라서 방폐법상 안전관리제도 문제점으로 지적할 수 있는 부문은 사용후핵연료에 관한 안전관리를 위한 공론화 위원의 구성문제, 공론화위원회의 짧은 기한 등으로 인한 수 많은 회의를 통한 안전성 확보를 어떻게 할 것인지에 대한 문제에서부터 해결과정의 절차, 대국민 정보의 제공 및 홍보에 대한 문제를 지적하고자 한다.

3. 「전기사업법」

(1) 전기사업법 및 기타법령의 입법연혁

「전기사업법」은 1961년 12월 31일 [법률 제953호]로 제정된 이래로 2번의 전부개정과 30번의 일부개정을 거쳐 현재에 이르고 있다. 동법은 전기사업의 경쟁을 촉진함으로써 전기사업의 건전한 발전을 도모하고 전기사용자의 이익을 보호하여 국민경제의 발전에 이바지하는 법률이다. 「전기공사업법」은 1963년 2월 26일 [법률 제1280호]로 제정된 이래 1976년 12월 31일과 1999년 1월 29일 2번의 전부개정과 13번의 일부개정을 통하여 현재까지 이르고 있다. 동법률은 전기공사의 시공·기술관리 및 도급에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 전기공사업의 건전한 발전을 도모하고 전기공사의 안전하고 적정한 시공을 확보함을 목적으로 하는 법률이다. 「전력기술관리법」은 1995년 12월 30일 [법률 제5132호]로 제정되어 8차에 걸쳐 일부개정을 통하여 현재에 적용되고 있다. 동법률은 전력기술의 연구·개발을 촉진하고 이를 효율적으로 이용·관리함으로써 전력기술 수준을 향상시키고 전력시설물 설치를 적절하게 하여 공공의 안전 확보와 국민경제의 발전에 이바지하는 법률이다. 「전기용품안전관리법」도 1974년 1월 4일 [법률 제2674호]로 제정되어 1999년 9월 7일과 2007년 12월 21일에 2번의 전부개정과 15번의 일부개정을 통하여 오늘에 이르고 있다. 동법률은 전기용품을 생산·조립·가공하거나 판매·대여 또는 사용할 때의 안전관리에 관한 사항을 규정하여 화재·감전 등의 위험 및 장애의 발생을 방지하는 법률이다. 이하에서는 안전국가 정착을 위한 전기안전법제의 기본법이라고 할 수 있는 「전기사업법」상의 안전규제제도를 분석하고자 한다.

(2) 전기사업법의 주요내용

전기설비란 발전·송전·변전·배전 또는 전기사용을 위하여 설치하는 기계·기구·댐·수로·저수지·전선로·보안통신선로 및 그 밖의 설비(「댐건설 및 주변지역지원 등에 관한 법

를」에 따라 건설되는 댐·저수지와 선박·차량 또는 항공기에 설치되는 것과 그 밖에 대통령령으로 정하는 것은 제외한다)로서 전기사업용 전기설비, 일반용 전기설비, 자가용 전기설비의 것을 말한다.

전기설비의 종류로는 전기사업용 전기설비, 일반용전기설비, 자가용 전기설비로 구분된다. 전기사업용 전기설비는 전기사업자가 전기사업에 사용되는 전기설비를 말한다. 즉 전기를 생산하여 판매하는 목적으로 설치되는 발전소, 변전소, 송전설비, 배전설비 등을 말하는 것으로 한전설비를 말한다. 일반용 전기설비는 한정된 구역에서 사용하기 위하여 설치하는 소규모의 전기설비로서, 전압 600볼트 이하로서 용량 75킬로와트(제조업 또는 심야전력을 이용하는 전기설비는 용량 100킬로와트) 미만의 전력을 타인으로부터 수전하여 그 수전장소(담·울타리 또는 그 밖의 시설물로 타인의 출입을 제한하는 구역을 포함한다)에서 그 전기를 사용하기 위한 전기설비를 말한다. 자가용 전기설비란 전기사업용전기설비 및 일반용전기설비 외의 전기설비를 말한다. 예컨대, 수전전압이 고압(600V 초과) 이상이거나, 수전용량이 75킬로와트 이상인 사용설비, 위험시설로서 용량 20킬로와트 이상의 전기설비로, 「총포·도검·화약류 등 단속법」 제2조 제3항에 따른 화약류(장난감용 꽃불은 제외한다)를 제조하는 사업장, 「광산보안법 시행령」 제4조 제3항에 따른 갑종탄광, 「도시가스사업법」에 따른 도시가스사업장, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」에 따른 액화석유가스의 저장·충전 및 판매사업장 또는 「고압가스 안전관리법」에 따른 고압가스의 제조소 및 저장소, 「위험물 안전관리법」 제2조 제1항 제3호 및 제5호에 따른 위험물의 제조소 또는 취급소 및 여러 사람이 이용하는 시설에 설치하는 용량 20킬로와트 이상의 전기설비로서, 「공연법」 제2조 제4호에 따른 공연장, 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」 제2조 제10호에 따른 영화상영관, 「식품위생법 시행령」에 따른 유흥주점·단란주점, 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」에 따른 체력단련장, 「유통산업발전법」 제2조 제3호 및 제6호에 따른 대규모점포 및 상점가, 「의료법」 제3조에 따른 의료기관, 「관광진흥법」에 따른 호텔, 「소방시설 설치유지 및 안전관리에 관한 법률 시행령」에 따른 집회장이 여기에 해당된다.²⁴⁾

「전기사업법」 제7조 제1항에 전기사업을 하고자 하는 자는 전기사업의 종류별로 산업통상자원부장관의 허가를 받아야 한다고 정하고 있다. 그리고 산업통상자원부장관은 전기사업을 허가 또는 변경허가를 하려는 경우에는 미리 제53조에 따른 전기위원회의 심의를 거쳐야 한다고 정하고 있다(동법 제7조 제2항). 또한 동일인에게는 두 종류 이상의 전기사업을 허가할 수 없지만, 배전사업과 전기판매사업을 겸업하는 경우, 도서지역에서 전기사업을 하는 경우, 「집단에너지사업법」 제48조에 따라 발전사업의 허가를 받은 것으로 보는 집단에너지사업자가

24) 김이국·김하호·임창호, 「전기설비설계」(보성각, 2009), 16~17면.

전기판매사업을 겸업하는 경우에는 전기사업을 허가할 수 있다(동법 제7조 제3항).

전기사업자는 전기사업용전기설비의 설치공사 또는 변경공사로서 산업통상자원부령으로 정하는 공사를 하려는 경우에는 그 공사계획에 대하여 산업통상자원부장관의 인가²⁵⁾를 받도록 정하고 있다(동법 제61조 제1항). 그리고 전기사업자는 동법 제61조 제1항에 따라 인가를 받아야 하는 공사 외의 전기사업용 전기설비의 설치공사 또는 변경공사로서 산업통상자원부령으로 정하는 공사를 하려는 경우에는 공사를 시작하기 전에 산업통상자원부장관에게 신고²⁶⁾하여야 한다고 정하고 있다(동법 제61조 제3항). 동법 제61조 제4항에 전기사업자는 전기설비가 사고·재해 또는 그 밖의 사유로 멸실·파손되거나 전시·사변 등 비상사태가 발생하여 부득이하게 공사를 하여야 하는 경우에는 제1항부터 제3항까지의 규정에도 불구하고 산업통상자원부령으로 정하는 바에 따라 공사를 시작한 후 지체 없이 그 사실을 산업통상자원부장관에게 신고토록 하고 있다.

자가용 전기설비의 설치공사 또는 변경공사로서 산업통상자원부령으로 정하는 공사를 하려는 자는 그 공사계획에 대하여 산업통상자원부장관의 인가를 받아야 한다(동법 제62조 제1항). 동법 제62조 제2항은 동법 제62조 제1항에 따라 인가를 받아야 하는 공사 외의 자가용 전기설비의 설치 또는 변경공사로서 산업통상자원부령으로 정하는 공사를 하려는 자는 공사를 시작하기 전에 시·도지사에게 신고하여야 하고, 신고한 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다고 정하고 있다.²⁷⁾ 또한 동법 제62조 제2항의 규정에도 불구하고 산업통상자원부령으로 정하는 저압(低壓)에 해당하는 자가용전기설비의 설치 또는 변경공사의 경우에는 제63조에 따른 사용전검사(使用前檢査) 신청으로 공사계획신고를 갈음할 수 있다고 정하고 있다(동법 제62조 제3항).

동법 제63조에 “제61조 및 제62조에 따라 전기설비의 설치공사 또는 변경공사를 한 자는

25) 강학상 인가란 타인의 법률적 행위를 보충하여 그의 법률상의 효과를 완성시켜 주는 행정행위를 말한다. 예컨대 공공조합의 설립인가, 사립대학의 설립인가, 사립학교의 법인입원의 선임행위에 대한 승인 등에서 볼 수 있다. 즉 인가제도도 공법과 사법상의 행위의 대하여 공익과 관련 있는 행위에 공익의 실현자로서 국가의 간섭을 허용케 함으로써 그 행정행위의 효력발생을 행정주체의 의사에 종속시키는 것으로 보아야 한다. 따라서 「전기사업법」상 인가는 허가의 효과가 포함된 것으로 보아야 할 것이다.

26) 신고는 행정청에 보통의 문서로 행하는 요식적이고 명시적인 통지 또는 어떤 법률사실 또는 법률관계의 존부에 관하여 행정청에 단순히 알리는 것으로, 신고대상이 되는 행위는 신고서가 행정청에 도달하는 것을 의미한다. 과학기술발전에 따른 현대사회에서 아주 복잡하게 변화함에 따라, 정부의 규제완화정책에 따라 許可制 대신에 申告制를 원용하게 되었다. 그러나 신고제가 허가제의 인상을 지우기 어렵다는 차원에서 신고제도에 대하여 연구가 정립되어야 한다. 즉 申告制度는 국가 통제의 한계를 설정함에 있어 수단선택의 문제로 국민에 대한 國家의 安全任務와 관련된다.(이에 관한 자세한 논문은 김종천, 과학기술의 안전성확보에 관한 공법적 연구, 중앙대학교 박사학위논문(2008/6), 221면 이하 참조).

27) 동법 시행규칙 제28조 제3항은 자가용 전기설비 공사계획의 인가 및 신고의 대상을 정하고 있다.

산업통상자원부령으로 정하는 바에 따라 산업통상자원부장관 또는 시·도지사가 실시하는 검사에 합격한 후에 이를 사용하여야 한다”고 “**사용전검사**” 규정을 마련하고 있고, 전기사업자 및 자가용전기설비의 사후규제수단으로 “전기사업자 및 자가용전기설비의 소유자 또는 점유자는 산업통상자원부령으로 정하는 전기설비에 대하여 산업통상자원부령으로 정하는 바에 따라 산업통상자원부장관 또는 시·도지사로부터 정기적으로 검사를 받아야 한다”고 “정기검사”제도를 입법화하고 있다. 동법 제66조에 일반용전기설비의 점검과 여러 사람이 이용하는 시설 등에 대한 “전기안전점검제도”를 두고 있고, 태풍 및 폭설 등의 재난으로 전기사고가 발생하거나 발생할 우려가 있는 시설, 장마철·동절기 등 계절적인 요인으로 인한 취약시기에 전기사고가 발생할 우려가 있는 시설, 국가 또는 지방자치단체가 화재예방을 위하여 관계 행정기관과 합동으로 안전점검을 하는 경우 그 대상 시설, 국가 또는 지방자치단체가 주관하는 행사 관련 시설에 설치된 전기설비가 제67조에 따른 전기설비의 안전관리를 위하여 필요한 기술기준에 적합한지 여부에 대하여 안전공사로 하여금 “특별안전점검”을 받도록 정하고 있다(동법 제66조의 3).

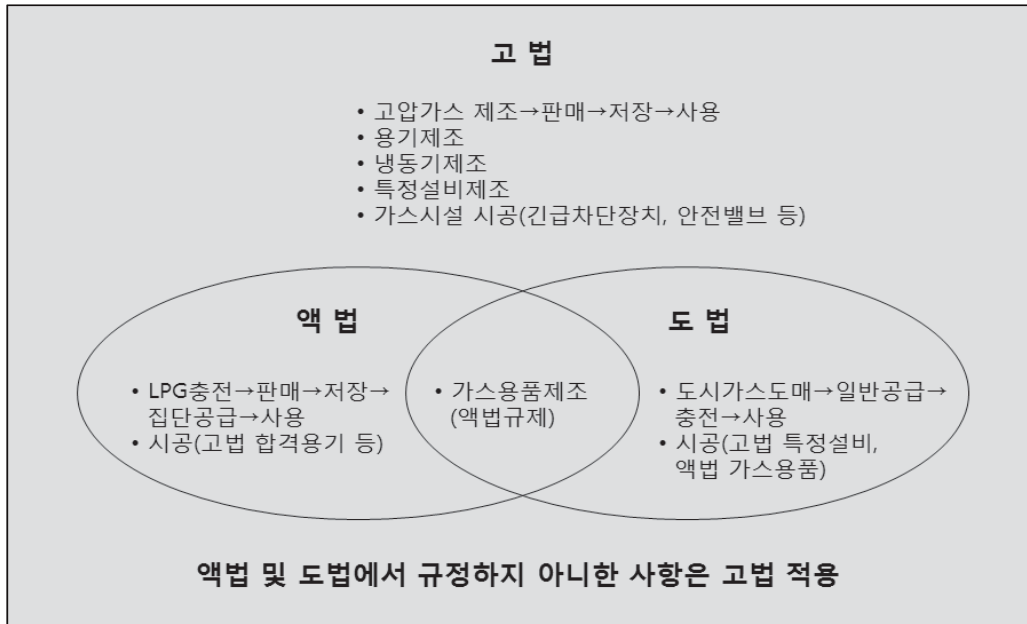
따라서 현행 「전기사업법」은 1961년 12월 31일 [법률 제953호]로 제정된 이후 2번 전부 개정과 30번의 일부개정을 거쳐 현재에 이르고 있는 법률로서 주로 전기사업자(한국전력)의 경쟁을 촉진 및 발전을 도모하는 事業法(한국전력)과 아울러 전기사용자의 생명과 신체 등의 안전을 보호하고자 하는 安全法(전기안전공사)으로서 법적인 한계가 존재한다는 점이다. 또한 전기안전인력자 양성, 전기안전인프라 구축 등 안전관리분야와 관련된 중장기적인 발전계획의 수립과 시행에 한계점이 있으며, 전기설비검사 및 안전점검 등의 안전관리 활동을 전기사업자(한국전력)의 입장에서는 영업상의 이익을 침해할 수 있기 때문에 공익과 사익간의 충돌하는 문제점을 해결하여야 한다고 할 것이다.

공사의 종류		인가가 필요한 것	신고가 필요한 것	
발전소		별표 5와 동일	별표5와 동일. 다만 용량 75킬로와트 미만의 비상용 예비발전설비는 제외함	
전기수용설비(변전소 및 송전선로를 포함한다)	설치공사(증설공사)	수전전압 20만볼트 이상의 수용설비	수전전압 20만볼트 미만의 수용설비 설치. 다만, 설비용량 1,000킬로와트 미만의 수용설비의 구내배전설비는 제외함	
	변경공사	차단기	전압20만볼트 이상의 차단기 설치 또는 대체	고압이상 수전용차단기와 특고압 이상 20만볼트 미만의 차단기 설치 또는 대체
		변압기	전압 20만볼트 이상의 변압기 설치 또는 대체	특고압 이상 20만볼트 미만의 변압기 설치 또는 대체
		전선로	전압 20만볼트 이상의 전선로 설치·연장 또는 변경	고압이상 20만볼트 미만의 전선로 설치·연장 또는 변경

4. 가스 3법-「고압가스 안전관리법」, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」

(1) 가스3법의 입법연혁

가스관계법률은 1960대 초 전후복구사업으로 산소, 수소, 아세틸렌 등 공업가스 수요가 증가하면서 1962년 16건의 가스폭발사고로 12명이 사망하는 사고가 발생되어 당시 내무부가 압축가스 및 액화가스의 제조·판매·저장·운반·사용과 가스용기의 제조·수리 및 검사 등을 규정한 「압축가스등 단속법률」을 제정하였다. 그 후 1971년 12월 15일 서울 대연각호텔의 가스참사로 1971년도에 신설된 공업진흥청에서 가스안전관리를 전담하는 한편, 압축가스 단속법률을 폐지하고 1973년 2월 7일 「고압가스 안전관리법」을 제정하여, 그동안 시행되었던 용기검사, 가스시설과 냉동기기, 가스기기도 검사대상에 포함시켰다. 한편 도시가정 및 상업용 연료의 가스화 촉진정책에 따라 연료용 가스 사용량이 급증하게 되어 1983년 12월 31일 「고압가스 안전관리법」 전문개정, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」의 제정, 「가스사업법」에서 「도시가스 사업법」으로 가스종류별 3법체제로 정비하게 되었다.



(2) 가스 3법의 주요내용

「고압가스 안전관리법」도 고압가스의 제조자·저장자·판매자나 특정고압가스 사용자는 시장·군수 또는 구청장의 허가제도와 신고를 통하여 업을 운영할 수 있도록 하고 있으며, 용

기 등의 제조자는 시·도지사에게 등록하도록 하고 있다. 즉 동법상의 허가, 신고, 등록, 표시제도는 국민의 생명과 신체 등의 안전을 실현하기 위한 수단이다. 그리고 고압가스의 제조·저장·판매 또는 수입시설의 설치공사나 변경공사시에 중간·완공검사를 받도록 하는 안전관리제도를 두고 있다. 또한 고압가스를 제조허가·신고한 자 또는 고압가스 수입업자에 대한 정기·수시검사를 받도록 하는 사후안전관리제도를 규정하고 있다. 또한 노후화 된 고압가스제조시설에 대하여 4년의 범위내에 정밀안전검진을 정기적으로 받도록 안전규제제도를 두고 있다. 그리고 정밀안전검진은 고압가스제조시설에 대하여 최초의 완성검사를 받은 날부터 15년이 경과한 연도 및 그 이후 최근 정기검사를 받은 날부터 2년이 경과하는 날이 속하는 연도의 정기보수기간에 받도록 하고 있다. 그 밖에도 안전관리제도로 사업자 등은 그 사업의 개시 또는 시설의 사용 전에 안전관리규정²⁸⁾, 안전성 평가, 강제보험, 안전관리자 선임, 안전관리교육을 받아야 한다. 동법에서 가스안전과 관련된 고압가스로 인한 위해를 방지하고 가스안전기술의 개발 및 가스안전관리사업을 효율적이고 체계적으로 추진하기 위하여 “한국가스안전공사”를 설립규정을 두고 있다.

「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」은 액화석유가스 충전사업자, 액화석유가스 집단공급사업자, 액화석유가스 판매사업자, 가스용품 제조사업자, 액화석유가스 저장자를 “액화석유가스 사업자등”이라고 한다.²⁹⁾ 즉 액화석유가스의 시설물에 관한 사전예방수단으로 사업허가제도, 가스시설의 완성검사제도, 안전관리규정, 안전관리자 선임에 관하여 입법화하고 있다. 그리고 사후적인 안전규제제도로 액화석유가스 충전·저장·판매·사용시설의 정기검사 및 수시검사제도, 액화석유가스 충전사업자와 액화석유가스 저장자의 정밀안전진단 및 안전성평가제도를 두고 있다. 액법 시행규칙 제32조 제1항은 액화석유가스 충전사업자와 액화석유가스 저장자는 법 제19조의2 제1항에 따라 저장설비(지하 암반 동굴식 저장탱크는 제외한다)의 저장능력의 총합계가 1천 톤 이상인 사업소 또는 저장소에 설치된 시설로서 최초로 완성검사 증명서를 받은 날부터 15년이 지난 시설에 대하여 정밀안전진단을 받도록 하고 있다. 그리고 액화석유가스 사업자등과 액화석유가스 특정사용자는 사고로 인한 타인의 생명·신체나 재산상의 손해를 보상하기 위하여 “강제보험”을 가입하게 하고 있다. 또한 액화석유가스 사업자등과 시공자 및 액화석유가스 특정사용자의 안전 관리에 관계되는 업무를 하는 자는 시·도

28) 가스3법에서는 1994년과 1995년에 도시가스시설에서 대형사고가 발생함에 따라 가스시설의 안전을 확보하기 위하여 “안전관리규정(SMS: Safety Management System)”을 도입하였는바, 동제도는 석유화학공장의 화재, 폭발, 유독성 물질 누출 등에 따른 사고를 예방하기 위하여 미국에서 채택하고 있는 자율안전관리제도를 1995년도에 (구) 노동부에서 “공정안전보고서(PSM: Process Safety Management)제도”를 도입하게 되었다.

29) 액화천연가스(LNG: Liquefied Natural Gas)란 천연가스가 생성될 때 포함된 수분과 질소 같은 불순물을 제거한 후 -162도씨의 아주 낮은 온도에서 액화시킨 상태로 불순물이 전혀 포함되지 않은 가스이며, 주성분이 메탄이다.

지사가 실시하는 안전교육을 받도록 하고 있다.

『도시가스사업법』은 가스도매사업자는 “산업통상자원부장관”의 허가³⁰⁾를 받아 운영하도록 하고 있고, 일반도시가스사업자는 “특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사의 허가를 받아서 업을 하도록 하고 있다.³¹⁾ 그리고 천연가스수출입업자는 산업통상자원부령으로 정하는 바에 따라 산업통상자원부장관에게 등록하여 사업을 할 수 있도록 하고 있다. 그리고 도시가스사업자가 가스공급시설의 설치공사나 변경공사를 하려면 그 공사계획에 대하여 산업통상자원부령으로 정하는 바에 따라 시설·기술기준, 인력기준 등의 요건을 모두 갖추어 산업통상자원부장관 또는 특별자치도지사·시장·군수·구청장의 승인 및 신고를 받도록 하고 있다. 또한 가스시설의 시공 및 감리에 관하여 『건설산업기본법』 제9조에 따라 가스시설시공업의 등록을 한 자에게 시공 및 감리를 받도록 하고, 가스공급시설 또는 가스사용시설의 설치공사나 변경공사를 완공하면 산업통상자원부령으로 정하는 바에 따라 그 시공기록·완공도면, 그 밖에 필요한 서류(시공기록 등)를 작성·보존하도록 하고 있다. 그리고 특정가스사용시설에서 도시가스를 사용하는 자는 특정가스사용시설의 설치공사나 변경공사를 하려면 그 공사계획에 대하여 미리 한국가스안전공사의 의견을 들어야 하고, 완공검사를 받은 후에 사용할 수 있다. 『도시가스사업법』도 정기·수시검사제도, 정밀안전진단 및 안전성 평가, 강제보험가입, 안전관리규정, 안전관리자 선임, 동사업과 관련된 직원들에게도 안전교육을 받도록 하고 있다. 도법 시행규칙 27조의3 제1항에 법 제17조의2 제2항에 따른 정밀안전진단은 제27조의2 제1호에 따른 시설이 최초로 시공감리증명서를 받은 날부터 15년이 지난 날이 속하는 해 및 그 이후 매 5년이 지난날이 속하는 해에 받도록 하고 있다. 특히 『도시가스사업법』은 한국가스안전공사에 굴착공사정보지원센터의 설치하는 규정을 입법화하고 있는데, 굴착공사정보지원센터는 구멍 뚫기, 말뚝 박기, 터파기, 그 밖의 토지의 굴착공사로 인하여 일어날 수 있는 도시가스배관의 파손으로 인한 가스폭발사고를 사전에 예방하기 위한 제도로 국민의 생명과 신체 등의 안전을 실현하는 제도이다.

30) 『도시가스사업법』 제3조 제1항에 “가스도매사업을 하려고 하는 자는 산업통상자원부장관의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 산업통상자원부령으로 정하는 중요한 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다”고 “사업의 허가”에 관하여 규정하고 있는바, 여기서의 “허가”는 가스도매사업자인 한국가스공사에게 포괄적인 법률상의 힘을 부여하는 것으로 “특허”의 성격을 가진다고 하겠다.

31) 『도시가스사업법』 제3조 제2항에 “일반도시가스사업을 하려는 자는 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 산업통상자원부령으로 정하는 중요 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다”고 규정하고 있는바, 여기서의 “허가”의 경우에도 현재 일반도시가스사업자 34개가 운영되고 있는바, 일반도시가스사업자의 경우에도 시·도지사에게 허가를 받아 그 지역에서 독점적인 지위를 부여받아 도시가스공급망을 운영하도록 규정하고 있다는 점에서 강화상의 허가가 아니라 “특허”의 성격을 가진다고 하겠다.

따라서 가스 3법은 각각의 가스에 따른 전문성을 갖추고 있으나, 가스의 안전규제에 관한 기본법적인 성격을 지니는 「고압가스 안전관리법」이 제정되어 있었음에도 불구하고, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」과 「도시가스사업법」에서도 事業法과 安全法을 혼용하여 법률에서 함께 규정하고 있음으로 인하여 법령체계의 복잡성 및 난해성이 존재하며, 법률해석의 방향설정을 곤란하게 하여 사업법의 진흥과 規制法으로서의 安全法이라는 상충하는 입법목적으로 인하여 당해 법률의 입법 목적을 명확하게 판단할 수 없게 한다는 점이 문제점으로 지적되어오고 있다. 또한 「고압가스 안전관리법」은 총 70개 조항 중 가지조문이 24개, 삭제조문 8개, 「도시가스사업법」은 총 103개 중 가지번호 52개, 삭제조문 15개로 낙후된 법률체계를 형성하고 있으며, 가스 3법에 대한 대국민 접근성을 강화시키고, 규제기관에 대한 법집행의 편의를 보장함과 아울러 국민 및 사업자에 대한 법적안정성 및 예측가능성을 제고할 할 필요가 있다고 판단된다.

5. 소결

안전국가 정착을 위하여 에너지안전법제(원자력안전법, 전기사업법, 가스3법)의 입법적인 과제를 도출하기 위하여 현행 원자력안전법령, 전기사업법, 가스3법을 분석해 보면, 먼저, 「원자력안전법」상 제6장에 “폐기 및 운반과 관련된 허가절차”를 규정하고 있다. 즉 동법 제69조에 폐기시설등 건설·운영자에게서는 법 제10조 3항(부지선정의 문제)부터 제6항까지, 제15조, 제19조 및 제49조를 준용하도록 하고 있는데, “부지선정의 문제”는 원자력발전소 건설을 위한 전제조건이다. 왜냐하면, 일본의 후쿠시마 사태에서 볼 수 있는 바와 같이 예기치 못한 지진, 홍수, 산사태 등으로 원자력발전소가 폭발하여 발전소내의 저장수조에 담겨져 있는 고준위방사성폐기물인 사용후핵연료로 인한 방사능이 누출될 경우 국민의 생명과 신체 등의 안전성을 확보하지 못하여 치명적인 상황을 맞이하게 될 수 있기 때문이다. 따라서 우리나라의 경우에도 현재 중·저준위 방사성폐기물 처분장을 경주에서 유치하여 건설하고 있는바와 같이 안전성문제가 지속적으로 제기되고 있는 실정이다. 방사성폐기물의 관리시설의 안전성은 인구밀집지역과의 거리, 지반의 견고성, 지진의 빈도 등을 세밀하게 분석하여 방폐장 부지를 선정하여야 한다.

그리고 제6장의 폐기 및 운반과 관련하여 방사성폐기물을 최종처분을 하는 절차에 관하여 규정하고 있고, 방사성폐기물 중에 사용후핵연료인 고준위방사성폐기물을 중간저장소를 만들기 위한 법제정비가 불비인 상태에 있다는 점을 문제점으로 지적하고자 한다.³²⁾ 또한 「원자

³²⁾ 앞에서도 적시한바와 같이 현재 우리나라는 사용후핵연료를 고리, 월성(2018년), 영광(2019년), 울진(2021년) 등 원자력발전소 내 임시저장시설을 통하여 사용후핵연료 총 51만 8000여 다발을

「원자력안전법」은 원자력발전소 건설-> 운영-> 폐기 및 운반이라고 하는 과정상태만을 규정하고 있고, 가동연한(30년)이 지난 “노후 원자로의 영구정지 및 해체에 관한” 규정을 입법화하고 있지 않음으로 인하여, 원자로의 영구정지, 원자로 폐로, 발전용원자로의 해체, 부지 복구에 관한 규정을 마련하여야 할 것으로 판단된다. 마지막으로 방폐법상 안전관리제도 문제점으로 지적할 수 있는 부문은 사용후핵연료에 관한 안전관리를 위한 공론화 위원회의 구성문제, 공론화위원회의 짧은 기한 등으로 인한 수많은 회의 안전 문제에서부터 해결과정의 절차, 대국민 정보의 제공 및 홍보에 대한 문제를 지적하고자 한다.

이와 더불어 현행 「전기사업법」은 주로 전기사업자(한국전력)의 경쟁을 촉진 및 발전을 도모하는 事業法(한국전력)과 아울러 전기사용자의 생명과 신체 등의 안전을 보호하고자 하는 安全法(전기안전공사)으로서 법적인 한계가 존재한다는 점에서 문제점으로 지적되고 있으며, 또한 전기안전인력자 양성, 전기안전인프라 구축 등 안전관리분야와 관련된 중장기적인 발전 계획의 수립과 시행에 한계점이 있으며, 전기설비검사 및 안전점검 등의 안전관리 활동을 전기사업자(한국전력)의 입장에서는 영업상의 이익을 침해할 수 있기 때문에 공익과 사익간의 충돌하는 문제점이 상존해 있다.

앞에서 적시한 것과 마찬가지로 가스 3법은 각각의 가스에 따른 전문성을 갖추고 있으나, 가스의 안전규제에 관한 기본법적인 성격을 지니는 「고압가스 안전관리법」이 제정되어 있었음에도 불구하고, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」과 「도시가스사업법」에서도 事業法과 安全法을 혼용하여 법률에서 함께 규정하고 있음으로 인하여 법령체계의 복잡성 및 난해성이 존재하며, 법률해석의 방향설정을 곤란하게 하고 있음을 발견할 수 있다. 또한 고법은 총 70개 조항 중 가지조문이 24개, 삭제조문 8개, 도법은 총 103개 중 가지번호 52개, 삭제조문 15개로 낙후된 법률체계를 형성하고 있으며, 가스 3법에 대한 대국민 접근성을 강화시켜야 할 것으로 판단된다.

IV. 안전국가 정착을 위한 에너지안전법제의 입법과제

1. 「원자력안전법」상 노후화된 원자로의 영구정지 및 해체규정 신설(안)

현행 「원자력안전법」에는 노후화된 원자력발전소시설에 대하여 “영구정지 및 해체”에 관

저장할 수 있는데, 이미 36만 2000여 다발이 저장되어 있다. 이와 같은 추세라면 2016년 이후 원자력발전소 내 사용후핵연료 임시저장시설의 포화가 예상됨에 따라 사용후핵연료의 관리정책에 대한 결정이 시급히 요구받게 되었다.

하여 법률상 공백상태에 있다. 현재 우리나라의 고리에 설치된 원자력발전소는 1978년에 운전 후 30년이 이미 도과한 상태로 운영되고 있는 상태이다. 따라서 국가(입법자)는 국민의 생명과 신체 등에 대한 완벽한 안전을 확보하기 위하여 “노후화된 원자력발전소시설에 대한 영구정지 및 해체에 관한 규정”을 마련하여야 할 것이다. 예컨대, 독일의 원자력법(Atomgesetz) 제7조 제3항에는 “허가의 취소나 철회가 있으면, 당해 원자력발전소는 중지되고, 방사성물질에 대한 위험의 방지 조치가 실시되어야 한다. 합법적인 처분시에 원자력법 제9조의a의 규정이 준수되어야 한다. 원자력법(Atomgesetz) 제19조 제3항에 의한 감독관청의 명령이 적합하게 발하여지지 않는 경우에 원자력법 제7조 제1항의 의미에서 시설물의 중단과 영구적으로 중단된 시설물의 안전한 폐쇄, 경우에 따라서는 해체에 대하여도 허가가 필요하다”고 입법화 되어 있다. 프랑스의 경우에도 원자력발전소에 대한 해체를 4단계로 이루어진다고 한다. 첫 번째 단계는 원자로 A2를 개장하기 위한 건물의 파괴, 파괴전 사전공사, 파괴 공사현장의 정비공사, 전기공학 시설의 해체, 다음 단계들 동안 해체될 시설의 방사선과 성격규명에 의하여 이루어진다. 두 번째 단계는 원자로 A1을 개장하기 위한 건물의 파괴와 원자로 A2 단계의 그것들과 동일한 작업으로 이루어진다. 세 번째 단계로 두 원자로의 잠함(潛函)의 방사선 리스크를 제거한다. 마지막으로 건물의 해체와 지역의 재개발로 이루어진다. 이러한 과정에서 신규허가가 원자력안전청에서 발해지는 것은 필수부가결한 것이다. 따라서 우리나라의 「원자력안전법」에도 원자력발전소 설치 후 30년이 도과한 경우에, 원자로의 영구정지 및 해체를 위한 법적장치 마련이 시급하다고 판단된다.

▣ 원자로의 영구정지 및 해체규정 신설(안)

「원자력안전법」	「원자력안전법 시행령」
<p>제00장 원자로의 영구정지 및 해체</p> <p>제00조 (원자로의 영구정지) ① 위원회는 원자로 시설의 운영을 잠정적으로 중단하거나 또는 허가를 부여받지 않았거나 존속력 있게 철회된 경우에는 영구적으로 정지시킬 수 있다.</p> <p>② 원자로시설물의 운영자는 원자로 시설물의 중단과 영구적으로 중단된 시설물의 안전한 폐쇄를 위하여 위원회의 승인을 받아야 한다.</p>	<p>제00장 원자로의 영구정지 및 해체</p>

<p>제00조 (원자로의 폐로) ① 발전용원자로운영자가 원자로를 폐로하려는 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 원자로 폐로 계획서를 작성하여 미리 위원회의 승인을 받아야 한다. 이를 변경하는 경우에도 같다.</p> <p>② 위원회는 발전용원자로 및 관계시설의 폐로가 결정한 경우에 발전용원자로 및 관계시설의 안전상황을 확인·점검하여야 한다.</p>	<p>제00조(폐로계획서) 법 제00조 제1항에서 “대통령령으로 정하는 폐로계획서”에는 다음의 각호를 포함하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 발전용원자로의 폐로방법 및 기간 2. 발전용원자로의 주변지역 등에 대한 모니터링 계획 3. 발전용원자로부터 재해예방에 필요한 조치 방법 4. 그 밖에 발전용원자로의 폐로를 위하여 위원장이 필요하다고 인정하는 사항
<p>제29조 (발전용원자로의 해체) ① 발전용원자로운영자가 발전용원자로 및 관계시설을 해체하려는 때에는 발전용원자로 및 관계시설의 해체계획서를 작성하여 미리 위원회의 승인을 받아야 한다. 이를 변경하려는 때에도 또한 같다. 다만, 총리령으로 정하는 경미한 사항을 변경하려는 때에는 이를 위원회에 신고하여야 한다.</p> <p>② 제1항에 따른 해체계획서에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 발전용원자로 및 관계시설의 해체방법 및 공사일정 2. 방사성물질 및 그에 따른 오염의 제거방법 3. 방사성폐기물의 처리·처분 방법 4. 방사선으로부터의 재해를 방지하는데에 필요한 조치 5. 방사성물질등이 환경에 미치는 영향의 평가 및 그 대책 6. 발전용원자로 및 관계시설의 해체에 관한 품질보증계획 	

<p>7. 그 밖에 위원회가 정하는 사항</p> <p>③ 위원회는 발전용원자로 및 관계시설의 해체가 완료되기 전에 발전용원자로 및 관계시설의 해체상황을 확인·점검하여야 한다.</p> <p>④ 위원회는 제3항에 따른 확인·점검 결과 발전용원자로운영자가 제1항에 따른 해체계획서에 따라 이행하지 아니하면 그 시정 또는 보완을 명할 수 있다.</p>	
<p>제30조 (부지의 복구) ① 발전용원자로 및 관계시설의 폐로 및 폐쇄 처분을 받은 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 부지를 복구하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 제28조 제1항에 따른 원자로폐로 승인을 받은 경우 2. 제29조 제1항에 따른 발전용원자로의 해체가 완료된 경우 3. 그 밖의 사유로 부지의 복구가 필요한 경우 <p>② 위원회는 부지전용, 부지일시사용이 오랜 기간 동안 이루어지거나 부지복구 등이 필요한 경우에는 그 기간이 만료되기 전이라도 목적사업이 완료된 부분에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 중간복구를 명할 수 있다.</p> <p>③ 위원회는 제1항과 제2항에 따라 부지를 복구하여야 하는 면적 중 복구를 완료하거나 또는 복구준공검사 전에 이 법 또는 다른 법률에 따라 부지 외의 다른 용도로 사용이 확정된 면적이 있는 경우에는 제1항 및 제2항에 따른 부지복구의 전부</p>	

<p>또는 일부를 면제할 수 없다.</p> <p>④ 부지전용, 부지일시사용을 한 부지를 복구할 때에는 토석(『폐기물관리법』 제2조 제1호에 따른 폐기물이 포함되지 아니한 토석을 말한다. 다만, 『폐기물관리법』에서 정하는 유해성기준과 『토양환경보전법』에서 정하는 임야지역 오염기준에 적합하고 『폐기물관리법』에 따른 재활용 용도 및 방법에 따라 채석지역 내 하부복구지·저지대 등의 채움재로 재활용이 가능한 경우에는 같은 법에 따라 재활용할 수 있다)으로 성토한 후 부지표면을 수목의 생육에 적합하도록 흙으로 덮어야 한다.</p> <p>⑤ 제2항에 따른 부지복구의 범위에 관한 사항은 총리령으로 정한다.</p>	
--	--

2. 「방사성폐기물관리법」상 사용후핵연료 관련 저장 부지 선정을 위한 공론화 규정 정비

우리 정부는 2013년 10월 30일에 다양한 이해관계인과 각계각층의 의견수렴을 위하여 “사용후공론화 위원회”를 출범하게 되었고, 동 위원회에서는 사용후핵연료 관리대책에 대한 논의를 준비 중에 있다. 실질적으로 사용후핵연료의 영구처분시설의 설치에 관한 가장 핵심적인 사항은 장기간 안전하게 처분하고 저장될 수 있는 적합한 지역을 발견하고, 적합한 시설을 하여 안전하게 감시하고 방사성물질이 외부로 유출되지 않도록 하는 데에 있다.

그러나 이러한 과학적인 문제보다 더욱 핵심적인 사항은 사회적 갈등을 조정하는 문제라고 할 수 있는바와 같이, 사용후핵연료 영구처분시설에 관한 사회적 문제의 배후에는 골이 깊은 반핵과 원자력의 평화적 이용이라는 해결되지 않는 갈등요소가 잠복되어 있기 때문에 국민적인 대타협이 필요한 시점에 있고 판단된다.³³⁾

³³⁾ <<http://www.segye.com/content/html/2014/11/18/20141118004445.html?OutUrl=daum>> 2014년 11월 18일에 정부 세종청사에서 사용후핵연료 공론화 위원장은 사용후핵연료 처리 방안에 대한 방향성을 제시하였는바, 먼저 사용후핵연료를 영구처분하기 위한 시설을 2055년 전후로 세워야 하고, 영구처분 전까지의 저장시설도 세워야 한다는 의견을 제시했다. 즉, 영구처분은 지하 500m 이하의 깊은 곳에 폐연료봉을 묻어, 완전히 격리시키는 조치를 말하고, 영구처분을 하기 전에

우리나라의 경우 방폐법 제6조에 사용후핵연료 처분시설의 설치할 부지선정에 관한 규정을 기본계획에 담고 있으며, 이러한 사용후핵연료 영구처분시설 부지선정에 관한 기본계획은 공론화위원회의 자문을 거쳐 「원자력안전법」 제3조상의 원자력진흥위원회의 심의·의결을 거쳐서 확정하도록 규정되어 있다. 이에 따라 사용후핵연료의 부지선정 문제는 국민의 생명과 신체 등의 안전성과 직결되는 문제로 전 국민의 공감대를 이끌어 내지 않고서 쉽게 추진할 수 없다는 문제점이 존재하고 있다.

이러한 관점에서 최근 독일에서는 「방사성폐기물 영구처분시설 건설부지의 탐사와 선정에 관한 법률」을 제정하여 2031년까지 독일의 영토 안에서 방사성폐기물을 영구처분시설을 설치할 부지를 투명하고 민주적으로 선정하도록 하는 것을 목적으로 제정하고 있다.³⁴⁾ 특히 동법 제3조에 고준위방사성폐기물 처분위원회를 두도록 하고 있는바, 동위원회는 위원장을 포함하여 33인으로 구성되고, 시민사회를 대표하는 민간위원 16인, 연방과 주의 정치계를 대표하는 16인 및 위원장 1인으로 구성된다.³⁵⁾ 구체적으로 시민사회를 대표하는 민간위원 16인은 해당분야의 전문지식이 있는 학자 8인, 환경단체의 대표 2인, 종교단체의 대표 2인, 경제계 대표 2인 및 노동조합 대표 2인이다. 정치계의 대표 16인은 연방의회 의원 8인과 주정부 구성원 8인으로 이루어져 있다. 동위원회의 위원장과 민간위원은 연방의회 및 연방참사원의 추천을 받아서 선임된다. 연방의회 의원인 정치계 위원은 연방위원회의 모든 교섭단체의 공동 추천을 받아야 하고, 연방참사원 의원인 정치계 위원은 연방참사원의 추천을 받아 선임된다. 연방의회 의원 및 주 정부 구성원인 위원에는 동수의 대표위원을 선정하여야 한다. 위원은 사퇴하거나 임기가 만료되지 않는 한 해임되지 않도록 신분보장을 하고 있다. 따라서 우리나라

(중간)저장은 폐연료봉을 완전히 물기 전에 별도의 시설을 마련해 놓고 안전하게 보관하는 것을 의미한다. 또한 (중간)저장시설은 원전 부지 안이나 밖에 위치할 수 있으며 수조 안에 폐연료봉을 담그는 습식 방법, 밀폐된 건물 안에 넣어 두는 건식 방법 등으로 보관할 수 있다”며 “저장 및 영구처분 시설로 인해 영향을 받는 지역에는 반드시 일정 수준의 지원을 해야 한다”고 강조했다. 이와 더불어 영구처분 시설의 가동 시점을 2055년으로 정한 부문은 전문가 의견 및 시범운전을 감안할 때 2050~2060년 사이에 건립돼야 한다는 의견이 많아서 시범운영 기간을 감안하면 2045년에 공사를 시작하여야 한다는 점을 밝혔다.

34) 독일의 사용후핵연료 관련 정책과 관련하여 이종영, “독일 방사성폐기물 영구처분시설 부지의 탐사와 선정에 관한 법률”, 『중앙법학』 제16집제3호(중앙법학회, 2014/9), 183~212면 참조.

35) 프랑스의 경우 대규모 국토개발사업을 결정하기 이전에 전 국민의 의사를 수렴하는 절차를 거치도록 되어 있는바, 국가공공토론위원회(CNDP=Conseil National du Débat Public)를 「바르니에 법」(Loi Barnier, 1995년 제정)에 도입하게 되었다. 국가공공토론위원회는 독립적이고 위원들은 해임이 불가하며, 5년간의 임기를 보장받는다. 동 위원회는 대통령령으로 위원장 1인과 부위원장 2인 등 위원 25인 임명한다. 즉, 상·하원의장 추천 의원 (각 1명), 지방의회 추천 의원 (6명), 참사원장 추천 (Conseil d'Etat, 1명), 대법원장 추천 대법관 (1명), 지방법원 추천 판사 (1인), 회계감사원 추천 감사 (1명), 행정법원 또는 행정항소법원 추천 판사 (1명), 전국적 규모의 환경보호단체 대표 (2명), 전국적 규모의 소비자 단체 대표(1명), 교통물류 단체 대표 (2명), 갈등관리 전문가 (2명), 노동문제 전문가(2명), 관료(2명) 등 총 25인의 협의체(instance collégiale)로 구성된다.

라의 경우 사용후핵연료 공론화위원회 구성을 지나친 전문가 위주, 관련자 위주로 당해 문제를 해결하기보다는 다양한 국민 층들이 참여하여 폭넓은 의견수렴을 할 수 있도록 하는 독일의 모델을 참고할 필요가 있다고 판단된다.³⁶⁾

3. 현행 「전기사업법」의 단일법 체제에서 “전기사업법”과 “전기안전법”으로의 분법화 필요성

현대사회에서 과학기술의 발전으로 인하여 전기사업 및 안전관련 법정책이나 법제도를 둘러싼 법률 환경이 변화하게 된다면, 전기사업법의 제정이나 개정은 당연히 발생하게 된다. 이러한 경우에 단일법체계를 유지하는 경우에는 해당 단일법을 개정하는 것으로 충분할 수 있다. 그러나 추가되어야 법률의 내용이 많고, 동일한 법률에서 규제, 육성 및 조성사업을 같이 규율하는 경우에는 법률해석의 방향을 설정할 수 없고, 법의 추구목적이 상호 상충하여 입법목적을 명확하게 판단할 수 없다는 문제점이 있다는 점이다. 이러한 「전기사업법」의 입법체계의 혼란은 최종적으로 법률의 수요자인 일반국민이 자기에 적용되는 법률규정에 관한 적용범위와 적용대상, 구체적인 사항에 대한 실제적 규율성을 예측할 수 없는 문제점이 존재한다. 이러한 문제점을 해결하기 위한 방안으로 해당 법률의 분법화를 필요로 한다. 일반적으로 법체계의 통일성 확보를 의미하는 “체계성”과 법규내용이 되도록이면 활용에 편리하고 간편하고 명료하다는 “실용성”에 있어서는 통일법(단일법)체계가 우수하고, 제도의 변경에 관하여 즉각적으로 대체할 수 있는 “즉응성 또는 적응성”에 있어서는 개별법 체계(분법화)가 우수하다고 일반적으로 평가 받고 있다. 그러나 이러한 장단점은 절대적인 것이 아니라 상대적인 것에 지나지 아니한다.

36) 공론화의 모델로 영국은 2003년에 CoRWM (Committee on Radioactive Waste Management)을 발족하여 공론화를 논의하였는바, 에너지경제학 교수를 위원장으로 총 12인으로 구성된 방사성폐기물관리위원회를 설립하여 PSE 프로그램으로 3년간 공론화를 추진하였다. 캐나다는 NWMO(Nuclear Waste Management Organization) 기구를 설치하여 제1단계 관심사항 파악, 2단계 우선순위 파악, 3단계 처리방식의 적합성 평가, 4단계 최종보고서 작성의 절차로 전 국민의 의견을 수렴하는데, 전문가 500여명의 과학기술 및 인문사회과학분야 전문가 참여, 시민참여 18,000여명의 시민의견을 경청하고, 특히, “인터넷 등을 통한 공론화” 5만명 이상이 30만번 이상 공론화 진행을 통한 의견개진을 거친다는 점이 특징적이다.

[입법체계 유형으로 단일법·분법화 체계의 장단점]

기 준	검토항목	입법체계유형	
		단일법체계	분법화체계
적용적 합성	<ul style="list-style-type: none"> 입법취지와 목적의 실현에 적합하게 법률의 내용이 사안적합성과 행정적합성에 따라 집약화, 세분화되어 일관성있는 법률 집행이 가능함 법집행을 위해 필요한 업무를 담당하는 기관(부서)의 통일성과 집행과 관련한 사항에 있어서 해석상의 일관성을 도모할 수 있음 	우 수	미 약
친숙성	<ul style="list-style-type: none"> 법적용자와 일정한 수범자가 적절하게 이해할 수 있고 적용할 수 있음 개념적 명확성, 명백한 관련요소의 설정과 논리적 구조를 통한 경제적이고 합리적인 적용가능성과 활용가능성이 있음 법적용자 및 수범자가 필요로 하고 사용하기 편리한 법정보를 제시할 수 있음 	미 약	우 수
효율성	<ul style="list-style-type: none"> 법률목적의 달성가능성과 법적용자에게 건설적이고 동기부여적인 사고를 제시하여 탄력적인 행위가능성이 부여됨 집행에 있어서의 공정성과 객관성 있는 운용이 가능함 변화된 환경에 적응하고 바람직한 집행을 위한 체계적인 입법관리가 용이하고, 입법비용도 절감됨 	미 약	우 수
부수효 과	<ul style="list-style-type: none"> 실제의 집행단계에서 재량이 부여된 곳에서의 재량확정 또는 불확정법개념에 대한 해석의 운용에 대한 판단능력을 제고할 수 있음 	미 약	우 수

따라서 「전기사업법」은 조문수가 적절하기 때문에 구태여 분법화를 할 필요성이 없다는 견해가 있을 수 있으나, 전기사업자의 진흥을 위한 事業法과 전기사용자의 안전을 규제하는 安全法 등의 규정이 혼재되어 있음으로 인하여 법률을 체계적으로 분리하여 이해도를 높이기 위하여 “전기사업법”·“전기안전법”으로 개별법체제로 분법화를 적극적으로 추진할 필요성이 있다고 판단된다. 즉 “전기안전법(안)”은 제1장 총칙규정, 제2장 전기설비의 안전관리에 관한 기본계획 및 기본시책, 제3장 전기설비의 안전관리, 제4장 전기설비의 안전기술기준 등, 제5장 전기안전관리자 등, 제6장 전기설비에 관한 안전기술의 진흥 시책 등, 제7장 한국전기안전공사, 제8장 보칙, 제9장 벌칙 규정으로 입법화할 필요가 있다고 판단된다.

4. 가스3법체계에서 “가스사업법”과 “가스안전법”에로의 분법화 방향성

「고압가스 안전관리법」은 총 70개 조항 중 가지조문이 24개, 삭제조문 8개, 도법은 총 103개 중 가지번호 52개, 삭제조문 15개로 낙후된 법률체계를 형성하고 있으며, 가스 3법에 대한 대국민 접근성을 강화시킬 필요가 있을 것이다. 그러나 가스 3법은 각각의 가스에 따른 사업자들에게는 전문성을 갖추고 있다고 볼 수 있으나, 가스의 안전규제에 관한 기본법적인 성격을 지니는 「고압가스 안전관리법」이 제정되어 있었음에도 불구하고, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」과 「도시가스사업법」에서도 事業法(진흥)과 安全法(규제)을 혼용하여 법률에서 함께 규정하고 있음을 발견할 수 있을 것이다. 하지만 가스사업법과 가스안전법으로 분법화여로의 방향성은 고법은 가스안전법의 모법으로 삼고, 액법과 도법의 경우 사업허가부분을 나누어서 안전과 결부되어 있는 규정을 “가스안전법”으로 보내고, 액법과 도법에서 안전 규정을 제외한 가스공급 및 진흥과 관련되는 규정을 “가스사업법”으로 전면개정을 하여야 할 것으로 판단된다.

(가칭) 가스안전법과 가스산업법 장·단점 분석

장점	단점
<ul style="list-style-type: none"> · 가스3법(고법·액법·도법)상 불필요한 법령 통합 및 안전법과 사업법으로 분법화로 인한 수범자에게 가스안전과 사업 등을 파악할 수 있고, 관련 법규의 내용을 쉽게 이해할 수 있다는 점이 장점임 · 수범자의 입장에서 법률의 내용을 쉽게 파악할 수 있다는 점이 장점임 	<ul style="list-style-type: none"> · 가스 3법간의 복잡한 관계로 인하여 수범자에게 법령내용의 전반적인 내용 파악 및 이해에 어려움이 발생하고 있는점이 단점임 · 가스관련 사업자-안전공사-공무원만 법률내용을 파악할 수 있고, 일반 국민들은 법률의 내용을 쉽게 파악할 수 없다는 점이 단점임
<ul style="list-style-type: none"> · 새로운 유형의 가스안전규제 발생시에 추가될 법개정의 편리성 및 수월성을 발생시킨다는 점이 장점임 	<ul style="list-style-type: none"> · 가스안전과 사업관련 행정상의 형평성 확보와 관련하여 각 규정간의 조율 및 조정을 곤란을 유발시킨다는 점이 단점임
<ul style="list-style-type: none"> · 가스안전법과 가스사업법으로 인하여 관련 법령 상호간 충돌가능성이 없다는 점이 장점임 	<ul style="list-style-type: none"> · 가스안전법과 가스산업법으로 분법화로 인하여 독자적인 법체계의 발전을 기대하기 어렵다는 점이 단점임
<ul style="list-style-type: none"> · 가스안전과 사업 관련 행정의 외연확산 	<ul style="list-style-type: none"> · 가스안전과 사업으로 분법화로 인하여

<p>및 통합적 관리에 유리하는 점이 장점임</p>	<p>대상별로 가스를 파악 및 운용에 불편함으로 초래할 가능성이 있다는 점이 단점임</p>
<p>· 관계부처 등의 이해가 복잡하지 않다는 점이 장점임</p>	<p>· 관계부처간의 협의 불가능시 법개정작업 등이 지연됨</p>
<p>· 가스안전법과 사업법으로 분법화하는 국가의 존재 목적은 국민의 생명과 신체 등의 안전성 확보와 공공의 안전성을 확보하여야 하는 의무가 존재하기 때문이며, 이를 바탕으로 가스산업을 발전시킬 수 있으며, 공급적인 측면에서도 지속적으로 발전할 수 있다고 할 수 있을 것임</p>	<p>· 현행 가스3법 체계로 국민의 안전성을 도모할 수 없다는 단점이 있다기보다는 가스산업의 진흥과 안전규제가 혼합되어 있음으로 인하여 안전규제가 소홀하게 운영될 수 있는 여지가 아직도 많다는 점이 단점으로 판단됨</p>
<p>· 다른 부처의 경우에도 환경부(화학물질관리법-불산사고), 고용노동부(산업안전보건법-산업용기계류 등), 국민안전처(위험물안전관리법-주유소), 국토부(철도안전법+철도사업법), 산업부(원자력안전법+원자력진흥법) 등 국민의 생명과 신체 등의 “안전” 과 관련하여 개별부처에서 관리를 하고 있음으로 인하여 가스3법의 경우에도 법체계의 번잡성을 탈피하여 “가스안전법” 과 “가스산업법” 으로 분류하여 가스를 융합하여 관장하게 함으로써 시너지 효과를 이룰 수 있다고 판단됨</p>	<p>· 최근 정부조직법 개정으로 인하여 “국민안전처” 가 새롭게 만들어짐으로 인하여 가스, 전기, 화학, 통신 등 특별재난본부가 신설되어 이관 될 수 있는 것이 아닌가 하는 우려도 있지만, 국무총리가 규제법률을 관장하는 것은 위헌적인 소지가 있음으로 인하여 쉽게 안전관련 법률을 국무총리실로 이동할 수 없을 것인가에 대하여는 문제점이 있는 것으로 판단됨</p>

또한 가스 3법은 고법, 도법, 액법상의 법률체계의 복잡성 및 난해성이 존재하며, 법률해석의 방향설정을 곤란하게 하고, 준용규정³⁷⁾을 남발하여 국민의 생명과 신체 등의 안전기준에

37) 이에 독일의 F. Ossenbühl 교수는 입법자가 “준용규정”을 어느 정도로, 어떠한 형식으로 이용하는가는 결코 立法者의 아무런 제한 없는 재량행위에 속하지 않는다고 한다. 왜냐하면 준용규정의 남발로 중요한 법률변경을 초래하여 법적 진공상태가 발생할 우려가 있고, 입법자에게 재치의 부재와 편리함을 주고, 입법기술상의 간소화가 법률의 질을 저하시키기 때문이다. 따라서 준용규정에의 남발에 대한 장· 단점을 한마디로 요약하면, 立法者에게는 간단함을, 國民에게는 어려움을, 법학자에게는 흥미로움을 준다. 그러므로 가스입법자가 준용규정을 무분별하게 이루어지게 하고 있는 경우에 법치국가의 원리와 민주주의 원리에 의거해서 制御하여야 할 것으로 판단된다; F. Ossenbühl, Die Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der

많은 문제점을 노출할 수 있지만, 가스 3법상의 안전관리규제를 분석해 보면, 중복적인 안전관리규정들이 많음에도 불구하고 가스 입법자가 법조문의 간결화를 위한 “준용규정”을 적용하지 않는 것은 “법률체계를 간결화 한다”는 순기능을 방치하고 있다는 점에서 “준용규정”을 “법치주의”와 “민주주의”의 원리가 허용하는 한도내에서 적용하여야 할 것으로 판단된다.

5. 「정부조직법」개정에 따른 “국민안전처”조직상 항공·에너지·화학·가스·통신 등의 “특수재난실”의 방향성

2014년 4월 16일에 발생한 세월호참사에서 보여준 해경의 무능과 안전행정부의 무사안일에 따른 근본적인 불신을 해소하기 위하여 박근혜 대통령은 재난안전컨트를 타워 신설을 통하여 “안전한 대한민국으로 가는 첫걸음”을 맞이하게 되었다. 이에 정부는 11월 18일에 국무회의에서 「정부조직법」과 관련 부처 직제를 의결하게 되었는데, 국무회의에서 의결된 직제는 11월 19일 오전 0시에 시행하게 되었다. 기존의 정부조직은 “17부 3처 18청”에서 “17부 5처 16청”으로 바뀌게 되는데, “국민안전처”와 “인사혁신처”가 신설되었고, “소방방재청”과 “해양경찰청”이 폐지되었다. 이에 따라 신설되는 “국민안전처”는 분산되어 있는 재난대응을 하는 조직체계를 일원화하고, 재난현장에서의 전문성과 대응을 강화하기 위한 시스템으로 정원이 1만 45명의 조직으로 구성하게 된다는 점이 특징인바, “장관 1명, 3차관(1차관 2본부(차관급)), 4실 체계로 조직을 구성하고 있다.

이러한 「정부조직법」개정으로 인하여 “대통령->재난비서관->총리->국민안전처->소방·해양본부”로 이어지는 “육상육식의 지휘체계”와, “국민안전처 장관”은 “일상적 재난만 담당”하고, “대규모 재난”은 “국무총리”가 담당하는 이중적인 지휘체계도 문제점으로 지적되고 있으며, 재난이 발생하는 경우에 책임 떠넘기기, 국민안전처장관의 지휘 통솔 가능성 등 많은 문제점을 지적하고 있다. 하지만 2본부에는 중앙소방본부(소방총감)와 해양경비안전본부(치안총감)로, 4실은 “안전정책실”, “재난관리실”, “특수재난실”, “기획조정실”로 구성되어 있는바, 특히, “특수재난실”은 항공·에너지·화학·가스·통신 등 특수재난에 대응하기 위하여 새롭게 신설하게 되어 어떻게 조직간의 협업을 통하여 재난발생시 효율적으로 대응하고 복구할 수 있는가가 “국민안전처의 존폐와 결부되어 있다”고 판단된다.

따라서 「국민안전처와 그 소속기관 직제시행령」 제14조 제3항 제1호에 “특수재난실”의 조

Gesetzgebungstechnik, DVBl, 1967, S. 401ff.; H.-U. Karpen, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, (Berlin, 1970), S. 30.; W. Brugger, Rechtsprobleme der Verweisung im Hinblick auf Publikation, Demokratie und Rechtsstaat, VerwArch(78), 1987, S. 1ff(39).; T. Clemens, Die Verweisung von einer Rechtsnorm auf andere Vorschriften insbesondere ihre Verfassungsmäßigkeit, AöR111(1986), S. 63ff.

직과 업무분장에 관하여 규정하고 있는바, “도로·지하철·철도·항공기·해양선박 등 관련 대형 교통사고, 유해화학물질 등 관련 환경오염사고, 감염병 재난, 가축 질병, 원자력안전사고, 다중 밀집시설 및 산업단지 등에서의 대형사고, 전력·가스 등 에너지 관련 사고, 정보통신 사고(「정보통신기반 보호법」 제2조 제3호 및 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제7호에 따른 침해사고와 중앙행정기관·지방자치단체 및 공공기관의 정보통신망에 대한 사이버공격은 제외한다) 등(이하 “특수재난”이라 한다) 대책 지원 및 업무 협조”를 하도록 규정하고 있음을 발견할 수 있다.

반면에 원자력안전사고의 경우에는 「원자력안전위원회와 그 소속기관의 직제 시행규칙」 제6조에 안전정책국의 안전정책과장의 업무로 원자력발전소 중대사고 관리정책을 수립·시행, 원자력안전 관련 법령·제도의 정비·보완, 원자력안전에 관한 실태조사에 관한 사항, 원자력안전문화의 보급·확산에 관한 사항 등의 안전관리와 생활방사선안전과장은 원자로 및 관계시설의 폐쇄·해체로 발생하는 폐기물 등의 안전규제에 관한 사항, 방사성폐기물의 운반·저장·처리 및 처분에 대한 안전규제, 방사성폐기물의 저장·처리·처분시설 및 그 부속시설에 관한 인가·허가 및 감독, 사용후핵연료 저장·처분시설에 대한 안전규제에 관한 사항 등에 관한 부문을 분장하여 안전관리를 하고 있으며, 전력·가스 등 에너지안전사고는 「산업통상자원부와 그 소속기관의 직제 시행령」 제18조 에너지자원실에서 담당하고 있고, 가스·전기 등 에너지시설 안전전반에 관한 기본정책의 수립·운영, 에너지 안전시설 관리 관련 법·제도 운용, 에너지안전 관련 민관 및 국제협력 강화 등의 업무를 분장하고 있고, 「산업통상자원부와 그 소속기관의 직제 시행규칙」 제14조 제4항에 에너지안전과장에게 “가스·전기 등 에너지의 안전전반에 관한 정책의 수립·운영, 가스·전기 등에 관한 재해대책의 수립·추진, 에너지 안전사고에 대한 조사 및 대응, 고압가스, 액화석유가스 및 도시가스의 안전관리에 관한 법령·제도의 운영 및 연구·개선, 가스안전기기·전기안전기기 등 에너지 안전 관련 기술·기기의 개발 및 보급에 관한 사항, 에너지 공공기관 안전관리 계획 수립, 점검·평가, 에너지 공공기관 안전관리 분야 지도·감독, 가스 및 전기 안전관리 예산의 관리·운영에 관한 사항, 에너지안전 관련 민관 기술위원회 운영 및 국제 협력, 에너지 안전관리에 관한 교육·홍보”를 하도록 구체적으로 규정을 하고 있음을 발견할 수 있다.

중국적으로 「국민안전처와 그 소속기관 직제시행령」과「원자력안전위원회와 그 소속기관의 직제 시행규칙」, 「산업통상자원부와 그 소속기관의 직제 시행령」·「산업통상자원부와 그 소속기관의 직제 시행규칙」상의 업무분장을 통하여 에너지(원자력·전기·가스)안전사고 발생 시에 국민안전처 산하 “특수재난실”과 원자력안전위원회 소속의 “안전정책국의 안전정책과” 사이에 원자력안전사고와 산업통상자원부 소속의 “에너지안전과” 사이에 전기·가스안전사고를 대응체계 정비를 통하여 유기적인 연계성을 갖추어 효율적으로 에너지(원자력·전기·가

스) 안전사고를 사전에 예방하고 대응하게 하여 국민의 생명과 신체 등의 피해를 최소한도로 발생하게 할 수 있도록 할 수 있도록 하는 대응체계 시스템을 좀 더 세부적으로 정비할 필요가 있을 것으로 판단된다.

【토론문】

“안전국가 정착을 위한 입법적 과제”에 대한 토론문

차진아*

I. 출발점: 위험사회와 안전국가, 왜 문제되며 무엇을 말하는 것인가?

안전국가의 의미와 안전국가가 문제되는 범위를 좀 더 명확하게 할 필요가 있기 때문에 안전국가 개념의 탄생과 관련하여 발제문에서도 소개되고 있는 위험사회의 개념을 명확하게 하고 이 위험사회와 안전국가의 관계 속에서 발제자의 글이 갖는 의미와 한계를 조금 더 분명하게 정리해보고자 이 토론의 초점을 맞추었음.

II. 국가의 과제로서의 안전, 어떻게 구체화되어야 하는가?

1. 국가공동체의 기본과제로서의 안전과 그 의미

발제자도 이야기 하듯이 안전은 국가공동체의 가장 기본적인 과제에 속함. 물론 그 의미에 대해서는 조금씩 다른 견해들이 있음. 발제자가 소개한 J. Isensee 처럼 기본권과는 별도로 안전을 논하는 사람도 있지만 기본권의 보장을 위한 조건으로 안전을 이야기 하는 경우도 적지 않음. 어찌되었건 안전이 기본권과 불가분의 관계에 있다는 점은 분명하며 국민의 기본권을 보장하기 위해서는 국민의 안전을 소홀히 해서는 안된다는 점에 대해서는 이론이 있을 수 없음.

그러나 안전을 위한 국가활동의 범위가 매우 광범위하고 이에 속하는 국가활동의 유형 또한 다양하기 때문에 이를 어떻게 구체화시킬 것인가의 문제는 결코 간단하지 않음.

2. 불법적 침해로부터의 안전: 국가안보와 질서유지

안전과 관련하여 가장 먼저 생각할 수 있는 것은 개인의 인권을 침해로부터 보호하는 것

* 고려대 법학전문대학원 부교수

임. 예컨대 범죄자가 선량한 시민의 인권을 침해하지 못하도록 보호하는 것도 안전의 확보이고 외적의 침입으로부터 국방을 튼튼히 함으로써 국민의 인권이 침해되지 않도록 하는 것도 안전과 관련한 국가의 과제라 할 수 있음

이러한 의미에서 안전을 위한 국가의 1차적 과제는 국민의 인권을 불법적 침해로부터 보호하는 것이라 할 수 있음.

3. 질병 및 사고 등으로부터의 안전: 사회국가적 보장을 통한 사회적 안전망의 구축

현대 국가에서는 안전의 개념이 보다 확장되고 있음. 범죄 등과 같은 불법행위에 의한 침해로부터의 보호뿐만 아니라 질병이나 사고 등과 같은 - 그 자체가 불법이라고 할 수는 없는- 불행한 사태로부터의 보호까지 포함하는 것임. 특히 최근에는 사회적 '안전'망의 확충과 관련하여 퇴직 후의 생계보장 등과 같은 다양한 형태의 사회보장까지도 안전의 개념에 포함시키기도 함.

Ⅲ. 위험사회의 대두에 따른 안전국가의 문제, 과거와 무엇이 달라졌는가?

1. 위험의 개념과 위험사회의 의미

우리말로는 똑같이 위험이라고 번역되지만 독일어에서 Gefahr와 Risiko는 분명히 다른 개념임. 발제자가 소개했듯이 위험사회라는 용어는 종래 공법학에서 법적 규제의 대상으로 삼았던 gefahr에 속하지 않는, 그러나 법적으로 방치할 수 없는 새로운 형태의 요소인 Risiko의 문제에 초점을 맞춘 것임. 전자가 그 발생가능성 및 통제 가능성이 계산한 것이라면 후자는 그렇지 못하다는 점에서 큰 차이를 보이며 특히 핵 문제 등에서 보이듯이 발생가능성이 매우 낮다고 해서 이에 대한 통제를 소홀히 할 경우 치명적인 결과가 야기될 수 있다는 점에서 Risiko의 통제는 과거 Gefahr의 통제와는 다른 측면을 갖는 것임.

2. 위험사회의 대두에 따른 국가과제의 변화

종래 법적으로 명확하게 정의되고 통제될 수 있는 Gefahr는 비례성의 관점에서 법치국가적 통제로 해결될 수 있었음. Gefahr의 크기, 발생확률, 예상되는 피해의 정도에 따라 적절하게 (비례성에 맞게) 규제하는 것이 합리적이라고 인정될 수 있었던 것임.

그러나 Risiko의 통제는 그렇게 간단하지 않음. 비록 원자력 발전소 사고의 발생확률은 매

우 낮지만 일단 사고가 발생할 경우에 피해는 예측하기 어려움. 과연 발생확률이 매우 낮기 때문에 통제를 완화할 것인가, 아니면 피해의 규모가 막대할 것이기 때문에 오히려 통제를 강화하여야 할 것인가? 이러한 딜레마 속에 위험사회의 문제에 대응하는 새로운 법적 대응이 모색될 필요성이 대두된 것임.

3. 위험사회의 대응개념으로서의 안전국가, 어떻게 구체화되어야 하는가?

이렇게 볼 때 위험사회의 대응개념으로서의 안전국가는 앞서 언급했던 국가의 기본적 과제로서의 안전과는 구별되는 것으로 생각할 수 있음. 마치 넓은 의미의 헌법보호와 좁은 의미의 헌법보호를 나누는 것처럼 넓은 의미의 안전국가와 좁은 의미의 안전국가를 나눌 필요성이 있음

넓은 의미의 안전국가는 전통적인 법치주의 원리와 그 파생원리로서의 비례성원칙에 따라 구체화됨.

좁은 의미의 안전국가는 위험사회라는 새로운 현상에 대응하는 국가과제의 수행에 초점을 맞추어야 할 것임. 예컨대 연쇄살인범으로부터 국민의 안전을 보호하기 위한 법적 장치 및 이에 적용되는 법적 기준과 핵발전소의 사고로부터 국민을 보호하기 위해 필요한 법적 장치 및 이에 적용되는 기준이 달라져야 하는 것임.

마치 환경 문제에서는 인과관계의 인정이 일반적인 경우와 다른 기준에 따라 확정되듯이 좁은 의미의 안전국가에 관한 문제에서는 새로운 법적 기준이 요구되고 있는 것임.

IV. 안전국가의 개념에 따른 「에너지 안전 법제」의 의미와 구조

1. 위험사회 개념의 탄생배경과 에너지 안전 법제의 관련성

위험사회의 개념 탄생에 직접적인 계기가 되었던 것이 핵에너지의 이용문제였다는 점을 생각하면 발제자가 이야기하고 있는 에너지 안전법제가 위험사회 내지 좁은 의미의 안전국가와 밀접한 관련을 맺는 것으로 볼 수 있음.

2. 안전국가의 개념과 에너지 안전 법제의 범위 설정

그런데 문제는 에너지 안전법제의 모든 영역이 앞서 서술한 바와 같은 의미에서 위험사회

의 문제이며 좁은 의미의 안전국가의 과제로 보아야 할 것인지에 대해서는 논란의 소지가 있음.

핵에너지와 관련되는 원자력 문제에 있어서는 전형적인 위험사회의 문제 내지 좁은 의미의 안전국가의 문제라 할 수 있으나, 가스 에너지나 전기 에너지의 문제를 이와 같은 것으로 묶어서 취급하는 것이 “특히 여기서 이야기하는 좁은 의미의 안전국가라는 의미에서” 적절한지에 대해 의문이 제기될 수 있기 때문임.

3. 원자력법과 전기사업법, 가스 관련법 등의 성격상 차이와 차별화 필요성

오히려 가스 안전의 문제나 전기안전의 문제는 위험사회의 문제라기보다는 오히려 전통적인 법치국가의 틀 안에서 비례성 원칙에 따라 규율되고 해결되어야 문제인 것은 아닌지에 대해 심사숙고가 필요한 것으로 보임.

반면에 원자력 문제는 비례성을 엄격하게 따지기 어려울 뿐만 아니라 피해에 대한 정확한 예측도 어렵다는 점에서 오히려 최대한의 안전의 확보가 비례성을 넘어서는 우선적인 판단기준이 되어야 한다는 점에서 양자의 차별성을 인정하는 것이 필요한 것으로 생각됨.

V. 안전국가와 국민안전처, 올바른 방향설정에 관하여

1. 안전국가의 개념 이해와 국민안전처 신설의 적정성 여부

발제자는 안전국가와 관련하여 국민안전처의 신설을 매우 의미 있는 것으로 평가하는 것으로 보임. 그러나 새롭게 발족된 국민안전처는 그 역할의 범위가 명확하지 않음. 한편으로는 넓은 의미의 안전을 국민안전처가 전적으로 또는 1차적으로 담당한다고 볼 수도 없고, 다른 한편으로는 좁은 의미의 안전국가적 과제만을 담당하는 것으로 보기도 어렵기 때문임.

물론 발제자가 지적했듯이 국민안전처의 신설로 재난 대응의 효율성을 꾀할 수 있다는 기대도 있음. 그러나 적어도 안전국가의 개념과 직접적인 관련성 속에서 국민안전처를 이해하는 것은 적절하지 않은 것으로 보임.

2. 재난대응체계의 합리화 필요성과 국민안전처의 역할

기존의 재난대응체계에 여러 가지 문제가 있었고 국민안전처의 신설을 통해 의사결정의

구조를 합리화시키고 대응 시간을 단축시키는 등의 기대효과에 대해서는 공감할 수 있음. 그러나 과연 그것이 최선의 대안인가에 대해서는 - 안전국가와의 관련성을 떠나서도- 논란의 소지가 있음

과연 해양경찰청을 경찰청이 아닌 국민안전처에 소속되도록 하는 것이 더 합리적인지, 소방방재청을 국민안전처에 소속시키는 것이 최선의 대안인지에 대해서는 담당하는 기능의 성질 및 다른 기관과의 유기적 협조 등 여러 가지 문제가 제기될 수 있을 것이기 때문임.

3. 『에너지 안전 법제』와 국민안전처의 관계에 대한 검토

국민안전처의 문제는 이러한 안전국가와의 관련성을 떠나서도 에너지 안전법제와의 관련성 측면에서 여러가지 논의가 필요할 것임.

단순히 안전이라는 용어만으로 관련된 업무에 대한 관할권을 국민안전처가 폭넓게 주장할 수 있다면 기존 국가기관들의 활동과 충돌되거나 중복되는 문제들이 많아질 뿐만 아니라 안전과 관련되는 수많은 업무들의 영역별 차이, 전문성 및 전문인력, 인접기관과의 유기적 협조 등에서 상당히 심각한 문제가 야기될 수 있을 것임.

만일 에너지 안전법제가 국민안전처의 소관사항에 들어가야 한다면 그 명확한 근거 내지 밝혀져야 할 것임.

VI. 결론

위험사회와 안전국가라는 새로운 주제에 대해, 세월호 사건을 계기로 안전문제에 대한 관심이 매우 높은 이 시기에, 시사하는 많은 논문을 발제한 발제자로부터 여러가지 배우고 느낀 바가 많음. 아마도 이 문제는 이제 본격적인 논의의 출발선상에 있는 것으로 보이고 향후 더 많은 학자들과 실무자들의 논의와 협력을 통해 구체화될 수 있을 것으로 기대됨.

◇ 토론자로서 이 토론이 그러한 논의에 작은 기여가 될 수 있기를 기대하며 토론을 마칩니다. 경청해 주셔서 감사합니다.

【토론문】

“안전국가 정착을 위한 입법적 과제” 토론문

정 상 우*

오늘 발제는 에너지 안전 법제라고 할 수 있는 원자력, 가스, 전기의 리스크와 위험으로부터 국민의 생명과 신체 등의 안전성을 확보하기 위한 법제를 분석하고 개선 방향을 제시한 논문이라고 할 수 있습니다. 매우 시의성 있고 광범위한 법령에 대한 분석을 기초로 하여 의미가 매우 깊은 발제였습니다. 제가 이 분야에 생소한 편이어서 본격적인 토론보다는 헌법 제34조 제6항의 성격에 대한 이해를 기초로 안전 관련 법령에 대한 심사 기준에 관한 생각과 발제에 대한 몇 가지 궁금한 사항에 대한 질문으로 토론을 하고자 합니다.

발제자께서는 독일의 논의를 토대로 국가의 안전보호의무의 헌법적 근거로 기본권 규범이 갖는 주관적 방어권으로서의 성격과 아울러 객관적 가치질서로서의 성격을 의미 있게 논의하고 계십니다. 그러면서 다른 한편 J. Isensee 교수의 ‘국가적 과제’를 들고 있습니다. 혹 두 견해 모두에 기초하여 논의를 전개하신 것인지 궁금합니다. 한편 국가의 안전보호의무가 기본권으로부터 출발한다고 할 때, 어떠한 기본권인지 좀더 명확하게 설명되어야 할 것입니다. 예를 들어 그 기본권이 안전권이라면 안전권의 기본권적 속성과 객관적 가치질서로서의 성격을 논의해야 국가의 안전보호의무를 논의할 수 있는 것은 아닐까 생각합니다. 물론 이에 대해서는 안전권을 기본권으로 인정하려는 견해도 존재합니다. 안전권을 헌법적 권리로 격상시키는 견해에서는 안전권이 입법자가 자유롭게 선택할 수 있는 재량사항이 아니고, 안전권의 확보와 실현을 위하여 입법을 하여야 하는 헌법적인 의무라고 봅니다. 나아가 발제자께서는 안전국가 정착을 위한 기준으로 과소금지 원칙을 들고 있으면서도 과잉금지원칙을 동시에 제시하고 있는데, 안전에 관한 국가의 의무가 권리로서 성격을 갖는지 명확해야 할 것입니다. 이 두 가지 원칙을 적용하는 것에 보충적인 설명을 해 주시기 부탁드립니다.

저는 개인적으로 안전국가에 대한 국가적 의무를 꼭 기본권에서 도출해야 한다고 보지는 않습니다. 국가목적은 헌법에 의해 실현되는데, 이때 헌법 가운데에서도 기본권 규정에 한정되지 않고 국가목표규정에 의해 실현될 수 있다고 할 수 있습니다.

국가목표규정(國家目標規定, Staatszielbestimmung)이란 헌법이 추구하고 보장하는 가치 가운데, 특정한 가치를 실현하기 위하여 국민 개개인에게 주관적 권리를 부여하지 않으면서 국

* 인하대학교 사회교육과

가에게 그러한 가치를 실현하도록 의무를 부과하는 것을 말합니다. 현행 헌법에서 이러한 국가목표규정에 해당하는 것으로는, 대표적으로 헌법 제9조의 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”, 제31조 제5항의 “국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.” 등을 들 수 있겠습니다. 이 외에도 제5조 국제평화 유지 노력과 침략전쟁의 부인, 제32조 제1항 근로자 고용의 증진과 적정임금의 보장 노력, 동조 제4항 여자의 근로 보호 및 차별 금지, 동조 제5항의 연소자 근로의 보호, 제34조 제2항의 사회보장 및 사회복지 증진, 동조 제3항의 여자의 복지와 권익 향상, 동조 제4항의 노인과 청소년의 복지향상, 제35조 제3항의 쾌적한 주거생활, 제36조 제2항의 모성 보호, 동조 제3항 보건, 제123조 제2항 지역간 균형 발전 및 지역경제 육성, 동조 제3항의 중소기업 보호·육성, 동조 제4항 농·어민 이익 보호, 동조 제5항 농·어민과 중소기업의 자조조직 육성, 제127조 과학기술의 혁신과 정보 및 인력 개발 등도 이에 포함됩니다. 오늘 발제의 근거가 헌법 제34조 제6항에서 “국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.”라는 조항도 국가목표규정에 해당한다고 할 수 있습니다.

국가목표규정은 국가에게는 특정한 행위를 하여야 할 의무를 부과하지만, 국민에게는 국가에 대하여 그러한 특정한 행위를 할 것을 청구할 수 있는 권리를 부여하지 않습니다. 즉 주관적 권리성이 결여된다고 할 수 있고, 이러한 점에서 국가목표규정은 기본권 규정과 구별할 필요가 있습니다. 공공재에 해당하는 가치는 공동체의 유지와 공동체 구성원 모두의 삶을 위한 것이기 때문에 개인에게 배분하여 주는 것이 적합하지 않을 수 있습니다. 그리고 개인에게 이익이 돌아가는 경우에도 개인에게 청구권을 인정하는 것보다 국가로 하여금 이를 실현하도록 의무를 부과하는 것이 그 실현에 있어 보다 실효적이고 타당하다고 할 수 있습니다. 물론 국가목표규정의 경우에도 해석상 기본권이 전혀 도출되지 않는 것은 아닙니다. 국가목표규정으로부터 기본권이 도출되어 기본권도 동시에 보장되는 것도 가능합니다.

국가목표규정의 경우 국가에 대하여 일정한 가치를 실현하도록 의무를 부과하는 것에 그치고 국민에게 이에 상응하는 권리가 직접 부여되는 것은 아닙니다. 개인에게 기본권이 바로 부여되는 것이 아니기 때문에 국가는 기본권에 대응한 보호 의무가 발생하는 것은 아닙니다. 그러나 개인에게 기본권이 부여되지 않는 경우에도 국가는 의무를 지게 하는 것이 국가목표규정의 특성입니다. 국가는 입법을 통해 국가목표규정을 구체화해야 하는 의무를 집니다.

국가목표규정이 국민에게 바로 기본권을 보장하는 것은 아니지만, 국가는 해당 영역에서 국가목표규정이 추구하는 가치를 실현시켜야 합니다. 따라서 해당 영역의 법률의 해석과 적용에서 국가목표조항은 해석과 적용에 기준을 제시하게 됩니다. 국가권력의 행사는 입법권이나 행정권, 사법권 모두 국가목표규정을 실현하는 방향으로 행사되어야 합니다. 국민의 안전과 관련한 권력의 행사라면 위험에 노출되는 국민들에게 더 많은 정보가 제공될 수 있도록

해야 하고 필요한 범위에서 의사결정에 참여하거나 스스로의 판단과 책임 하에 위험을 피할 수 있도록 해 주어야 합니다. 다만 국가목표규정의 경우 해당 규정이 추구하는 가치를 실현시킬 때, 가치 실현의 수단, 충돌하는 가치 간의 조정, 가치실현의 정도 등에 있어 광범위한 재량이 존재할 수밖에 없습니다. 가치실현은 국가의 재정이나 현실적 한계와 밀접한 관련을 가질 수밖에 없기 때문입니다. 입법에 있어서는 입법형성의 자유가 존재할 것입니다. 그러나 국가목표규정이 핵심적인 내용에 명백히 반하는 경우 국가목표규정을 침해하는 것이라고 할 수 있습니다.

구체적인 입법과제와 관련하여서는 다음과 같은 질문을 드리고자 합니다.

원자력안전법과 관련하여 노후 원자로 폐기를 30년 기준으로 법정화하는 것을 제안하셨는데, 저는 위험성(피해)이 높은 것일수록 회피의 정도도 높아야 한다고 보아 원자로 폐기를 법률로 명확하게 규정하는 것에 동의를 합니다. 다만 법률이라는 것이 30년 기한을 원칙으로 하는 경우에도 단서 조항으로 예외를 규정하고 할 것입니다. 그리고 원자로 사용 기한은 설계당시 정하여 기술적인 판단을 받는 절차를 거치는 것으로 알고 있습니다. 예를 들어 사용 기한을 20년으로 정할 수도 있고, 30년, 40년, 60년으로 정할 수 있습니다. 기술적 수준을 고려하여 사용 기한을 정하여 설계하면 전문가들이 그 기한에 적합한 설계, 제작인지 판단하는 것으로 알고 있습니다. 30년 기준으로 획일화 한다면 자칫 20년 사용 기한의 기술수준으로 원자로를 설계할 위험은 없는지, 반대로 60년 사용 기술이 가능할 때 법률을 개정해야 하는지, 특히 60년으로 개정한다고 해서 40년, 50년 사용기한의 원자로 생산을 막을 것인지 하는 문제들이 남습니다.

그리고 예를 들어 방사성폐기물 관리시설의 안정성이 인구밀집지역과의 거리를 어느 정도 하는 것이 과소금지 기준에 반하지 않는지, 구체적 기준을 제시할 수 없다면 기준 설정 방법이나 절차로는 어떠한 것이 있을 수 있는지 궁금합니다.

전기의 경우 전기사업법뿐만 아니라 오히려, 전력시설물 설치를 적절하게 하여 공공의 안전을 확보하고자 한 전력기술관리법, 또는 전기공사의 안전하고 적정한 시공을 확보하고자 제정된 전기공사업법 등을 함께 검토할 필요가 없는지 궁금하다. 주로 전기설비에 관한 새로운 법률의 제정이라면 현행 전기사업법 제7장 전기설비의 안전관리에 관한 장을 별도로 독립 입법해야 한다는 주장으로 이해되지만, 그러한 주장이 타당성이 없지 않지만 전기설비의 경우 건설 관련 법령에 많은 규정들이 이미 산재해 있습니다. 건설산업기본법, 건설기술진흥법, 건축법 등과 중복입법을 피하고 체계정당성을 유지해야 하는데 곤란한 점들이 있을 것으로 예상됩니다. 그럼에도 독립 입법의 필요성이 불가피하다면 보충 설명을 해 주시면 감사하겠습니다.

감사합니다.

헌법국가로서의 안전국가

조재현*

- I. 들어가며
- II. 위험사회의 의미와 국가적 과제로서 안전
- III. 국가적 과제로서 안전의 확보
- IV. 헌법국가로서 안전국가의 구현방법
- V. 안전국가의 실현을 위한 국가의 예방적 과제
- VI. 나가며

I. 들어가며

위험사회의 저자인 유럽의 저명한 사회학자인 울리히 벡은 한국을 여러 차례 방문한 바 있다. 2008년 한국을 방문시 그는 한국은 아주 특별한 위험사회라고 언급한 바 있다. 1994년 성수대교 붕괴사고, 1995년 삼풍백화점 붕괴 등 대형사고를 잇달아 경험하면서 울리히 벡의 이론은 주목받기 시작했다. 그럼에도 불구하고 이러한 참사는 끊이지 않았고, 최근 세월호 침몰사고는 우리 사회의 재난에 대한 총체적 부실이 무엇인지 드러냈으며, 재난에 대한 위기 대응체계의 한계를 실감할 수 있었던 사건이었다. 세월호 침몰사고는 안전국가를 표방한 정부에 큰 타격을 주었고, 이를 계기로 안전컨트롤 타워로서의 역할을 기대하면서 새로이 국무총리 소속의 국민안전처가 출범하였다. 그런데 한국 원양어선의 최악의 참사로 기록될 오룡호 사고에서 국민안전처는 재난컨트롤타워로서의 성과를 거두지 못하고 못매를 맞고 있다. 오룡호 사고 직후 국민안전처는 구조요청을 한 것으로 자신의 역할을 다하였으며, 사고대책본부도 해양수산부에 꾸러졌다가 재난 및 안전관리기본법 제14조에 의해 외국에서 발생한 재난은 외교부장관이 중앙사고대책본부장을 맡도록 되어 있어 외교부로 이관되었다. 불과 1년이 채 지나기도 전에 위험과 재난으로부터의 안전보장 시스템에 문제점이 드러난 것이다. 위험은 알려진 위험과 알려지지 않은 위험이 있다. 알려지지 않은 위험이라 할 수 있는 원자

* 동아대학교 법학전문대학원

력폭발이나 통제할 수 없는 전염병 등의 확산과 같은 상당한 위험(profound uncertainties)은 그 결과를 예측할 수 없다는 불확실성¹⁾으로 말미암아 현대 위험사회의 가장 중요한 위험요소로 등장한다. 세월호 사건이나 오룡호 사건과 같은 알려진 위험에도 제대로 작동하지 않은 재난대응체계를 고려한다면, 알려지지 않은 위험의 발생 상황에서는 재난컨트롤 시스템의 작동은 기대하기 어렵다. 위험사회로서의 우리사회의 자화상이다.

물론 위험사회의 요소는 한국에만 국한된 문제는 아니다. 2001년 뉴욕의 9·11테러, 2010년 아이티 강진, 2011 일본의 대지진과 원전폭발, 인도의 뭄바이테러, 아이슬란드 화산분출 등 현대사회의 위험성은 지구상의 이슈가 되고 있다. 위험이란 인간의 생존에 위해가 되는 모든 것으로 자연재해나 사회적 위험을 포함한다. 과학의 발달은 자연재해뿐만 아니라, 산업재해, 교통사고에 따른 외상성 상해, 질병, 바이러스나 박테리아 유출, 빈곤, 전쟁, 유해물질 등 사회적 위험요소를 증가시킨다. 현대사회는 위험국가가 되었으며, 인류에게 자연적 위험뿐만 아니라 국가적 안보위험, 기술적 위험 등 대량위험과 각종 위험시설물에 노출시킨다.

올 해 우리나라를 다시 방문한 뮌헨대학교의 올리히 벡 교수는 기후변화와 위험사회에 대한 강연을 하였다. 환경적 위험은 현대의 법적 문제 중에 가장 광범위하게 고려되며, 원자력 폭발, 방사능폐기물 등은 위험의 중요성의 확인할 수 없는 폭발적 가능성이 현존하고 있다.²⁾

현대사회의 특징인 위험사회는 ‘안전에 관한 권리’에 주목하고 있다. 안전에 관한 권리는 국가에 대하여 안전을 요구할 수 있는 즉 국가의 의무로서 규율되기도 하고, 국가의 과제로부터 안전권이라는 권리 또는 헌법상의 기본권으로 도출하기도 한다. 안전권이라는 하나의 권리의 실제 인정여부를 떠나 위험사회에서 헌법국가는 안전국가일 것이 요구된다.

이하에서는 현대 위험사회의 의미와 위험사회로부터의 안전이라는 국가적 과제가 갖는 헌법적 의미에 관하여 검토한다.

II. 위험사회의 의미와 국가적 과제로서 안전

1. 위험사회의 의미

위험에 대한 정의와 위험의 양상에 관하여는 그 의미를 두고 학자들마다 다양하게 전개된다. 위험은 육체적·정신적·경제적·환경적 위해를 입을 가능성이라고 이해할 수 있다. 그러

¹⁾ Larry D. Silver, THE COMMON LAW OF ENVIRONMENTAL RISK AND SOME RECENT APPLICATIONS, Harvard Environmental Law Review 1986, p. 64.

²⁾ Larry D. Silver(fn 1), p. 61.

한 위해를 안겨주는 요소에 따라 위험을 분류하면 자연적 위험, 기술적 위험, 사회적 위험 등의 범주로 구분하고 있다.³⁾ 자연적 위험이란 천재지변 등 인위적인 기술과는 무관한 자연 환경적 위험을 의미하며, 기술적 위험은 건물이나 교량의 붕괴, 공장폭발, 오염 등 인공적인 산물이나 기술시스템의 문제로 인한 위험을 말한다. 사회적 위험은 절도, 방화, 폭력 등 인간의 행동으로 비롯되는 위험으로 설명된다.

오늘날의 위험은 자연적 위험, 기술적 위험, 사회적 위험요소는 단일요소에 의하여 작동하는 것이 아니라 여러 가지 위험요소들이 복합적으로 작용하여 위험사회로 이행하게 한다. 대지진 등의 자연 환경적 위험은 원자력 폭발이나 방사능 등의 사회적 위험요소를 수반하며, 전 지구적 금융위기라는 쓰나미를 가져온다. 사회는 자연 환경적 위험뿐만 아니라 사회 환경적 위험에 항상 직면해 있다. 자연적 환경과 사회적 환경이 함께 복합적으로 고려된 위험요소가 등장한다. 예전에는 화재나 전염병이 정치적·법적 시스템이 직면한 가장 큰 환경적 위험이었으나, 도시화, 산업화 등으로 공기오염, 수질오염 등 새로운 다양한 형태의 환경위험이 등장하였다.⁴⁾ 환경적 위험의 특징은 알려진 위험(known risk)과 알려지지 않은 위험(unknown risk)으로 구분할 수 있으며, 알려지지 않은 위험은 다시 보통의 위험(modest uncertainties)와 상당한 위험(profound uncertainties)로 구분할 수 있다. 알려진 위험의 경우에는 어떠한 위험이 발생할 것인지에 대한 다양한 해결책을 결정할 수 있는 반면에, 알려지지 않은 위험의 경우 불확실성의 조건하에서 정책이 결정되어야 한다⁵⁾는 점에서 위험결과의 예측의 불확실성으로 위험사회의 심각성을 나타낸다. 최근에는 위험사회 논의가 테러영역으로까지 미친다.⁶⁾

현대국가는 필연적으로 위험국가일 수밖에 없다. 위험국가라는 말은 올리히 벡의 저서인 위험사회에서 등장한다. 올리히 벡은 자신의 저서인 위험사회(Risikogesellschaft)에서 과거의 위해의 개념과 위험의 개념을 구분하였다. 과거의 위해라 함은 부와 정치적 권력에 의한 개인적인 위험을 의미한다면, 위험이라 함은 기술적, 경제적인 발전과 기업적인 생산물 그리고 사회 자체의 중심에서 발생할 수 있는 것을 의미한다.⁷⁾ 위험이라 함은 긍정적 결과를 추구하는 과정에서 발생한 부가적 결과라는 것이다. 예컨대 화학적 물리적 작용과정의 사후적 결과로 방사능(원자력)을 들었다.

3) 손형섭, “위험사회의 헌법이론 - 헌법질서의 확립과 가이드라인 시대의 서언-”, 『법학연구』, 2013, 3면.

4) Larry D. Silver(fn 1), p. 62.

5) Larry D. Silver(fn 1), p. 63.

6) 박미숙/김일수, 현대위험사회와 법치국가형법, 『한국형사정책연구원 연구총서』 2012. 12. 35면.

7) 강문수, “위험사회에서의 입법 - 위험사회에서의 입법적 과제 -”, 『토지공법연구』 제32집, 2006. 9, 343면 참조.

올리히 백에 의하면 위험사회는 사회의 다양한 형태의 불안정한 모습으로 나타난다. 경제적 기술적으로 발달한 복지사회는 사회적 확실성을 상실하게 하고, 산업화의 발달에 따른 진보는 부과적인 결과를 가져오게 되었으며, 공간적 시간적 한계가 없는 대부분의 경우 파악되지 않고 종종 돌이킬 수 없는 위험과 위해를 도출하는 자기파괴의 잠재적 가능성을 포함하는 개념이다.⁸⁾

그런데 한국사회가 직면한 위험은 올리히 백이 제시한 위험사회와는 구분된다는 견해가 있다. 올리히 백이 제시한 위험사회에서의 위험은 서구 근대화과정의 핵심요소였던 과학기술의 발전과 산업화가 맞물려 빚어낸 불가피한 산물로서 인식된다. 이러한 위험은 숙명적 위험으로서 수용될 수밖에 없었던 것인 반면에 한국사회의 위험은 우리 사회가 절박한 필요에 의해 선택한 성장중심 모델의 근대화전략의 결함으로부터 파생된 결과로서 친환경발전모델로 전환한다면 숙명적 위험이 아니라 개선 가능한 것이라는 점이 지적된다. 그리고 한국사회의 위험은 대규모 환경오염 등 후기 산업사회의 새로운 대량위험뿐만 아니라 부실공사, 교통사고, 산업재해 등 산업사회 전환기 사회의 위험과 성인병, 학교폭력, 성폭력, 노후대책 미비 등 전통사회의 위험이 복합적으로 얽혀 있어 위험의 복잡성, 산재성, 이질성 등을 보인다는 점이다. 결국 한국사회의 위험은 전통적 가치와 근대적 가치 및 탈 근대적 양상이 혼재되어 나타난 것으로 단순히 위험의 양적·질적 증가를 뜻하는 것만으로 볼 수 없다는 것이다.⁹⁾

2. 위험에 대한 헌법적 대응과 안전의 의미

자유와 안전의 반대개념인 위험은 인간이 자초하기도 하고 자연이 주는 재앙으로부터 발생하고 있다.¹⁰⁾ 위험으로부터 개인의 생명과 건강을 보호하고 자유민주적 기본질서를 보장하여야 한다고 하는 헌법적 요청이다. 위험사회에서의 국가정책의 최우선과제는 사회적 안전장치의 마련이며,¹¹⁾ 헌법적 문제로서 위험관리는 개인의 기본권의 한계의 영역이자 국가적 과제의 영역이다. 이러한 헌법적 요청은 이제 국가적 차원을 넘어 범세계적 차원에서 공동으로 해결해야 할 과제이다.¹²⁾

안전은 생명·건강·신체·재산 등 개인적 법익을 침해하는 위협 내지 위험으로부터의 자

8) 강문수(주 7), 345면.

9) 박미숙(주 6), 34면.

10) 정극원, “위험사회에 대한 대응과 『재난및안전관리기본법』의 내용”, 『유럽헌법연구』 제9호, 2011. 6, 336면.

11) 손형섭(주 3), 2면.

12) 이시우, “현대과학기술의 발전과 그 위험에 관한 헌법적 연구”, 『사회과학논총』 제11권 2004, 99면.

유로 이해할 수 있다.¹³⁾ 안전은 safety 와 security를 포함하는 개념이다.¹⁴⁾ safety는 물리적, 사회적, 정신적, 재정적, 정치적, 감정적, 직업적, 심리적, 교육적 모든 형태의 사고나 손해 등으로부터의 보호되는 상태를 의미하며, security는 위협이나 공격으로부터 보호되는 상태를 의미한다.

(1) 안전의 확보와 국가의 관계에 관한 고전적 이론

1) 토마스 홉스(Thomas Hobbes)의 이론

홉스에게 안전은 무정부와 무질서 속에서 위협받고 있는 개인을 지키기 위한 근대국가의 성립을 정당화하는 중요한 국가권력의 근거였다. 그에 의하면 국가를 통한 안전을 의미한다. 만인에 대한 만인의 투쟁상태인 자연상태에서는 어느 누구의 권리도 보호되지 않는 무정부와 무질서의 상태이다. 무질서의 자연상태에 대한 공포를 해결하는 주체가 초권력체인 리바이어던 국가이다. 국가는 집단이나 국가간 전쟁을 통제하고 개인이 죽음과 무질서의 공포로부터 벗어날 수 있도록 안전을 보장하는 실체이다.

2) 존 로크(John Locke)의 이론

로크에게 안전은 국가로부터의 안전으로 안전에 대한 인식의 발전이 있었다. 로크는 시민의 안전과 시민의 재산을 보호하기 위한 과제를 국가에게 부여하였다. 안전은 국가에 의해 달성될 수도 있으나 국가권력은 시민에 대한 위협의 대상이 될 수 있다는 양면성을 부각시킨다. 로크의 안전개념은 국가에 대한 보호로 이해된다.

(2) 국가에 대한 안전보호와 국가에 의한 안전보호

역사적으로 고찰하면 안전을 위협하는 세력을 국가를 비롯한 공권력으로 이해했기 때문에 국가권력으로부터 시민의 안전을 확보해야 한다는 인식이 지배적이었다. 근대 시민적 법치국가에서는 공권력의 행사로부터 개인의 안전보호가 화두였다. 오늘날 국가권력으로부터 시민의 안전보호도 중요한 헌법적 과제이지만, 국가의 기본적 과제로서 시민의 안전보장이 중요한 국가목적으로 등장하고 있다. 국가는 개인의 생명·건강 등을 보호해야 할 의무가 있으며, 이러한 헌법적 과제를 헌법에서 규율하는 것이 현대 헌법의 특징이다.

13) 이부하, “헌법적 가치로서의 안전과 안전보장”, 『홍익법학』 제14권 제2호, 2013, 228면.

14) 정문식, “안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 위헌심사 기준”, 『법과 정책연구』 제7집 제1호, 2007. 6, 219면 참조.

Ⅲ. 국가적 과제로서 안전의 확보

1. 안전에 관한 규정과 안전에 관한 권리

국민의 생명·신체 등을 비롯한 포괄적 의미로서 ‘안전’의 확보는 국가의 과제이다. 국가에 의한 안전보장이라는 과제에 대한 접근방법으로는 국가의 의무로 규율하는 방법과 국가에 대한 안전에 관한 권리로 접근하는 방법이 있을 수 있다.

버지니아 주 권리장전이나 독립선언 등에서 안전에 관하여 규율하고 있다. 버지니아 주 권리장전에서는 생명, 자유, 재산에 대한 국가의 보호를 받을 권리를 인정하고 있다. 독일헌법에서는 명시적인 안전에 관한 기본권 조항을 두고 있지는 않다. 그 때문에 기본권의 보호의무, 국가에 대한 보호청구권의 근거로 안전에 관한 권리가 제시된다.¹⁵⁾ 우리 헌법에서는 안전에 관한 명시적 규정은 없다. 헌법전문에서 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서”라고 하여 ‘안전’이라는 개념을 정하고 있다. 헌법전문과 헌법 제10 기본권 보장 의무, 헌법 제34조 제6항 국가의 재해예방의무, 36조 제3항 국민보건보호의무 등에서 안전에 관한 권리의 근거를 찾기도 한다. 이들 조항 외에도 헌법 제10조 제1문 인간존엄에서 안전을 찾는 것이 합리적이라는 견해가 있다. 생명·신체에 대한 안전은 국가와 헌법이 지향하는 기본적인 방향이며, 인간존엄을 인정하는 이를 보장하는 국가의 과제 측면에서 본다면 당연히 인정되는 기본권이라는 것이다.¹⁶⁾

이처럼 안전에 관한 규정을 근거로 안전권 내지는 기본권으로서의 안전권을 도출하는 것이 일반적 경향이다. 헌법에서는 안전에 관하여 명시적으로 선언하고 있는 규정은 없지만, 안전권의 보장내용을 전체적·포괄적으로 정하고 있는 하나의 조항을 찾기 어렵기 때문에 헌법상의 안전에 관한 간접적 조항들을 근거로 안전권을 인정할 수 있다는 것이다.¹⁷⁾

2. 자유와 안전의 관계

안전이라는 개념은 자유와 밀접한 관련을 가진다. ‘안전 없이는 자유 없다’는 말이 대변하듯이 자유는 안전을 기본적 전제로 한다. 안전이 확보되지 않은 곳에 자유가 존재할 수 없다.

자유와 안전의 관계 상호 대립적 요소로 이해하거나 또는 이들 상화간의 관계를 조화적

¹⁵⁾ Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 33ff., 정문식(주 14), 227면에서 재인용.

¹⁶⁾ 정문식(주 14), 14면.

¹⁷⁾ 김대환, “국가의 국민안전보장 의무”, 『공법학연구』 제15권 제3호, 2014, 30면.

요소로 이해하는 입장으로 나누어진다. 자유를 지나치게 강조하면 안전이 위협받을 수 있고, 안전을 지나치게 강조하면 자유가 축소될 수 있다.¹⁸⁾ 반면에 자유와 안전의 관계를 제로섬 게임으로 이해하지 않고, 자유와 안전을 국가가 달성하고 주목해야 할 가치로 보기도 한다. 공공의 안전을 위협하는 전시와 같이 위험상황이 증가하는 경우에는 시스템적으로 개인의 자유를 축소시키는 조치에 주의를 기울여야 하며, 이러한 경우에는 공공의 필요성이 크므로 개인적 자유는 축소되어야 한다는 것이다.

공공의 안전은 안전에 대한 침해적 요소가 약할 때에는 개인적 자유를 최대한으로 허용함으로써 영향을 받을 수밖에 없다. 위험상황에서의 자유에 대한 점진적 축소는 악의적인 의도가 아닌 최선의 정책적 수단으로 받아들여져야 한다는 것은 역사를 통해서 증명되고 있는 사실이다.¹⁹⁾ 그 때문에 폭력으로부터 시민적 안전의 보호와 시민적 자유를 유지해야 하는 것은 정부의 이중적 의무이다.²⁰⁾

자유와 안전의 관계를 대립적 요소로 이해하든 아니면 대립적 요소로 이해하든 균형의 관계가 중요하다. 자유와 안전 모두 헌법이 존중하는 가치이며, 조화롭게 실현하는 것이 입법자의 과제이다.²¹⁾ 자유와 안전간의 관계를 구체적 사안에서 헌법적으로 타당하고 합리적인 균형을 유지하기는 쉽지 않은 과제이다. 자유와 안전의 균형은 불분명한 위험상황 하에 자유와 안전의 배분을 위한 복잡하고 어려운 결정을 수반한다.²²⁾ 그 때문에 자유와 안전간의 균형을 유지하는 것은 계속적으로 변화·조정·발전되어 가는 과정이며, 항시 국가의 안전에 대한 평가와 심사는 계속 될 필요가 있다.²³⁾

3. 기본권으로서의 안전권

최근 학계의 흐름은 안전에 대한 국가의 보장의무로부터 안전권이라는 주관적 권리를 도출하여 이를 안전권이라 한다. 안전권이란 위험으로부터 헌법상 보장된 자신의 법익을 온전히 보존할 수 있는 권리, 또는 국가에 대하여 제3자적 법익침해로부터 지켜줄 것을 요구하는 권리²⁴⁾라는 것이다. 안전의 주관적 권리성을 인정하는 것은 국내에 국한된 경향은 아니다.

18) Jeremy Waldron, SAFETY AND SECURITY, Nebraska Law Review 2006, p. 455.

19) Paul Rosenzweig, CIVIL LIBERTY AND THE RESPONSE TO TERRORISM, Duquesne Law Review Summer 2004, p. 721.

20) Paul Rosenzweig(fn 19), p. 722.

21) 홍완식, “안전권 실현을 위한 입법정책”, 『유럽헌법연구』 제14호, 2013. 12, 231면.

22) 이상해, “자유와 안전간의 조화와 긴장관계 - 전통적 법치국가로부터 테러위협에 대응한 예방국가로의 전환과 관련하여 -”, 『토지공법연구』 제42집 2008. 11, 667면.

23) 박미숙(주 6), 133면.

24) 홍완식(주 21), 229면.

이센제(Isensee)교수는 기본권으로서의 안전권의 구성요건을 규범적으로 발전시켰다.²⁵⁾ 알렉시(Alexy)는 안전권을 국가에 대해 동등한 권리주체간의 관계와 관련된 법질서를 형성하고 관리할 것을 요구하는 권리라고 하고 있다.²⁶⁾ 인간은 개인적 자유뿐만 아니라 자신의 존재에 대한 위협으로부터 안전을 요구할 수 있는데, 이러한 안전에 관한 권리를 기본권으로서의 안전권 내지는 인권으로서의 안전이라는 개념으로 표현한다.²⁷⁾ 개인의 안전은 종교, 표현, 집회의 자유 등과 같이 동일하게 중요한 시민의 기본적 권리²⁸⁾로 보기도 한다. 헌법상으로는 개인이 가지는 기본권으로서의 안전권을 명문으로 정하고 있지 않기 때문에 위협으로부터 헌법상 보장된 자신의 법익을 보존할 수 있는 권리로서 안전권이라는 개념을 도출하여 헌법적 효력을 부여하는 것은 오늘날과 같은 위험사회에서 매우 필요하고도 타당한 작업일 수 있다. 왜냐하면 개인이 헌법상의 권리를 갖게 되면 그에 상응한 헌법상 의무를 부담하기 때문이다.²⁹⁾

안전권을 기본권으로 인정하는 학설은 대체로 안전에 관한 헌법규정 등을 그 근거로 보고 있다. 미국 주 헌법에서는 안전에 관한 권리를 명시적으로 정하고 있는 경우도 있다. 전형적인 안전에 관한 권리는 미국의 아이오와 헌법(Iowa Constitution)에 나타난다. 아이오와 헌법에서는 모든 시민은 자유롭고 평등하며, 생명과 자유를 방어하고 향유할 권리를 불가양의 권리를 가지며, 행복과 안전을 확보하고 추구할 권리를 가진다고 정하고 있다.

그러나 기본권으로 안전권을 설정한다거나 안전을 하나의 권리로 이론구성 한다는 것이 설득력을 갖기에는 한계가 있다. 우선 안전을 하나의 권리로 이해하려면 위험과의 관계에서 인식되어야 한다. 안전을 위험의 대응적 개념으로 인식한다면, 모든 헌법규정은 국가의 안전보장을 위한 간접적 근거규정이 될 수 있다. 위험은 자연적 영역뿐만 아니라 모든 사회적 영역에서도 안전에 대한 위협적 요소로 등장하므로 헌법상의 모든 규정은 국민의 안전보장을 위한 시스템으로 작동할 것을 요구한다. 그렇다고 하여 이러한 헌법규정이 안전에 관한 권리를 명시적으로 예정하고 있다거나 안전에 관한 권리를 기본권으로 인정하고 있다고 하는 것은 무리한 해석일 수 있다. 위험에 대응하는 개념으로서 ‘안전이라는 권리’를 인정한다면 대부분의 헌법규정이 안전에 관한 권리의 간접적 근거규정이 될 수 있지만, 직접적으로 보호하고 있는 법익 외에 ‘안전권’이라는 기본권을 도출하는 직접적 규정으로 해석하기에는 무리가

25) J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983. S. 3ff., 이부하(주 13), 234면 재인용.

26) R. Alexy, Theorie der Grundrechte(Frankfurt a. M., 1986), S. 411, 송석윤, “기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구”, 『법학논총』 제8권 제1호, 2003, 각주 79번에서 재인용.

27) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd III, S. 1776.

28) Robert C. Cloud, Safety and security on campus: Priority number one in higher education, West's Education Law Reporter September 26, 2013, p. 470.

29) 김대환(주 17), 13면.

있다. 만약 ‘안전권’이라는 개념을 개별 헌법조항에서 정하는 다른 기본권적 자유 외에 독자적 의미로서 ‘안전권’이라는 개념으로 축소해서 이해한다면 현행 헌법에서는 ‘안전권’이라는 권리를 인정하고 있는 직접적 근거조항은 찾기 어렵다. 헌법 전문의 ‘안전’이라는 의미로부터 안전권을 도출하기도 어렵다.

안전에 관한 권리라는 것이 국가권력을 구속하는 독립적으로 의미가 있는 적극적인 권리의 개념보다는 오히려 소극적 권리(negative right)로서 의미를 가지며,³⁰⁾ 안전에 관한 권리는 오히려 국가의 적극적인 의무규정으로서 의미를 가진다. 안전은 개인의 안에 필요한 최소한의 위협스러운 환경으로부터 안전을 제공할 적극적인 의무를 가지며, 사법적으로 강제할 수 있는 권리라는 점에서 의의를 가진다.³¹⁾ ‘안전’은 개인의 적극적 권리로서의 의미보다는 안전보호에 대한 국가의 적극적 의무로서 그 의의가 있다.

헌법재판소는 기본권성을 인정하려면 권리내용이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실체가 있어야 한다고 하면서 권리내용을 상대방에게 요구할 힘이 있고, 그 실현을 방해받는 경우 재판에 의한 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 한다고 함으로써 평화적 생존권의 기본권성을 부인하였다.³²⁾ 헌법재판소의 시각에 비추어 본다고 하더라도 안전에 관한 권리를 안전권으로 이론구성 하거나 하나의 독자적 기본권으로 인정하기는 쉽지 않다. 안전권은 실체적 내용은 위협이 갖는 특징과의 관계 속에서 이해된다. 위협으로 인하여 안전이 위협받는 법익은 무엇보다도 생명과 신체인데, 생명과 신체에 대한 침해는 한번 침해되면 대부분의 경우 회복이 사실상 불가능하다. 그런 점에서 생명과 신체에 대한 침해로부터의 안전의 핵심은 예방에 있다.³³⁾ 안전에 대한 권리가 침해되지 않도록 국가가 위

30) Joseph R. Grodin, REDISCOVERING THE STATE CONSTITUTIONAL RIGHT TO HAPPINESS AND SAFETY, *Hastings Constitutional Law Quarterly* Fall, 1997, p. 22.

31) Joseph R. Grodin(fn 30), p. 29.

32) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369. 국가는 국민이 전쟁과 테러 등 무력행위로부터 자유로운 평화 속에서 생활을 영위하면서 인간의 존엄과 가치를 지키고 헌법상 보장된 기본권을 최대한 누릴 수 있도록 노력하여야 할 책무가 있음은 부인할 수 없다. 그러나 평화주의가 헌법적 이념 또는 목적이라고 하여 이것으로부터 국민 개인의 평화적 생존권이 바로 도출될 수 있는 것은 아니다. 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 새롭게 인정하려면, 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실체 즉, 권리내용을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고 그 실현이 방해되는 경우 재판에 의하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 할 것이다. 그런데 평화적 생존권을 구체적 기본권으로 인정한다고 가정할 때, 그 권리내용이란 우선 “침략전쟁에 대한 것”에서 찾을 수밖에 없을 것이다. 왜냐하면 “침략전쟁이나 방어전쟁을 불문하고 전쟁이 없는 평화”란 자국의 노력만으로 이룰 수 있는 것이 아니라 세계 각국이 함께 노력하여 형성하는 평화로운 국제질서의 확립에 의해 달성할 수 있는 것일 뿐만 아니라 우리 헌법이 세계평화의 원칙을 규정하면서도 침략전쟁만을 부인하고 있기 때문이다. 따라서 평화적 생존권의 권리내용으로서 상정할 수 있는 것은 “침략전쟁에 강제로 동원되지 아니할 권리”, “침략전쟁을 위한 군사연습, 군사기지 건설, 살상 무기의 제조·수입 등 전쟁준비 행위가 국민에게 중대한 공포를 초래할 경우 관련 공권력 행사의 정지를 구할 권리” 등일 것이다.

험요소로부터 보호할 의무가 있고, 개인은 국가에 대한 안전보호요청을 할 수 있을 뿐이다. 위험상황을 전제로 구체적 권리로써 안전권을 주장하는 것은 쉽지 않으며, 이미 침해된 안전권은 다른 기본권적 자유의 침해결과를 가져오며, 구체적 권리로써 안전권의 침해를 인정하기가 어렵다. 그 때문에 안전이라는 법익은 그것에 대한 국가의 적극적 보호의무 내지는 국가의 과제로 접근해야 한다.

4. 안전에 관한 예방국가로서의 과제

우리 사회는 안전에 관한 정치적 철학과 사회적 의무에 의하여 패러다임의 변화과정에 있다. 19세기는 책임감이었다. 근대의 야경국가에서는 국민의 안전을 지키는 치안확보가 국가의 최우선 과제였다. 책임의 패러다임에서는 자유주의 철학에 따라 법적 책임은 다른 사람을 해하지 않는다는 규칙으로 요약된다. 20세기는 책임 대신에 연대라는 패러다임을 발견하였다. 현대 복지국가에서는 물리적 위험뿐만이 아니라 사회적 위험으로부터 국민의 안전을 지키는 것이 국가의 중대한 과제이다. 연대패러다임은 복지국가와 일치하며 법적 의무의 부분이 증가한다. 20세기가 끝나가는 시점에서는 새로운 패러다임이 필요하다.³⁴⁾ 앞으로 우리에게 남겨진 과제는 안전에 관한 한 권리와 의무, 법적 의무와 도덕적 의무 등이 겹치지 않고 조화될 수 있는가의 문제이다. 안전에 관한 새로운 패러다임으로 새로운 요소의 등장이 필요하다. 국가의 안전에 관한 국가의 활동은 자유주의 법치국가 모델에서 예방국가로 변모하고 있다. 안전이라는 영역에서는 국가의 침해에 대한 보호가 아니라 국가에 의한 보호가 더 중심으로 등장한다. 책임의 원리가 예방이라는 새로운 개념으로 변모되어 나타난다.³⁵⁾ 구체적 위험의 발생이전단계에서의 위험의 사전예방과 사전배려 내지 준비가 중시된다. 위험사회의 아젠다는 예방의 원칙(precautionary principle)으로 여러 방법으로 풍부³⁶⁾해지면서 다양하게 전개된다. 예방원칙은 때로는 모든 정책결정에 있어서 안전을 확보하기 위한 가장 강력한 수단으로 이해된다. 예방원칙은 위험이 이미 발생한 후가 아니라 위험이 발생이 명확해지는 순간에 문제를 해결하기 위한 조치가 취해져야 한다는 원칙이다. 예방원칙은 의미 있는 미래세대나 다른 사람들에게 생명이나 환경적 위험이 있는 경우 그러한 위험이 비록 과학적으로 불확실성이 있다고 하더라도 그것이 과학적으로 결코 일어나지 않을 것이라는 것이 명백해지기 전에 그러한 위험을 방지하기 위하여 정책적 결정이 취해져야 한다는 것을 위임한다.³⁷⁾ 결코 위험

33) 김대환(주 17), 14면.

34) Francis Ewald, THE RETURN OF THE CRAFTY GENIUS: AN OUTLINE OF A PHILOSOPHY OF PRECAUTION, Connecticut Insurance Law Journal 1999-2000, p. 47.

35) Francis Ewald(fn 34), p. 48.

36) Francis Ewald(fn 34), p. 73.

이 일어나지 않을 것이라는 의미는 위험이 전혀 없어서 발생가능성이 없다는 것을 증명하기 위한 행위를 요구한다. 그렇기 때문에 예방의 원칙, 즉 사전배려원칙은 “후회보다는 안전이 우선(better safe than sorry)”이라는 말로 요약된다.

5. 소결

자유와 안전은 대립적 개념으로 파악할 필요가 없으며, 자유의 전제로서 안전이라는 개념을 파악할 수 있다. 현대 위험사회에서 안전의 중요성이 부각되면서 국가의 의무를 이끌어내기 위한 시도로 안전권 또는 안전기본권을 도출하는 경향이다. 하지만 안전이라는 것은 위험이라는 특성으로 인하여 구체적 권리로서 특징짓기에는 한계가 있다. 위험의 특성상 예방원칙이 더욱더 중요한 의미를 갖는다. 따라서 권리로서의 안전권을 도출하여 위험사회에 대응하기보다는 헌법국가로서 안전국가의 구현을 하는 방안으로 국가의 예방적 과제를 부여하는 방안을 찾을 필요가 있다.

개인의 기본권으로서 안전권을 인정하려는 시도는 국가에 대한 안전권을 확보하는 데는 확실히 유리하다. 하지만 국민의 생존과 안전에 위협을 가져오는 모든 요소로부터의 국가의 안전을 확보함으로써 국민의 안전보장이라는 국가의 예방적 과제를 실천하려는 데에 있어서는 한계가 있다. 국가의 안전과 국가에 의해 보장되는 국민의 안전은 같은 서열에 위치하며 포기할 수 없는 헌법적 가치를 가진다.³⁸⁾ 국가의 안전에 영향을 미치는 위기환경은 국민의 안전에도 위협요소로 작용한다. 국가의 영토와 주권을 위협하고, 국가와 국민의 생명·신체·재산에 대한 안전을 위협하는 모든 위험요인을 포괄적 위기³⁹⁾로 인식한다면 ‘안전에 대한 요청’을 안전에 관한 권리나 기본권으로 이해하기보다는 안전국가의 확립을 위한 헌법국가의 예방적 과제로 인식하는 것이 적절하다.

IV. 헌법국가로서 안전국가의 구현방법

현대사회는 필수적으로 위험사회라고 한다. 위험사회에서 헌법국가는 안전국가일 것이 요구된다. 안전이라는 개념을 헌법전이나 우리 헌법질서 내에 수용하는 방안으로 현행 헌법원

37) Cass R. Sunstein, PRECAUTIONS AGAINST WHAT? THE AVAILABILITY HEURISTIC AND CROSS-CULTURAL RISK PERCEPTION, Alabama Law Review Fall 2005 p. 79.

38) BVerfGE, 49, 24, 56f.

39) 박진우, “국가위기관리법제 정비에 관한 헌법적 고찰”, 『세계헌법연구』 제18권 제1호, 2012, 22면.

리나 기본권 등에 포섭되어 있는 것으로 이해할 수 있다. 그리고 안전에 관한 독자적인 규정을 창설하는 방식에 의한 수용방안도 생각할 수 있다.

1. 헌법원리 또는 기본권으로서 수용

흔히 안전에 대한 요구를 법치국가적 질서 속에서 찾는다. 우리 헌법은 국가의 조직과 작용에 관한 기본원리로 법치국가원리를 인정하고 있다. 법치국가는 국가권력의 자의로부터 개인의 자유와 권리를 보장하기 위한 것이다. 자유주의적 법치국가이다. 자의가 아닌 법과 정의가 지배하는 국가를 말한다. 법치국가는 모든 정치적 결정은 성문화되고 성문법에 의해 엄호되며, 성문법에 대한 대안은 존재하지 않는다. 법치국가는 국가의 불법가능성을 예상하고 국가의 침해에 대한 권리보호를 보장하는 국가이며,⁴⁰⁾ 국가의 내부적 안전보장의 문제는 국가의 헌법적 의무이며 민주적 법치국가에서 포기할 수 없는 기본적 기능이다.⁴¹⁾

그런데 안전에 대한 요청은 법치국가적 질서 속에 완전히 포섭되지 못하는 경향이 있다. 국민의 위협으로부터의 안전의 확보는 그 특징이 예장에 있으며, 예방국가의 기능과 본질은 법치국가와 달리 작동한다.⁴²⁾ 예방국가의 유평피아적 성격을 갖는 안전에 대한 요청은 구체적 위협발생 이전의 리스크 컨트롤을 포함하는 개념이다. 구체적 위협을 예상하고 국가의 침해에 대한 권리보호 기능을 수행하는 법치국가적 시스템에서는 모든 종류의 위협의 현실화에 선행하여 발생하는 위협발생 이전의 사전예방이라는 요청이 포섭되기 어렵다. 광범위한 예방, 사전배려를 그 요소로 하는 예방국가의 요청은 법치국가원리에 포섭되기 어렵다.

안전에 대한 권리를 국가의 기본권 보호의무에서 찾기도 한다.⁴³⁾ 기본권 보호의무란 헌법상 보장되는 기본권이 제3자인 사인에 의한 위법한 가해나 가해의 위협으로부터 국가가 보호해야 하는 의무를 말하는 것으로, 국가는 시민을 위협으로부터 보호해야 할 의무가 있다. 기본권 보호의무를 헌법적으로 개인에게 보호되는 법익을 사인인 제3자뿐만 아니라 외국이나 자연력에 의해 초래되는 모든 위협으로부터 국가가 보호할 의무라고 이해한다면 국민의 위협으로부터 안전에 대한 권리를 기본권보호의무론에서도 찾을 수 있다. 우리 헌법 제10조는 국가의 기본권보장의무를 선언하고 있다. 헌법 제10에서는 ‘불가침의 기본적 인권’이라고 정하고 있지만, 보장내용이 확정된 개별기본권의 보장에 한정되는 것은 아니다.⁴⁴⁾ 그런데 기

40) 이상해(주 22), 655면.

41) 김상겸, “법치국가실현을 위한 국가의 적극적 의무”, 『공법연구』 제38집 제1권, 2009. 10, 314면.

42) 이상해(주 22), 656면.

43) BVerfGE 39, 1, 42.

44) 김대환(주 17), 17면.

본권 보호의무론으로 이론구성 할 경우 국민의 안전에 대한 요청을 다하지 않은 경우 사법적 심사가 소극적으로 작동할 수 있다. 헌법재판소에 의하면 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 하였는가 하는 ‘과소보호금지원칙’의 위반여부를 기준으로 심사한다. 이러한 심사기준에 의하면 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황임에도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 국가의 보호의무위반을 선언하게 된다. 이론적으로 안전에 대한 요청은 국가의 보호의무에 포섭하여 이해하는 것이 적절할 수 있으나, 과소보호금지원칙에 의한 통제에 놓이게 되므로 안전관련 입법의 위헌성을 이끌어내기에는 한계가 있다는 것이 단점으로 지적된다.

그 밖에 안전은 헌법 제10조, 제37조 제1항, 34조 제6항, 제34조 등에서 포섭하여 기본권으로 또는 안전에 대한 국가의 의무로 이해할 수 있다. 포괄적 기본권의 하나인 행복추구권과의 연계 속에서 안전에 대한 권리를 찾을 수도 있다. 미국 주 헌법에서는 행복 또는 안전과 결합된 행복에 관한 선언의 형태로 규정하고 있어서, 안전은 대체로 행복과 결합되어 나타난다. 하지만 미국 법원은 행복과 안전에 대한 권리보다는 행복이나 안전을 추구하는 것을 경제적 자유의 측면에서 이해하는 경향이다. 개인의 경제적 활동을 침해하는 행위에 대한 보호로서 ‘자유’와 ‘재산’이라는 권리를 인정하는 반면에 개인적 행동을 제약하는 국가의 행위에 대하여 행복이나 안전이라는 개념을 받아들이는 데는 소극적이다.⁴⁵⁾ 행복을 추구하는 것은 많은 권리의 총합으로 구성된다. 행복은 다양한 환경에 의존하고 국가의 활동에 의하여 규율되며, 다른 개인적 자유인 직업, 재산, 양심 등에 의하여 구성되는 자유이다.⁴⁶⁾ 그리고 행복과 연계된 안전의 개념도 확대된다. 단순히 행복과 독립한 육체적 안전으로만 이해되지 않고, 복지나 그 밖의 사회적 관념을 포함하는 것으로 이해하는 것이 안전이라는 개념을 정확하게 이해하는 것이 된다.⁴⁷⁾ 이처럼 행복추구권 등에 안전이라는 개념을 포함시켜 이해하는 경우 위협으로부터의 ‘안전권’이라는 권리의 독자적 의미는 가지기 힘들다.

2. 국가목표조향으로서의 안전

안전에 대한 요청을 헌법적으로 수용하는 또 다른 방법으로 예방을 그 특징으로 하는 안전에 관한 국가의 과제를 국가목표조향으로 설정하는 방안이다. 헌법에서 기본권적 특성을

⁴⁵⁾ Joseph R. Grodin(fn 30), 24.

⁴⁶⁾ State v. Cromwell, 9 N.W.2d 914, 918(N.D. 1943).

⁴⁷⁾ Joseph R. Grodin(fn 30), 16.

지니지 않은 채 국가기관의 행위에 대한 지시와 지침을 나타내는 규정을 국가목표규정이라 한다.⁴⁸⁾ 비록 헌법상의 권리장전목록에는 규정되어 있지는 않지만, 헌법 전문 등에 나타난 행복, 안전 등에 관한 선언을 국가목적규정(governmental purpose provisions)이라고 한다.⁴⁹⁾ 국가목표조항은 사회적 기본권을 헌법에 규정하지 않은 채 사회국가원리만을 규정하고 있는 독일기본법에서의 사회국가원리의 법적 성격의 규명과 사회적 기본권의 내용적 상세화를 위한 이론적 도구로서 전개되었다.⁵⁰⁾

국가목표조항은 국가기관에 국가정책의 방향을 제시하거나, 국가의 미래에 대한 방향을 제시한다. 사회영역에서 정치·문화적 공감대를 반영하며, 국가행위에 대한 명령과 지시로 기능하며 국가에 대하여 실질적 과제를 부여한다. Sommermann은 국가목표규정이 가지는 특징을 다음과 같이 6가지로 설명한다. 1) 국가목표규정은 헌법규범의 실질적 구성요소에 속한다. 2) 국가권력, 입법·행정·사법권을 법적으로 구속한다. 3) 국가의 활동에 한계를 획정하는 것이 아니라 그 활동의 동인을 부여한다. 4) 일반적으로 국가프로그램을 포함하고 있다. 5) 일반적으로 종료되지 않은 목표를 정하고 있다. 6) 법적 성격은 알렉시의 원리규정에 속한다.⁵¹⁾

한국헌법에 나타난 국가목표조항으로는 국가목표로서의 대한민국 헌법전문, 헌법 제10조, 사회국가와 국가목표조항⁵²⁾, 환경관련 국가목표조항⁵³⁾, 경제영역에서 국가목표조항⁵⁴⁾ 등 헌법전문에서부터 광범위하게 퍼져 있다고 이해된다.⁵⁵⁾ 로드아일랜드 헌법(Rhode Island)은 “모든 정부는 시민의 안전, 행복, 보호를 위하여 구성되어야 한다.”고 정하고 있다. 기본권 규정을 두고 있는 경우에도 국가목표조항을 두는 경우가 있다. 예컨대, 독일 작센-안할트 주헌법에는 기본권과 국가목표규정이 상호 밀접한 관련성을 가지면서 존재한다. 제7조 제1항 “모든 인간은 법앞에 평등하다”, 제2항 “여성과 남성은 동등한 권리를 가진다.”, 제3항 “누구도 성

48) 명재진, “국가목표규정에 관한 비교법적 연구”, 『세계헌법연구』 제17권 제2호, 30면.

49) Joseph R. Grodin(fn 30), p. 2.

50) 정국원, “국가목적규정에 관한 일고찰”, 『공법학연구』 제4권 제2호, 220면.

51) K. P. Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 210, 326, 356, 359, 374, 377, 380. 명재진, “독자적 헌법조문으로서의 국가목표규정”, 『유럽헌법연구』 제2호, 2007, 167면에서 재인용.

52) 헌법 제34조 제2항에서 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다, 제34조 제3항 국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다. 제31조 국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.

53) 헌법 제35조 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다. 국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.

54) 헌법 제123조 제4항 국가는 농수산물의 수급균형과 유통구조의 개선에 노력하여 가격안정을 도모함으로써 농·어민의 이익을 보호한다. 제5항 국가는 농·어민과 중소기업의 자조조직을 육성하여야 하며, 그 자율적 활동과 발전을 보장한다.

55) 명재진(주 48), 48면.

별·출신·인종·언어·고향·혈통·종교·종교관 및 정치관으로 인해 차별당하거나 우대를 받지 않는다.”고 정하면서 제34조에서는 “주와 지방자치단체는 사회의 모든 영역에 있어서 남성과 여성의 실질적 평등을 적합한 조치를 통해 실현해야 할 의무를 진다.”고 하여 국가목표조항을 두고 있다. 기본권이나 제도보장 등과 구별되는 국가목표조항은 국가권력을 특정의 목표를 수행하도록 법적 구속력을 가지고 의무를 부여하는 헌법규범이다. 주에 대하여 목표달성을 최대한 노력하고 주의 행위를 목표에 따라 맞추도록 의무를 부과한다.

국가목표조항의 제1수신자는 입법자이다. 로드아일랜드 주 대법원은 모든 정부는 시민의 행복과 안전을 보호하기 위하여 구성되어야 한다는 조항은 국가목적조항으로 이해될 수 있는데, 이 조항은 사법부를 수신인으로 한다기보다는 오히려 입법권에 대한 구속으로서 주의회를 규범수신인으로 한다고 선언하였다.⁵⁶⁾ 버몬트 주 대법원도 대체로 이와 유사한 입장이다.

국가목표조항의 내용은 입법자에 의하여 국가목표가 구체화된다. 그렇기 때문에 국가목표조항에 의해 입법조치가 필요함에도 입법을 하지 않는 경우 위헌이 될 수 있으며, 입법자가 한 입법의 내용이 국가목표에 소극적으로 저촉되는 경우에 위헌성이 문제될 수 있다. Sommermann은 명백성으로 불리는 완화된 심사밀도를 제안한다. 어느 법률규범이 국가목표에 명백히 위배되고, 다른 중요한 헌법목표의 정당성을 위해 설득력 있게 원용하는 것이 불가능한 경우에만 헌법재판소는 해당 규범을 위헌선언 할 수 있다고 보며, 입법부작위의 경우 기존의 법질서가 국가목표의 핵심적 영역을 충족치 못하는 경우 그러한 부작위는 헌법위반이 된다.⁵⁷⁾

3. 소결

안전국가를 우리 헌법질서에 수용하는 방안으로 기존의 헌법원리, 기본권 보호의무, 기본권 등에 수용하여 안전국가의 예방적 과제를 부여하는 방안도 가능하며, 독자적인 국가목표 규정을 신설하여 안전국가의 예방적 과제를 부여하는 방안도 있을 수 있다.

V. 안전국가의 실현을 위한 국가의 예방적 과제

국·내외를 불문하고 위험사회에서는 안전보장을 통한 위협에 대한 예방적 대응이 요구된다. 침해된 안전권의 회복이 아닌 예방적 과제로서 안전국가의 확보는 법치국가원리에 의하

⁵⁶⁾ Sepe v. Danker, 68 A.2d 101, 105(R. I. 1949).

⁵⁷⁾ Sommermann, S. 442. 명재진(주 51), 178면에서 재인용

든, 국가의 기본권보호의무나 국가목표규정에 의하든 입법적 과제가 최우선 과제로 등장한다. 위험사회 입법적 과제로서 안전의 보장에 관한 논의는 의회의 책임으로 이해된다. 의회는 위험과 위해에 관련하여 입법에 있어서 예방의 원칙(사전배려의 원칙), 합리성의 원칙, 책임의 원칙, 시대성의 원리 등 일반적인 원칙과 근본이념을 고려하여야 한다.⁵⁸⁾

정부의 행정적 통제도 입법적 과제에 뒤따라야 한다. 입법규정과 마찬가지로 건강과 안전을 위한 규제제도를 포함한다.⁵⁹⁾ 위험과 재난에 대한 사법적 보호도 예방국가의 과제의 하나이다. 입법적 과제나 행정적 통제 등은 일반적 원칙 외에도 구체적으로 안전설계·안전과정 및 법적 제도의 시행·운영 등의 통제에 관심을 가져야 한다. 법적 제도 등은 안전을 위한 규정이나 규제기관뿐만 아니라 긴급대응규정 및 긴급대응체계 등도 고려해야 한다.⁶⁰⁾

입법적 과제는 행정적 통제와 사법적 과제의 근거가 된다. 안전을 위한 위험대응체계, 긴급대응체계 및 침해된 안전의 사후적 회복을 위하여 입법적 과제는 존재의의를 갖는다.

1. 안전에 관한 입법현황

안전국가의 구현은 사회안전망 구축에 대한 열망으로 표현되며 그것은 안전을 위한 법규의 강화를 요구한다. 안전국가의 구현을 위한 입법적 과제는 사회 전문분야에 걸쳐 확보되어야 한다.

정부는 세월호 사건을 계기로 최근에 정부조직법을 개편하였다. 안전행정부(행정자치부)로 하고, 국무총리 소속하에 국민안전처를 신설하였다. 국민안전처는 안전 및 재난에 관한 정책의 수립·운영 및 총괄·조정, 비상대비, 민방위, 방재, 소방, 해양에서의 경비·안전·오염방제 및 해상에서 발생한 사건의 수사에 관한 사무를 관장한다.⁶¹⁾

각종 재난으로부터 국토를 보존하고 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위하여 재난 및 안전관리기본법이 제정·시행되고 있다. 재난 및 안전관리 기본법은 2003년 10월 정부입법으로 제안되었다. 2004년 발효되었다. 동 법에서 “‘안전관리’라 함은 재난이나 그 밖의 각종 사고로부터 사람의 생명·신체 및 재산의 안전을 확보하기 위하여 하는 모든 활동”으로 정의하고 있다. 제4조에서는 국가와 지방자치단체는 재난이나 그 밖의 각종 사고로부터 국민의 생명·신체 및 재산을 보호할 책무를 지고, 재난이나 그 밖의 각종 사고를 예방하고 피해를 줄이기 위하여 노력하여야 하며, 발생한 피해를 신속히 대응·복구하기 위한 계획을 수립

58) 강문수(주 7), 346면.

59) Celia Wells, Derek Morgan and Oliver Quick, DISASTERS: A CHALLENGE FOR THE LAW, Washburn Law Journal Spring, 2000 International Torts: A Comparative Study, p. 508.

60) Celia Wells, Derek Morgan and Oliver Quick(fn 60), p. 511.

61) 정부조직법 제22조의2.

· 시행하여야 한다고 하여 국가 등의 책무에 관하여 정하고 있다. 안전관리기구로는 재난 및 안전관리에 관한 중요사항을 심의하기 위하여 국무총리 소속으로 중앙안전관리위원회 등을 두도록 하면서, 대규모 재난의 예방·대비·대응·복구 등에 관한 사항을 총괄 조정하고 필요한 조치를 하기 위하여 국민안전처에 중앙재난안전대책본부를 설치하도록 하고 있다. 긴급 구조에 관한 사항을 총괄하기 위하여 국민안전처에 중앙긴급구조통제단을 두도록 하고 있다.

재난 및 안전관리에 관하여 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적과 정신에 맞도록 하고 있으며,⁶²⁾ 자연재해대책법 등 다른 법률에서 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 우선적으로 적용된다.⁶³⁾

그 밖에 태풍·홍수 등 자연현상으로 인한 재난으로부터 국토를 보존하고 국민의 생명·신체 및 재산과 주요 기간시설을 보호하기 위하여 자연재해의 예방·복구 및 그 밖에 대책에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하는 자연재해대책법을 제정·시행하고 있으며, 전시·사변 또는 이에 준하는 비상사태나 국가적 재난으로부터 주민의 생명과 재산을 보호하기 위하여 민방위에 관한 기본적인 사항과 민방위대의 설치·조직·편성과 동원 등에 관한 사항을 규정함을 목적으로 하는 민방위기본법, 전시·사변 또는 이에 준하는 비상시에 국가의 인력·물자 등 자원을 효율적으로 활용할 수 있도록 이에 대비한 계획의 수립·자원관리·교육 및 훈련 등에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하는 비장대비자원관리법, 화재를 예방·경계하거나 진압하고 화재, 재난·재해, 그 밖의 위급한 상황에서의 구조·구급 활동 등을 통하여 국민의 생명·신체 및 재산을 보호함으로써 공공의 안녕 및 질서 유지와 복리증진에 이바지함을 목적으로 하는 소방기본법 등이 있다.

2. 안전국가 실현을 위한 입법적 과제

재난관리 단계는 예방, 대비, 대응, 복구로 구분된다.⁶⁴⁾ 우리 안전관리 법체계의 현황을 보면 안전국가를 위한 예방적 과제에 관하여도 규율하고 있지만, 대부분은 재난대응 및 복구 중심의 사후관리체계에 관한 규율이다. 안전에 관한 기본법이고 할 수 있는 재난 및 안전관리기본법에서는 재난의 대응 및 복구뿐만 아니라 예방 및 대비에서부터 복구에 이르는 재난의 전 단계에 관하여 통합적 규율을 하고 있다.

미국의 경우도 이와 비슷하다. 미국은 9·11 테러 이후 테러 이후 전통적 안보에서 포괄적 안보개념으로 패러다임의 변경이 있었고, 허리케인 등 자연재난과 같은 대형재난으로 위기상

62) 재난 및 안전관리기본법 제8조 제1항.

63) 재난 및 안전관리기본법 제8조 제2항.

64) 재난 및 안전관리기본법 제3조 제3호.

황의 대응 및 복구체계에 있어서 큰 변화를 겪었다. 1950년 연방재난관리법(the Federal Disaster Act)의 제정으로 재난관련법령이 통폐합되었으며, 재난의 유형에 따른 연방관련 부처가 신설되었다. 재난관리부처의 역할과 책임 등의 중복 및 분산으로 재난대응의 비효율성이 지적되어 1979년에 재난관련 업무가 연방재난관리청(Federal Emergency Management Agency: FEMA)으로 통합되었다. 2001년 9·11테러를 계기로 테러리즘의 예방과 대응을 위해 국토안보부(Department of Homeland Security)가 설치되었으며, FEMA도 국토안보부로 통합되었다. 미국의 재난관리 특징은 연방차원에서는 국토안보부와 FEMA로 통합적 관리체계를 두고 있으며, FEMA, 주정부, 지방정부의 단계별 관리체계를 구축하고 있다.⁶⁵⁾ 미국의 통합적 재난관리방식과 국가위기상황에 대한 대처방식의 영향으로 우리도 위기관리기본법의 제정이 필요⁶⁶⁾하다든지, 또는 안전국가 관련 입법정책으로 산재되어 있는 입법의 단일화의 필요성이 지적된다.⁶⁷⁾

현대의 위험사회에서 위험에 대한 대응 및 복구는 국민의 안전과도 직결된다. 위험의 대응과 복구 등은 주로 행정적 조치로 이루어지며, 입법적 과제의 충실한 이행을 전제로 한다. 그 때문에 안전국가실현의 입법적 과제는 흔히 행정적 조치를 수반하는 위험의 대응 및 복구에 관심과 주의를 갖게 한다. 그러나 역시 위험은 그 성격상 원상회복이 어렵다는 점에서 위험의 예방이나 재난 및 안전에 대한 예방적 대응·관리가 보다 더 중요하다.

재난 및 안전관리기본법에서는 ‘재난관리’란 재난의 예방·대비·대응·복구를 위한 모든 활동으로, ‘안전관리’란 재난이나 그 밖의 각종 사고로부터 사람의 생명·신체 및 재산의 안전을 확보하기 위한 모든 활동으로 정의한다. 재난 및 안전관리기본법 제4조⁶⁸⁾에서는 국가목표조향으로서의 성격을 갖는 국가 등의 책무에 관하여 정하고 있다. 제9조에서는 국무총리 소속의 중앙안전관리위원회는 재난 및 안전관리에 관한 중요정책 사항을 심의하며, 국가안전관리기본계획에 관한 사항을 심의하도록 하고 있으며, 제22조에서는 국무총리로 하여금 국가안전관리기본계획을 수립하여 관계 중앙행정기관의 장에게 시달하도록 하고 있다. 그 밖에도 재난 및 안전관리시스템에 관한 법률의 내용은 입법적 과제를 충실히 이행하고 있다는 점에서 탁월한 입법이라고 평가할 수 있다.

재난 및 안전관리기본법은 자유와 안전의 균형이라는 관점에서 계속 평가되고, 새로운 계

65) 박동균/조기웅, “미국 재난관리에 있어 군의 역할 및 한국적 함의”, 『한국위기관리논집』 제9권 제7호, 2013. 7, 38면 이하 참조.

66) 박진우(주 39), 22면.

67) 홍완식(주 21), 244면.

68) 재난 및 안전관리기본법 제4조. 국가와 지방자치단체는 재난이나 그 밖의 각종 사고로부터 국민의 생명·신체 및 재산을 보호할 책무를 지고, 재난이나 그 밖의 각종 사고를 예방하고 피해를 줄이기 위하여 노력하여야 하며, 발생한 피해를 신속히 대응·복구하기 위한 계획을 수립·시행하여야 한다.

획이 수립되어야 하며, 발전해야 한다. 다만 자연재해대책법을 별도로 마련하고 있고, 국가의 안전과 국민의 안전이 동시에 위협상황에 놓일 수 있는 국가의 위기관리체계에 관하여는 규율이 없다는 점에서 안전과 관련한 입법적 단일화의 문제는 계속 논의가 필요할 것으로 생각된다. 그리고 위험사회에서 보호법익으로서의 안전이라는 관념이 헌법에 수용될 필요가 있다. 안전이라는 법익을 헌법에 수용하는 방법으로 안전권 내지는 기본권으로서의 안전권이라는 학계의 주장이 일반적으로 설득력을 얻고 있다. 하지만 위협이라는 요소가 다양성을 갖는다는 점과 안전이 권리로서의 실체를 갖기에는 한계가 있다는 점을 고려한다면 헌법원리로서 법치국가원리, 국가의 기본권보호의무론 또는 다른 기본권에 포섭되는 것으로 이해하는 것이 오히려 타당해 보인다. 아니면 우리 헌법상 인정되는 다른 헌법원리와 병행하여 ‘안전국가원리’라는 하나의 헌법원리로 보는 것이 무리한 해석론이라면 안전이라는 국가목표조향을 헌법에 도입하는 것도 하나의 방안이다. 현재 안전에 관한 국가목표조향 형식의 내용이 재난 및 안전관리기본법에서 정하고 있는데, 이를 헌법에 수용하는 방안이다.

VI. 나가며

현대사회는 위험사회로 인식된다. 위험사회에서 안전이라는 공익은 절대적이다. 안전에 관한 권리로서 안전권의 필요성이 지지를 받고 있는 것도 그러한 이유이다. 이제 안전은 자유와 대립된 개념으로 파악되지 않는다. 오히려 자유의 전제로서 안전이라는 관념을 헌법적 차원으로 수용하고자 하는 것이 위험사회의 흐름이다.

헌법국가는 안전국가일 것이 요구되며, 안전이라는 관념이 헌법에 수용될 필요가 있다. 안전을 헌법에 수용하는 방안으로 안전권이라는 기본권으로 이해하는 것이 일반적 흐름이지만, 안전에 구체적 권리성을 부여하는 데는 한계가 있으므로, 이를 헌법원리나 기본권에 융화시켜 이해하는 것이 보다 적절할 것으로 보이며, 궁극적으로는 헌법에 명시적으로 국가목표조향으로 도입하는 것도 고려할 필요가 있다.

【토론문】

“헌법국가로서 안전국가”에 대한 토론문

김 선 화*

1. 시작하며

조재현 교수님께서 하신 헌법에서부터 안전국가를 명시하고자 하는 취지의 발제를 잘 들었습니다. 이런 중요한 주제에 대하여 토론기회를 주신 공법학회에 감사드립니다. 저는 조재현 교수님의 발제내용에 대체로 동감이므로 논쟁거리보다는 몇가지 덧붙이는 말씀을 드리고자 합니다.

2. 반복되는 사고와 희생

지난 4월에 발생한 세월호 사고는, 민간사업자가 승객의 안전이나 생명보다는 금전적 이익을 우선하고 있는 상황, 소위 규제완화로 인하여 일본에서는 더 이상 운항되지 않는 선박이 우리나라에서는 운항할 수 있었다는 사실, 사고책임자들의 무책임한 사고대처, 승선인원파악의 혼란, 해경의 구조방식문제 등 예방이든 사후구조든 국가의 재난 시스템이 제대로 돌아가고 있지 않고 있는 상황을 적나라하게 보여주었다. 그리고 이러한 시스템의 부실과 부재, 책임소재의 불명에는 공무원의 부패와 이권개입도 있었다는 점 그리고 이것이 바로 국민의 생명침해로 이어진다는 것을 충격적으로 보여준 사고였다고 할 것이다. 그리고 그 이후 국가가 이 사고를 처리하는 과정에서는, 전원 구조라는 오정보의 발표, 청와대는 청와대 국가안보실이 재난 컨트롤타워가 아니라는 변명으로부터 시작하여 행정부이든 입법부이든 정말로 입을 다물 수 없을 만큼 어처구니없이 무능하고도 무책임한 모습을 보여주었다.

이 사고는 근원적으로는 압축성장으로 쌓여진 우리 사회의 특징이라고도 할 수 있는 금전만능, 생명경시풍조, 연고주의, 사고불감증을 부른 이전의 사고로부터 배우지 못한 학습부재와 같은 다양한 문제를 한꺼번에 보여준 것이다.

우리만이 아니라, 가까운 일본에서도 후쿠오카 원전사고는 쓰나미라는 자연재해가 원인이 되기도 했지만 실제로는 그간 내부의 여러 문제점에 대한 지적이 무시되고 내부고발자의 해고, 내부고발된 사항의 데이터 조작, 소위 원전마피아의 부패, 관료와 기업의 결탁, 이기주의,

* 국회입법조사처 입법조사연구관, 법학박사

비밀주의와 같은 문제에서 기인한 것이라는 분석이 나오고 있다.¹⁾

3. 법령의 부재가 근본적인 문제인가

그런데 그러한 사고들이 안전권이나 안전에 대한 국가책임을 구체적으로 헌법에 명시되어 있지 않은 까닭에 발생한 것인가는 의문이다. 기본권을 포괄하는 인간의 존엄과 가치를 비롯하여 모든 기본적 인권은 생명과 신체의 안전이 전제가 된 것이기 때문이다.

안전을 확보하고 재난을 예방하기 위한 법률도 부족했다고 하기는 어렵다. 이미 각 분야별로 일일이 열거하기도 어려운 많은 법령들이 마련되어 있었다.²⁾ 법령의 수나 범위를 본다면 우리나라가 법적으로 안전국가가 아니라고 하기도 어렵다.

사고가 나기 전에 관제하는 기구도 분명히 있었다. 구조기관도 있었다. 해경, 해군, 비상연락시스템까지 다 있었지만, 제대로 작동되지 않았다. 민간구조대가 사고가 난 소식에 달려갔지만, 제대로 구조되지 않았다. 해경과 같등도 불거졌다.

이것을 헌법이나 법률의 부재문제라고 하기 어렵지 않은가. 또는 공무원의 부패나 안전관리담당자의 의무태만이나 과실, 고의 등에 대한 처벌규정이 미비한 것도 아니었다. 그런데도 사고가 그것도 대형사고들이 하루가 멀다하고 계속 발생하는 것은 어떤 문제 때문인가. 이런 문제에 대해서 고민할 필요가 있다고 생각한다.

1) 이재열, 『왜 재난은 반복되는가』, 『2014 SBS 미래한국리포트』, p.48에서 사토 에이사쿠 후쿠시마 전지사의 말 인용; *Nuclear Disaster in Japan Was Avoidable, Critics Contend* By MARTIN FACKLER, March 9, 2012, New York Times 에 보도된 바에 의하면, 이미 2004년에 후쿠오카 원전의 취약성을 지적한 위원회 위원 쿠니히코 시와자키 교수의 말을 관료들이 막았을 뿐 아니라 최종보고서에서도 삭제하여다고 한다.

2) 좀 많지만 열거를 해보면, 재난 및 안전관리 기본법, 민방위기본법, 비상대비자원관리법, 재해경감을 위한 기업의 자율활동에 관한 법률, 소방기본법, 소방공무원법, 소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률, 의무소방대설치법, 자연재해대책법, 지진재해대책법, 급경사지 재해예방에 관한 법률, 저수지댐의 안전관리 및 재해예방에 관한 법률, 소하천정비법, 하천법, 농어업재해대책법, 119구조구급에 관한 법률, 응급의료에 관한 법률, 재해구호법, 수난구호법, 해외긴급구호에 관한 법률, 시설물의 안전관리에 관한 특별법, 초고층 및 지하연계 복합건축물 재난관리에 관한 특별법, 승강기시설 안전관리법, 다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법, 교통안전법, 항공 철도 사고조사에 관한 법률, 철도안전법, 도시철도법, 선박안전법, 해상교통안전법, 항공법, 항공안전 및 보안에 관한 법률, 유선 및 도선사업법, 고압가스안전관리법, 액화석유가스의 안전관리 및 사업법, 도시가스사업법, 송유관안전관리법, 위험물안전관리법, 원자력진흥법, 한국 원자력안전기술원법, 원자력손해배상법, 원자력시설 등의 방호 및 방사능 방재 대책법, 잔류성 유기어염물질관리법, 환경영향평가법, 유해화학물질관리법, 해양환경관리법, 어선원 및 어선재해보상보험법, 농어업재해보험법, 재해위험 개선사업 및 이주대책에 관한 특별법, 서해5도지원특별법, 화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률, 허베이 스피리트호 유류오염사고 피해주민의 지원 및 해양환경의 복원 등에 관한 특별법, 유류오염손해배상 보장법, 산업재해보상보험법, 산업안전보건법, 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률, 가축전염예방법 등이 있다.

4. 근본적인 문제와 구체적인 문제로부터의 접근

헌법국가로서 안전국가라는 주제로 말한다면, 우리는 추상적인 논의보다는 구체적이고 귀납적인 문제의식으로부터 출발하여 접근하는 것이 좋을 것이다.

크게 본다면, 또는 근본적으로 본다면, 우리 사회의 투명성 문제, 소위 엘리트 카르텔과 연고주의, 무사안일주의와 같은 문제가 사고를 만드는 데에 크게 기여하고 있다는 점에 대한 통렬한 반성과 성찰이 필요하다. 단순하게 책임자의 과실을 따져야 할 것이 아니라 사회전체의 이런 문제점에 대해서 고민이 필요하다. 그것이 국가시스템의 문제이고 국가사회의 체질을 바꾸어야 한다는 점에서 헌법현실의 문제로 고민할 필요가 있다.

구체적인 문제를 예를 들면, 우선 위험징후들을 종합하여 판단할 수 있도록 위험징후의 수집과 종합시스템을 체계화하는 것이 필요하다. 많은 사고가 파편적인 징후들로 예고가 되었음에도 간과되어 오다가 큰 사고가 되는 일이 많기 때문이다.

부패를 방지할 시스템이 필요하다. 연고주의 등으로 인한 부패와 위험상황이나 위험시설에 종사하는 사람 등의 내부고발을 보장하고 시스템화할 필요가 있다. 이와 더불어 소위 관피아와 같은 문제에 대한 투명성을 제고하기 위한 시민참여 등의 제도 등이 활성화될 필요가 있다.

또한, 체계적인 재난대응훈련의 문제가 있다. 실제로 재난이 발생했을 때의 행동요령에 대해서 너무나 국가가 국민에게 안일하게 대처법을 알려주지 않는다. 이런 훈련은 보통 교육과정에서 이루어지거나 반복적인 시민교육으로 이루어져야 한다.

국가시스템 간의 유기적인 협력도 중요하다. 중앙정부의 부처간, 중앙정부와 지방자치단체, 민간 등이 서로 원활하게 협력할 수 있어야 하는데, 이번 세월호 때도 보았지만 민간잠수사와 해경간의 갈등 같은 상황이나 대통령의 구체적 지시없이 움직이지 않는 공무원의 행태 등은 참으로 곤란하다. 독일의 사례와 같이 1차적 책임구조기관, 2차적 책임구조기관, 민관협력시 구조체계, 공동훈련 등의 시스템을 명확하게 구축할 필요가 있을 것이다.

5. 헌법규범의 방향

이러한 상황들에 대해서 문제점과 대응책의 구체적인 해결방식들은 물론 법령에서 마련되었지만, 헌법규범에 이를 융화한다면, 우리 국가사회 시스템이 이전과는 다르게 바뀔 수 있는 원칙이나 내용이 규정될 필요가 있다.

안전에 관한 사항은 모든 기본권의 전제이므로 명시되든 아니든 그 중요성의 정도가 달라지는 것은 아니지만, 우리처럼 대형사고가 반복적으로 발생하는데도 달라지는 것이라고는 주무장관이나 담당자의 사표수리 또는 처벌, 담당기관이나 그 소속체계의 변경 정도에 그치는

경우에는 명시적으로 사회체질이 바뀌도록 헌법규범에서 다시 확인하는 것은 중요할 것이다. 그리고 안전관련 규범의 내용은 단순하게 안전권이나 의무를 선언하거나 확인하는 정도에 그쳐서는 곤란하다. 그동안 발생한 사고들과 희생자들에 대한 반성과 원인에 대한 철저한 성찰을 반영한 내용이어야 할 것이다.

국민의 안전권이라는 권리를 추상적으로 선언하게 하는 것보다는, 각 관련된 규정에서 안전과 관련된 기본적인 사항을 정하는 편이 나을 것이다. 예를 들면, 국가는 재난대응체계를 점검하고 상시 대비하는 체제를 확립하여야 한다거나 교육에 관한 규정에서 국가는 안전 및 재난대응훈련을 교육하도록 할 의무가 있다고 정하는 편이 훨씬 안전에 관하여 실질적인 헌법규정이 될 것으로 생각한다.

그러므로 조재현 교수께서 지적하신 재난에 대한 대비의 국가목표조항이 법률에 있기보다는 헌법에 편입될 필요가 있다는 주장과 헌법원리와 기본적 인권규정에 융화시킬 필요에 전적으로 동의한다.

【행정법학회】

보장행정에서의 공기업과 자율규제

- 대중교통정산업무와 집합건물 관리
에 대한 경우를 중심으로 -

2014년 12월 12일(금) 공법학자대회
행정법학회 세션
충남대 법전문 서보국

차 례

1. 보장국가와 보장행정론
2. 제3섹터, 민영화(私化) 및 재공영화
3. 행정규제에서 '규제된 자율규제'로
4. 급부행정인 공공관리서비스
5. (주)한국스마트카드사 사례
6. 공동주택 등 집합건물 관리의 경우
7. 결론 및 요약

1. 保障國家와 保障行政論

□ 보장행정론은 時機尙우인가?

- 독일은 기본법상의 보장국가규정 존재

GG Art. 87f (1) 연방참사원의 동의를 요하는 연방 법률에서 정하는 바에 따라 연방은 우편 및 통신 영역에서 전국적으로 적정하고 충분한 의무제공을 보장한다.

- 우리의 경우 보장규정뿐만 아니라 유권적이며 명시적인 민영화의 공법적 한계도 없음

: 물론 의회입법으로 포기불가능한 국가본질적 한계존재

1. 保障國家와 保障行政論

□ 보장행정론은 時機尙우인가?

- 독일은 기본법상의 보장국가규정 존재

GG Art. 87f (1) 연방참사원의 동의를 요하는 연방 법률에서 정하는 바에 따라 연방은 우편 및 통신 영역에서 전국적으로 적정하고 충분한 의무제공을 보장한다.

- 우리의 경우 보장규정뿐만 아니라 유권적이며 명시적인 민영화의 공법적 한계도 없음

: 물론 의회입법으로 포기불가능한 국가본질적 한계존재

□ 민영화의 한계와 보장행정론

- 국가임무의 민영화의 실질
 - : 공기업 참여지분의 축소
(25% 미만의 제3섹터화 또는 완전민영화)

- 민영화의 공법적 한계와 보장행정론의 관계
 - : 보장행정의 인정은 민영화의 공법적 한계를 축소하는 효과(정확히 헌법적 한계를 축소)
 - : 이 경우 민영화의 가부는 경제적, 정치적 논리에 따라 입법재량의 영역으로 귀속
 - : 그러나 보장행정에서 행정법적 한계는 존재

□ 보장행정에서의 규제

- 국가개입의 양적 축소로 가능?
 - : 양적 축소(규제완화와 탈규제)는 행정법체계 약화의 문제 발생(경제학적, 정치학적 논리 의존성 증가)
 - ≠ 규제형평제도(안)는 재량규제의 예외적 규제

- 새로운 컨셉의 규제 개념 필요
 - : 침해행정과 급부행정의 영역을 포괄
 - : 목적결합적 포괄적 규제개념
 - : 私法영역에 필요한 공공관리서비스로서 규제

2. 제3섹터, 민영화 및 재공영화

- 공공재정과 공기업의 부채시 민영화가 최선인가?
 - 통상 경제논리, 정치논리로 접근. 공법적 논리로 접근노력은 미약. 보장행정론의 대안가능성
- 시장실패나 목표갈등시 재공영화가 최선인가?
 - 순환논법에 빠질 위험성. 자율규제에 대한 행정규제의 강도조절로 순환논법 예방가능

□ 국가와 지방자치단체의 채무/부채 현황

2012 정부 간 부채/채무 현황

(단위: 조원, %)

구분	지방공기업 부채	지자체 예산	지자체 채무	국가 공공기관 부채	국가 채무
금액	72.5	151	27.13	493.4	443.1
비율		43.4	267.3	14.7	16.4

- 자료: 1. '지방공기업 부채'는 『2012 지방공기업 결산 및 경영분석』, 안전행정부.
 2. '지자체 예산'은 『자치단체예산개요 최종예산(순계)』, 안전행정부.
 3. '지자체 채무'는 『지방 채무현황』, 안전행정부.
 4. 국가공공기관부채는 「12년 공공기관 경영공시 재무정보」, 기획재정부.
 5. 국가 채무는 「국가 채무관리계획」 기획재정부를 각각 사용하였음

□ 국가와 지방자치단체의 채무/부채 현황

중앙정부 및 지자체 채무 증가 변화추이

(단위: 조원, %)

정부별	2006년	2007년	2008년	2009년	2010년	2011년	2012년
중앙정부	2732	2891(58)	2979(3.0)	3461(16.2)	3738(8.0)	4028(7.8)	4251(0.8)
지자체	96	9.8(21)	11.1(13.3)	13.5(21.6)	18.4(36.3)	17.8(-3.2)	18.7(1.1)

주: 1. 중앙정부는 국채, 차입금, 국고채무부담행위를 합친 것이며, 지자체는 지방채무 총액에서 중앙정부 차입분을 제외한 순채무규모임
 2. ()안의 수치는 전년 대비 증가율을 나타낸 것임
 자료: 기획재정부, 「각 회계연도 국가결산」, 보도자료, 각 연도

연도별 지자체 채무/순채무 현황

(단위: 조원, %)

	2008	2009	2010	2011	2012
지방 총채무	19.0	25.6	29.0	28.2	27.1
지방 순채무	11.1	13.5	18.4	17.8	18.7
순채무 비중	58.4	52.7	63.4	63.1	69.0

주: 1. 지방 순채무란 지방정부 총채무에서 중앙정부에 진 채무를 뺀 값
 2. 지방정부 순채무는 기획재정부 「국가 채무관리계획」 전망치
 자료: 국회예산정책처, 「각 회계연도 결산분석」 참조 재구성

□ 지방공기업의 설립과 유형

지방공기업의 유형과 출자비율

(단위: 개)

경영형태	지방공기업의 유형	지자체 출자비율	공기업수	비고	
직접경영 (254)	지방직영기업	100%	상수도(116), 하수도(87), 공영개발(33), 지역개발기금(18)	정부조직 형태	
간접경영 (179)	지방공단	100%	도시철도·개발 및 기타공사(59), 시설·환경 ·경륜공단(78) 등	만간출자 불허	
	지방공사	전액출자형		100%	광의의 출자출연기관
		출자·출연 범인행		50% 이상	
	지방공사·공단 외의 출자·출연법인 (제3섹터)	50% 미만	32	협의의 출자출연기관 (주식회사 형태)	

주: 2013. 1. 1. 기준
 자료: 행정안전부, 「지방공기업 현황」, 2013, pp. 3~11

□ 제3섹터, 민영화 및 재공영화 기준 (법정책적 관점을 고려한 공법적 기준 필요)

- 수익성의 정도에 따른 분류
 - : 높은 사업 -> 민영화 또는 제3섹터(50%미만)
(아래의 대중교통정산업무)
 - : 낮은 사업 -> 간접경영(50%이상) 또는 직접경영
(생존배려, 철도사업)
- 공적임무(공익성과 안전임무) 관련성 분류
 - : 높은 사업 -> 직접경영 원칙
(생존배려, 철도사업)
 - : 낮은 사업 -> 제3섹터 또는 민영화
(대중교통정산업무)

□ Public Private Partnership(PPP)

- 민관협력: 민간과 공행정의 주체가 공적역무
(공공서비스)를 공동으로 수행하는 諸방식
- 제3섹터를 중심으로 한 포괄적 개념
- 기관형성적 PPP와 협약형 PPP로 분류
- 협약형 PPP에 규제된 자율규제 형태 포함

□ 규제된 자율규제

- 민영화 또는 私人的 영역에 대한 공공관리서비스
- 조직화되고 독립적인 私人的 자율규제단체 존재
- 자율규제단체의 성립과 운영에 대한 행정규제

3. 행정규제 → ‘규제된 자율규제’

□ Regulierte Selbstregulierung

- 보장행정의 최적수단성
- 공私法구별론과의 관련성(혼합적 영역)

□ 독일에서의 논의영역

- 미디어에서 청소년보호(Jugendschutz im Medienrecht)
- 제조물안전인증(Produktzertifizierung)
- 환경감사(Öko-Audit)
- 회계검사(Jahresabschlussprüfung)

□ ‘자율규제’와 ‘규제된 자율규제’

- 자율규제: 피규제자가 스스로 규정(협회규약, 관리규약, 정관, 심사기준 등)을 정립하는 것
- 조직화(Institutionalisierung)된 독립적인 조직체(자율규제단체)의 존재를 내포하고 있는 개념
- 형태분류

절차에 따른 자율규제의 분류	조직외적 절차	조직내적 절차
암시적	시장 (Markt)	기업문화 (Unternehmenskultur)
명시적	협회규약 (Verhaltenskodex)	품질관리 (Qualitätsmanagement)

- 규제된 자율규제: 자율규제단체에 대한 행정규제

□ 미디어에서 청소년보호

- 방송과 텔레미디어에서 인간의 존엄과 청소년보호를 위해 포르노, 극단론적 선전, 인간의 존엄을 해치는 내용물에 대한 규제된 자율규제방식 채택
- 근거법령: JMStV(방송과 텔레미디어에 있어서 인간의 존엄과 청소년을 보호하기 위한 국가계약)
 - ① 방송사업자 및 텔레미디어사업자(사인)
 - ② 사업자들의 사단법인인 자율규제기구
 - : FSF(방송자율기구), FSM(텔레미디어자율기구)
 - : 자치법규(Satzung)와 심사규정(Prüfordnung) 제정
 - ③ Landesmedienanstalt(주미디어청)
- 주미디어청 소속위원회: KJM(청소년미디어보호위원회)

4. 급부행정인 공공관리서비스

□ 독일의 경우

- 공기업(대중교통운송)의 관리업무(정산업무)
- 규제된 자율규제가 시행되고 있는 영역

□ 우리의 구체적인 경우

- 현행 공기업의 관리업무
- 대중교통정산업무(민관협력)
- 집합건물 관리(私的自治)에 대한 공법적 규제

5. (주)한국스마트카드사(KSCC) 사례

□ 대중교통정산업무는 공기업의 임무이기에 현재의 민영기업으로 시작된 것은 위헌인가?

□ 대중교통정산업무의 공공성

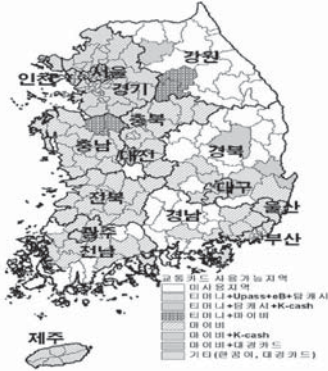
- 2003년 이후 수도권외 버스준공영제/통합환승요금제와 함께 신교통카드 시스템 구축
- 대중교통정산업무는 시민의 대중교통이용의 공공성에 중대한 영향을 미치는 공공관리서비스 영역이자 외국자본의 투자가 자유롭지 못한 영역
- 독일: 지자체가 99% 가까이 출자하여 지방공기업(AG 또는 GmbH)으로 설립한 대중교통운송사업(부분별 子會社 포함)과 정산사업

□ 대중교통정산업무의 민영기업 수행

- 지방공기업법상 의무적용사업과 임의적용사업에 해당하지 않음
- 지방공기업 설립은 당해 지방자치단체의 예산 범위 내에서 사인에 의한 경영이 곤란하거나, 주민의 불가결한 수요의 충족이나 지역경제·지역개발촉진을 위해 사인에 의한 경영이 부적절한 경우로 한정됨(지방공기업법 제2조 제②항 /보충성의 원칙) - 민영화의 공법적 한계기준 아님
- 서울시의 경우 예산도 부족하였으며 사인에 의한 경영이 부적절한 경우도 아니었음
- 공공성은 인정되나 지방공기업법에 규율 없음

□ 대중교통정산사업자 현황

교통카드 시스템은
카드판매
단말기 등 시스템구축
정산업무로 구분
선불 교통카드는 사실상 지역독점구조
에서 2-3개 회사 중심으로 재편 중



교통카드사업 시장 현황

(단위: 원, 2009년 매출액 기준)

사업자명	매출액	점유율
한국스마트카드	118,436백만	52.94%
이비카드	48,038백만	21.47%
마이비 (계열사 부산하나카드 포함)	35,360백만	15.81%
서울버스운송조합	10,509백만	4.71%
카드넷	5,857백만	2.62%
하나은행	3,359백만	1.50%
탑캐시	1,674백만	0.74%
금융결제원	474백만	0.21%
계	223,707백만	100%

자료출처: 금융감독원 전자공시시스템 등

(주)한국스마트카드의 연도별 순익분석

(단위: 백만원)

과목	2005년	2006년	2007년	2008년	2009년	2010년	2011년
매출액	30,453	45,953	65,553	90,363	118,436	150,812	182,951
영업이익	-15,101	-4,666	6,721	5,602	9,440	11,033	12,782
영업외수익	879	1,046	1,116	1,792	2,307	985	3,155
영업외비용	5,264	5,167	6,550	3,591	5,066	1,887	1,023
당기순이익	-19,486	-8,787	1,286	3,803	6,681	13,993	12,026
누적이익	-31,454	-40,242	-38,956	-35,153	-28,472	-14,479	-2,453
과목	2005년	2006년	2007년	2008년	2009년	2010년	2011년
매출액증가율	215.44	50.90	42.65	37.85	31.07	27.34	21.31
매출액영업이익율	-49.59	-10.15	10.25	6.20	7.97	7.32	6.99
매출액순이익율	-63.99	-19.12	1.96	4.21	5.64	9.28	6.57

- 매출액증가율 중소기업 평균(9.2%), 대기업 평균(14.3%)과 비교하면 (주)한국스마트카드사의 매출액 증가율은 대단히 높다고 할 수 있음.
- 평균 매출액대비 영업이익율이 중소기업과 대기업이 각각 5.4%임을 감안하면 높은 편임.
- (주)한국스마트카드는 아주 성장성이 좋은 유망한 사업임. (도시철도 운영기관은 부채규모가 상당함)

□ 지방공기업법 제2조의 적용범위에 해당?

제2조(적용 범위) ① 이 법은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업(그에 부대되는 사업을 포함한다. 이하 같다) 중 제5조에 따라 지방자치단체가 직접 설치·경영하는 사업으로서 대통령령으로 정하는 기준 이상의 사업(이하 "지방직영기업"이라 한다)과 제3장 및 제4장에 따라 설립된 지방공사와 지방공단이 경영하는 사업에 대하여 각각 적용한다.

1. 수도사업(마을상수도사업은 제외한다) 2. 공업용수도사업 3. 궤도사업(도시철도사업을 포함한다) 4. 자동차운송사업 5. 지방도로사업(유료도로사업만 해당한다) 6. 하수도사업 7. 주택사업 8. 토지개발사업

- 정산업무는 제3호와 제4호의 부대사업의 성질
- 해석론으로 적용범위에 해당

□ (주)KSCC가 제3섹터 지방공기업에 해당하기 위하여는 주식지분의 무상양여가 구 지방공기업법 제77조의3 ①에 근거한 出資에 해당하는가?

현행법률은 ◎법률 제12507호(2014.3.24)

지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률

- 서울시가 출자대신 무상양여 받은 (주)KSCC의 35% 지분
- 무상양여를 출자로 간주하면 증여세 법체계 붕괴 위험

□ (주)KSCC에 대한 서울시의회의 감사

- (주)KSCC 충전금이자 등 회계감사 필요성 주장
- 지방의회의 행정사무감사 대상: 지자체가 25% 이상 출연·출자해 설립된 지방공기업 - 법해석론의 문제 발생
 - ① (주)한국스마트카드의 지분 35%를 협약(공법상 계약)에 의해 서울시에 무상양여
 - ② 따라서 출연·출자되지 않았기에 지방공기업이 아님
 - ③ 공공성이 높은 업무임에도 행정사무감사 대상이 될 수 없음

□ (주)KSCC 설립 및 운영에 관한 條例의 제정은 가능한가?

- 지방자치법 22조상 주민(주)KSCC)의 권리제한·의무부과 등은 법령의 포괄적 위임 필요
- 지방공기업법령 또는 기타 지방자치관련 법령에 위임규정 없음
- 현행 KSCC로부터 적법하게 교통카드사업을 회수하여 새로운 지방공기업을 설립하거나 지분형식을 변경(무상양여의 출자전환)한 이후에야 가능
- 현재 1000억 이상 출자가 필요하나 서울시는 현존유지

□ 전국적 규모의 ‘규제된 자율규제단체’

- KSCC 외에 다른 지역에 교통카드사업과 정산업무를 수행하는 민간기업들이 있기에 전국적 규모의 ‘규제된 자율규제기구’의 창설요건에 적합한 상황임
- 공개적인 행정사무감사의 경우 발생할 수 있는 영업의 비밀에 대한 침해도 규제된 자율규제기구에서 해결 가능
- 자율규제기구(가칭 (사)대중교통정산사업자회)의 성립과 운영 및 인가, 규약 등에 관한 법제화 필요
- 자율규제기구에 대한 행정규제는 국토교통부의 국가교통위원회 또는 별도의 위원회 담당

6. 공동주택등 집합건물 관리 경우

□ 주택집합건물과 비주택집합건물

- 公法으로서 주택법과 私法으로서 집합건물법
- 오피스텔과 상가의 경우 공법 적용의 어려움

□ 아파트와 오피스텔, 상가 관리의 문제점

- 원칙적인 사적자치(구분소유권)의 영역
- 공동이용으로 분쟁, 화재 등 공적 개입필요성 증가
- 관리에 대한 공공서비스의 개입 요구

□ 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 일반론

- 주택집합건물과 비주택집합건물 모두 적용
- 구분소유(전유부분, 공용부분)의 근거법률
- 관리단(동별-, 단지-, 일부공용부분-)
- 관리단집회와 관리인
- 임의적 관리규약
- 집합건물분쟁조정위원회
- 공법적 규율(주택법의 적용)을 과도하게 제한하고 있는 불명확한 특별규정 존재
- 제2조의 2(주택법과의 관계) 집합주택의 관리 방법과 기준, 하자담보책임에 관한 주택법의 특별한 규정은 이 법에 저촉되어 구분소유자의 기본적인 권리를 해치지 아니하는 범위에서 효력이 있다.

□ 주택법 일반론 - 관리에 관한 公法

- 주거용 집합건물(아파트 등 공동주택) 대상
- 입주자대표회의(동별대표자로 구성)
: 구분소유자(입주자) 및 사용자(세입자)의 대리인
- 관리주체(관리사무소장, 주택관리업자 등)
- 필수적 공동주택관리규약
- 행정규제의 강화: 동별대표자 결격사유 법정화, 관리규약 결정방법 법정화, 관리비 종류 및 공개 여부 법정화, 사업자선정 및 집행방법 법정화(국토해양부 고시), 표준관리규약 제시, 회계감사, 지자체 관리 및 감독권, 행정형벌 및 행정질서벌 강화 등

□ 행정규제의 강화 vs 규제된 자율규제

- 공동주택인 아파트의 경우 직접적 행정규제가 가능한 주택법 적용되나 여전히 관리부실의 문제는 새로운 형태로 발생됨
- 오피스텔이나 상가의 경우 집합건물법의 적용으로 지자체의 공공관리서비스를 위한 개입근거가 없으며 관리부실의 문제가 밝혀지기 어려움
- 주택법상 행정규제 강화 및 집합건물법에의 준용 등은 사적자치의 지나친 행정개입 및 행정과다의 부작용 발생
- 사적자치를 위한 (지역별) 자율규제단체의 필수적 성립과 이에 대한 최소한의 행정규제가 바람직

7. 결론 및 요약

- 헌법상 명문의 규정이 없어도 민영화의 한계문제와는 다른 관점에서 보장행정론은 인정됨
- 수익성과 공적임무 관련성이 공기업의 경영형태(지분형태)와 민영화의 법정책적 기준이 됨
- 보장행정의 목표를 달성할 수단으로 제3섹터 또는 규제된 자율규제가 가능함
- 대중교통정산업무와 공동주택 등 집합건물의 관리는 보장행정론에 입각한 규제된 자율규제가 필요한 영역임 (※)