

# 무형문화재 보호의 기본원칙과 법적 과제

정 상 우\*

## 차 례

### I. 서 론

### II. 무형문화재 보호의 법체계

1. 무형문화재 보호의 법체계 및 현황
2. 세계무형문화유산보호에 관한 유네스코 협약
3. 문화재보호법과 유네스코 협약의 비교

### III. 무형문화재 보호의 기본원칙

1. 원형보존주의
2. 중점보호주의
3. 인적전승주의
4. 국가보호주의

### IV. 무형문화재 보호의 법적 과제

1. 논의의 현황과 독자 입법의 필요성
2. 입법론의 주요 내용

### V. 결 어

### 참고문헌

\* 한국법제연구원 부연구위원, 법학박사

## I. 서론

우리나라는 일본의 문화재보호법의 영향을 받아 무형문화재를 1962년 『문화재보호법』 제정 당시부터 규율하여 왔다. 이것은 세계에서 흔히 않게 정부가 법제도를 통하여 무형문화재의 전승을 지원하고 있는 것이다. 1) 그 결과 무형문화재의 경우 ‘인간문화재’라는 별칭으로 주목받아 왔다. 이러한 무형문화재 제도를 통해 특히 일제 강점기의 문화정책에 따라 전통이 단절되었던 문화들이 새롭게 부활하고 우리 문화의 정체성을 회복하는데 기여하였다는 점이 평가받고 있다. 반면에 특정 무형문화재 보유자 선정에 따른 갈등이나 비리 문제, 전수생 문제, 문화권력화 현상이나 국가에 의한 문화적 정통성의 인정에서 파생되는 부작용도 없지 않았다.

이렇게 우리나라의 무형문화재 지원 법제는 보존, 계승, 활용의 체계는 갖추고 있으나, 무형문화재 제도 자체의 문제점과 운영상의 문제점이 빈번하게 표출되고 있는 것도 현실이다. 이에 따라 무형문화재 정책에 있어서는 그 변화의 요구가 상당하였고 학계의 논의도 꽤 이루어졌다. 그러나 무형문화재 보존 및 지원제도의 법체계와 법원칙들은 아직 문화재학이나 민속학 등에서의 논의를 수용하지 못한 채 무형문화재의 특성을 반영하지 못하고 있다.

예컨대 우리 헌법에서 문화국가의 원리 혹은 국가의 문화정책을 강조하는 조항들이 있는데(헌법 전문, 제9조, 제69조 등),<sup>2)</sup> 이때 문화정책의 초점은 문화‘재’ 그 자체에 있는 것이 아니라, ‘문화’가 생겨날 수 있도록 ‘문화풍토’를 조성하는 데 두어져야 한다. 문화, 예술 교육 단체 등을 적

1) 외국의 경우에 대해서는 임장혁, “아시아 각국의 무형문화유산 정책”, 『비교민속학』 제37집, 2008에서 일본, 대만, 필리핀, 중국 등의 무형문화유산정책이 소개되고 있다. 또한 임돈희, “유네스코 세계무형문화 유산으로 지정된 한국, 중국, 일본, 인도의 무형문화재의 보존현황과 전승방안에 대한 비교 연구”, 『비교민속학』 제27집, 비교민속학회, 2004. 8, 571쪽 이하 참조. 서구의 경우 일찍이 무형문화유산에 관해 창작물로 인정하여 저작권의 대상이 되고 있으며, 이러한 법체계에 따라 유럽과 아시아·아프리카 사이의 무형문화유산의 보호 정책의 방향에 큰 차이를 나타내고 있다.

2) 문화국가의 의미에 관해서는 현재 2004. 5. 27. 2003헌가1등.

극적으로 지원하는 것 역시 문화풍토 조성의 일환이다.<sup>3)</sup> 이러한 내용은 무형문화재 보호에서도 마찬가지이다.

이러한 현실적 상황과 규범 구조를 전제로 이 글에서는 우리나라 무형문화재 제도의 기본 원칙과 내용들을 검토하고 운영상 문제점을 개선시킴으로써 무형문화유산의 발전방향을 모색하고자 한다. 이를 위하여 현행 무형문화재 보호의 법체계를 국내 법령과 유네스코 협약을 중심으로 하는 국제규범의 차원에서 비교 검토하고(Ⅱ), 현행 문화재 보호의 기본원칙의 내용을 살펴보고 문제점을 지적한 후(Ⅲ), 구체적인 입법론을 제시하고자 한다(Ⅳ). 이를 통해 무형문화재가 전통문화의 보존 및 계승에 이바지하며 문화의 창조성과와 다양성을 확보하면서 문화유산이 올바르게 향유될 수 있도록 법적 근거를 개선할 방안을 제시하고자 한다.

## Ⅱ. 무형문화재 보호의 법체계

### 1. 무형문화재 보호의 법체계 및 현황

#### (1) 문화재보호법

『문화재보호법』은 “문화재를 보존하여 민족문화를 계승하고, 이를 활용할 수 있도록 함으로써 국민의 문화적 향상을 도모함과 아울러 인류문화의 발전에 기여함을 목적으로 한다.” 따라서 무형문화재의 보존 역시 민족문화의 계승, 국민의 문화적 향상, 인류문화의 발전에 기여하는 방향으로 보존되어야 한다. 문화재보호법에 따라 국가는 문화가 발전할 수 있도록 배려하고 국민이 문화재를 향유할 수 있도록 정책을 마련할 책무를 지닌다.

문화재보호법은 문화재보호의 기본 원칙으로 “문화재의 보존·관리 및 활용은 원형 유지를 기본 원칙으로 한다.”는 점을 천명하고 있다(제3조). 이 원칙은 1999년 문화재보호법 개정 당시 도입된 원칙인데, 문화재의 모든 유형을 포괄하는 원칙이므로 무형문화재에도 적용된다.

3) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2008, 166면.

문화재보호법에서는 중요무형문화재의 보호·육성을 위하여 “국가는 전통문화의 계승과 발전을 위하여 중요무형문화재를 보호·육성하여야 한다”라고 명시하고 있다(제36조 제1항). 이는 헌법상 문화 관련 조항을 문화재보호법에서 보다 구체화한 것이지만, 헌법상 국가의 전통문화 보호의 의무가 전통문화의 기준을 제시하고 국가가 직접 개입하여 문화의 내용을 결정하는 것까지 의미하는 것인지에 대하여는 비판적인 견해도 존재한다.<sup>4)</sup>

## (2) 무형문화재의 의의 및 유형

문화재보호법은 문화재의 성격에 따라 유형문화재, 무형문화재, 기념물, 민속자료의 4종으로 구분하고 있다(제2조 제1항). 이 가운데 무형문화재는 “연극, 음악, 무용, 공예기술 등 무형의 문화적 소산으로서 역사적·예술적 또는 학술적 가치가 큰 것”을 말한다(제2조 제1항 제2호 참조). 문화재보호법 시행규칙 별표 1에 의하면 중요무형문화재는 역사상, 학술상, 예술 가치가 크고 향토색이 현저한 것으로 연극, 음악, 무용, 공예기술, 의식·놀이·무예·음식제조, 기타 제작·수리 등의 기술과 같이 6가지를 규정하고 있다.<sup>5)</sup>

문화재보호법상의 구분에 따라 무형문화재의 종류도 지정 주체에 따라 중요무형문화재와 시·도지정 무형문화재(지방무형문화재)로 구분된다. 문화재청장은 문화재위원회의 심의를 거쳐 무형문화재 중 중요한 것을 중요무형문화재로 지정할 수 있고(제6조 제1항), 시·도지사는 그 관할 구역에 있는 문화재로서 국가지정문화재로 지정되지 아니한 문화재 중

4) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2009, 240면; 한편 국가의 문화유산 보호 의무에 관한 헌법적 근거에 관하여는 정종섭, “국가의 문화유산보호의무와 고도의 보존”, 『(서울대학교) 법학』 제44권 제3호 통권 제128호, 서울대학교법학연구소, 2003. 9, 40-43면.

5) 1. 연극: 인형극·가면극 2. 음악: 제례악·연례악·대취타·가곡·가사 또는 시조의 영창·산조·농악·잡가·민요·무악·범패 3. 무용: 의식무·정재무·탈춤·민속무 4. 공예기술: 도자공예·피모공예·금속공예·골각공예·나전칠공예·제지공예·목공예·건축공예·지물공예·직물공예·염색공예·옥석공예·수·매듭공예·복식공예·악기공예·초고공예·죽공예·무구공예 5. 그 밖의 의식·놀이·무예·음식제조 등 6. 제1호부터 제3호까지에 규정한 예능의 성립 또는 구성상 중요한 요소를 이루는 기법이나 그 용구 등의 제작·수리 등의 기술.

보존가치가 있다고 인정되는 것을 시·도지정문화재로 지정할 수 있는데, 무형문화재의 경우에는 문화재청장과의 사전 협의를 거쳐 중요무형문화재를 시·도지정문화재로 지정할 수 있으며, 그 보유자 인정은 중요무형문화재의 보유자가 아닌 자 중에서 한다(제71조 제1항).<sup>6)</sup>

### (3) 전승체계

문화재청장은 중요무형문화재의 전승·보존을 위하여 해당 중요무형문화재의 보유자<sup>7)</sup>가 그 보유 기능과 예능(이하 “기·예능”이라 한다)의 전수 교육을 실시하도록 하여야 한다. 국가와 지방자치단체는 전수 교육에 필요한 경비를 부담할 수 있다(제36조 제2항 및 제3항 참조). 이에 기초하여 중요무형문화재의 전승·보존을 위하여 다음과 같은 일정한 전승체계를 갖고 있다.

<도표> 중요무형문화재 전승·보전 체계

구 분	내 용	관련 조문
보유자 · 보유단체	- 중요무형문화재의 보유자 : 중요무형문화재의 기능 또는 예능을 원형대로 체득·보존하고 이를 그대로 실현할 수 있는 자 - 중요무형문화재의 보유단체 : 중요무형문화재의 기능 또는 예능을 원형대로 보존하고 이를 그대로 실현할 수 있는 단체. 다만, 해당 중요무형문화재의 기능 또는 예능의 성질상 개인이 실현할 수 없거나 보유자로 인정할만한 자가 다수인 경우로 한정한다.	시행규칙 §3①i·ii

6) 중요무형문화재는 2009년 5월 31일 현재 국가지정 중요무형문화재 114건, 시도무형문화재 362건이 지정되어 있다. 예능종목에서는 음악(17), 무용(7), 연극(14), 놀이와 의식(24), 무예(1)가 지정되어 있고, 기능종목에서는 공예기술(49), 음식(2)이 지정되어 있다. 이에 해당하는 보유자는 총 179명이다. 그리고 건조물을 제외한 중요민속자료(복식, 생활자료, 자수, 신앙자료 등)도 106건이 지정되어 있다. 통계자료는 <http://www.cha.go.kr/korea/information/knowBbzInfoView.action> 참조.

7) 일상적으로는 ‘인간문화재’(UNESCO에서는 ‘Living Human Treasures’)라고 한다.

구 분		내 용	관련 조문
전수 (傳授) 교육	전수생 (또는 전수 장학생)	- 전수생(전수교육을 받는 자): 보유자 또는 보유단체로부터 무형문화재의 기·예능을 전수받고 있거나 받았던 사람으로 이수증을 교부받지 못한 사람 - 전수장학생: 전수교육을 받는 자 가운데 그 중요무형문화재 보유자 또는 보유단체의 추천을 받아 전수장학생으로 선정된 사람	시행령§26
	전수교육 이수자	법 제36조제2항에 따라 중요무형문화재의 보유자 또는 보유단체에게 해당 중요무형문화재의 전수교육을 3년 이상 받은 자의 기능이나 예능을 심사하여 그 기능이나 예능이 상당한 수준에 이르렀다고 판단되는 자로서 전수교육 이수증을 발급받은 사람	시행령§24 ① 규칙§32
	전수교육 조교	중요무형문화재의 보유자 또는 보유단체의 전수교육을 보조하기 위하여 보유자 또는 보유단체로부터 전수교육 과정을 마치고 전수교육 이수증을 발급받은 자 중에서 당해 보유자의 추천을 받아 문화재청장이 선정한 사람/ 전수교육 조교에게는 경비 지급	시행령§25 ① 규칙§33
명예보유자		중요무형문화재 보유자 중에서 중요무형문화재의 기능 또는 예능의 전수교육을 정상적으로 실시하기 어려운 자	시행규칙 §3① iii

문화재보호법에서는 이상과 같은 전승 체계 이외에 공개 제도를 통해 무형문화재의 보급과 활용을 의도하고 있다(제36조의2 참조).

#### (4) 지원 내용

중요무형문화재의 전승자에게는 전수교육 과정에서 장학금 및 특별지원금 등의 경비가 지원된다.<sup>8)</sup> 예컨대, 국가나 지방자치단체는 예산의 범

8) 전승지원금의 개념과 종류에 관해 자세한 내용은 박동석 위음/정문교 감수, 『문화재 보호법』, 민속원, 2005, 390-391면 참조.

위에서 전수 교육에 필요한 경비를 부담할 수 있으며, 전수 교육을 목적으로 설립된 국·공유재산인 시설을 무상으로 사용하게 할 수 있다(제36조 제3항). 전수생 가운데 전수장학생에게 장학금을(동조 제4항), 명예보유자에게는 특별지원금을(동조 제5항) 지원할 수 있다.

교육에 있어서도 일정한 특전이 있다. 우선 중요무형문화재의 보유자로 인정된 자와 그 문하생으로 일정한 전수교육을 받은 자에게는 학점인정이 가능하다(『학점인정 등에 관한 법률』 제7조 제2항 제6호). 그리고 중요무형문화재의 보유자·전수교육조교는 산학겸임교사로 채용이 가능하다(『초·중등교육법』 제22조 및 동법시행령 제42조). 그 밖에 중요무형문화재의 보유자(명예보유자 포함) 및 그 가족으로서 문화재청장이 의료급여가 필요하다고 요청한 자중 보건복지가족부장관이 의료급여가 필요하다고 인정한 자에게는 의료급여를 지원할 수 있다(『의료급여법』 제3조 제1항 제6호).

## 2. 세계무형문화유산보호에 관한 유네스코 협약

### (1) 채택 과정과 의미

유네스코는 일찍이 1972년 『세계문화 및 자연유산 보호에 관한 협약』(Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage)<sup>9)</sup>을 채택하였지만, 이 협약에서는 기념물, 건조물군, 유적지 등만을 포함하여 무형문화유산을 대상에서 제외하였다. 이는 서구의 문화유산 관점에서 채택된 것이기 때문에 아시아와 아프리카의 무형의 문화를 인정할 가능성이 적었던 것이었고, 따라서 이들 지역에서 보존되어야 하는 문화유산에 대하여는 부적당한 측면이 있었다.<sup>10)</sup> 그러나 이후 문화다양성과 각국의 전통문화와 민속에 대한 관심과 보호가 증대하면서 1989년 『전통

9) 1972년 11월 16일 프랑스 파리 제17차 유네스코 총회에서 채택. 우리나라 가입일: 1988년 9월 14일 (101번째). [http://www.unesco.or.kr/front/unesco\\_global/global\\_04\\_view.asp?articleid=33&page=1](http://www.unesco.or.kr/front/unesco_global/global_04_view.asp?articleid=33&page=1)

10) Cathryn A. Berryman, "Toward more universal protection of intangible cultural property", *Journal of Intellectual Property Law*, N° 1, 1994, p. 297.

문화 및 민속보호에 관한 권고』(Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore)안을 채택하고,<sup>11)</sup> 1993년 ‘인간문화재’ 제도(LHT)를 채택하기에 이르렀다. 나아가 1999년에는 인류 구전 및 무형유산 걸작(Masterpieces of the Oral and Intangible Heritage of Humanity; 이후 세계무형문화유산으로 약칭되기도 함) 선정 제도가 도입되어 2001년부터 매 2년마다 선정되고 있다.<sup>12)</sup>

2001년에는 「유네스코 문화다양성 선언」(UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity)을 채택함으로써 문화의 다양성은 인류를 구성하고 있는 각각의 집단과 사회의 독특함과 다원성 속에서 구현되고, 이러한 문화다양성이 인류 공동의 유산이며 현재와 미래세대를 위한 것임을 분명히 하였다. 이러한 과정 가운데 2003년 10월 17일에는 「무형 문화유산 보호를 위한 협약」(Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage)을 채택하게 이르렀다.<sup>13)</sup> 이 협약은 세계화의 과정과 사회적 변화의 과정에서 무형문화유산에 대한 훼손, 상실, 파괴라는 위협이 될 수 있음을 인식하여 인류의 공동 자산인 무형 문화유산을 보호하기 위한 것이다.<sup>14)</sup>

## (2) 「무형 문화유산 보호를 위한 협약」의 주요 개념과 내용

협약의 목적은 “a) 무형문화유산을 보호하고, b) 관련 공동체, 집단 및 개인이 소유한 무형문화유산을 존중하며, c) 지방, 국가, 국제적 수준에서 무형문화유산의 중요성을 인식하고 상호 이해를 증진시키며, d) 국제적

11) 1989년 11월 15일 제25차 유네스코 총회 채택.

12) 우리나라의 경우 종묘제례 및 종묘제례악(2001년 5월 선정), 판소리(2003년 11월 7일), 강릉단오제(2005년 11월 25일)가 선정되었다.

13) 우리나라 가입일: 2005년 2월 9일 (11번째). [http://www.unesco.or.kr/front/unesco\\_global/global\\_04\\_view.asp?articleid=18&page=1](http://www.unesco.or.kr/front/unesco_global/global_04_view.asp?articleid=18&page=1); 최중호, “무형문화유산의 보존과 활용을 위한 연구”, 『문화재학』 제2호, 한국전통문화학교, 2005, 33-61면, 특히 유네스코 협약과 아이콤(ICOM, 국제박물관협의회)의 활동에 관하여는 36-49면 참조.

14) Erin K. Slattery, “Preserving The United States’ Intangible Cultural Heritage: An Evaluation of the 2003 UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage as a Means to Overcome the Problems Posed by Intellectual Property Law”, *DePaul Journal of Art & Entertainment Law*, Volume XVI Number 2, 2006, pp.223-226.

협력과 지원을 도모하는 것이다.”(제1조)<sup>15)</sup> 협약은 무형문화유산의 개념에 관해 “공동체, 집단 및 개인들이 그들의 문화유산의 일부분으로 인식하는 관습, 표출, 표현, 지식 및 기술뿐 아니라 이와 관련된 전달 도구, 사물, 공예품 및 문화 공간 모두를 의미한다”라고 정의하고 있다(제2조).<sup>16)</sup> 세대를 통해 전해오는 이 무형문화유산은 공동체와 집단이 그들의 환경, 자연, 역사와의 상호작용에 맞추어 끊임없이 재창조되었으며 이들에게 정체성 및 지속성을 제공하여 문화적 다양성과 인류의 창조성에 대한 존중을 증진시킨다(제2조 제1항). 우리나라에서 유형문화재로 인식되어지는 공예품과 문화공간이 포함된 것은 주목을 요한다.

이러한 무형문화유산의 구체적 범위(domain)는 “a) 무형문화유산의 전달체로서의 언어를 포함한 구전 전통 및 표현, b) 공연 예술, c) 자연과 우주에 관한 사회적 관습, d) 자연과 우주에 대한 지식 및 관습, e) 전통 기술”이다(제2조 제2항).<sup>17)</sup> 그리고 이들에 대한 보전(safeguarding)이란 “특히 공식적, 비공식적 교육을 통해 무형문화유산을 확인, 문서화, 연구, 보존, 보호, 증진, 전수 등 이의 구현을 위한 조치를 의미한다.”(제2조 제3항).

무형문화유산의 국내적 보전을 위해서는 당사국의 역할이 강조되는데(제11조) 구체적 수단으로서 무형문화유산에 대한 목록의 작성과 정기적 갱신(제12조), 무형문화유산 보전기관의 지정·설립, 효과적 보전을 위한 과학, 기술, 예술 관련 연구의 촉진, 훈련기관의 설립 및 표현을 위한 공

15) The purposes of this Convention are: (a) to safeguard the intangible cultural heritage; (b) to ensure respect for the intangible cultural heritage of the communities, groups and individuals concerned; (c) to raise awareness at the local, national and international levels of the importance of the intangible cultural heritage, and of ensuring mutual appreciation thereof; (d) to provide for international cooperation and assistance.

16) 원문은 다음과 같다. The “intangible cultural heritage” means the practices, representations, expressions, knowledge, skills - as well as the instruments, objects, artefacts and cultural spaces associated therewith - that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage.

17) (a) oral traditions and expressions, including language as a vehicle of the intangible cultural heritage; (b) performing arts; (c) social practices, rituals and festive events; (d) knowledge and practices concerning nature and the universe; (e) traditional craftsmanship. 이와 대조적으로 문화재보호법 시행규칙 별표 1에서는 연극, 음악, 무용, 놀이와 의식, 무예, 공예기술, 음식 등으로 한정하고 있다.

간, 관행의 존중과 기록 기관의 설치 등 보전 조치(제13조), 교육, 인식 증진 및 보전에 관한 자격 마련(제14조), 공동체, 집단, 개인들의 참여 보장(제15조) 등을 규정하였다.

무형문화유산의 국제적 보전을 위한 구체적 수단으로는 인류 무형문화유산의 대표 목록 수립(제16조), 긴급 보전이 필요한 무형문화유산 목록 수립(제17조), 무형문화유산의 보전을 위한 프로그램, 프로젝트 및 활동(제18조) 등을 규정하였다. 그 외에 국제적 차원에서의 보호와 지원 방법(제19조-제24조)과 무형문화유산 기금의 설치와 재원 등에 대해 규정하고 있다(제25조-제28조 참조).

### 3. 문화재보호법과 유네스코 협약의 비교

우리나라의 문화재보호법은 일본의 문화재보호법의 영향을 많이 받았고, 유네스코 협약의 경우 아시아·아프리카와 유럽·미국 등과의 논의 결과에 따른 것이기 때문에 제정 과정에서 차이가 나지만, 유네스코 협약 가운데 상당 부분은 우리 법체계에 일정한 시사를 주고 있다. 이 가운데 현행 문화재보호법에서 반영해야 할 필요가 있는 점을 중심으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 무형문화재의 개념과 유형이 서로 다르다. 우리나라의 무형문화재는 대표적으로 연극, 음악, 무용, 공예기술에 머물러 기술과 예능이 중심을 이루고 있으나 협약상의 무형문화유산 개념에는 언어와 구전 전통, 사회적 관습과 축제 등을 포함하고 특히 이러한 내용과 관련된 도구와 공간적 환경까지 포함한다. 문화재보호법보다는 유네스코 협약이 보다 넓은 단위를 기준으로 보호하고자 한다.

둘째, 보호의 기본원칙에 있어서는 문화재보호법은 원형보존만을 강조하는 다소 경직된 법리를 중심으로 하지만,<sup>18)</sup> 협약에서는 원형보존에 관한 원칙은 없고 오히려 무형문화유산의 창조성과 다양성, 참여와 향유를 중시한다. 문화재보호법은 유형문화재와 무형문화재를 함께 규율하고 있

18) 유사한 취지의 비판으로 양미경, “세계무형유산협약 채택과 무형문화재보호제도의 개선”, 『문화재학』 제2호, 한국전통문화학교, 2005, 408-410면.

기 때문에 나타나는 현상이다. 또한 문화재보호법이 문화‘재’를 중심으로 과거의 보존을 목적으로 한다면, 유네스코 협약은 문화‘유산’의 미래 활용까지 염두에 두었다는 점에서 차이를 보인다.

셋째, 주요 보호 방법에 있어서는 문화재보호법의 경우 보유자 인정, 전수교육 실시 지원 등 국가 수준에서의 판단과 개입을 강조하지만 협약의 경우 당사국의 역할로서는 목록 작성 및 정기적 갱신, 관리기관 지정, 연구 육성, 전수 촉진, 이용의 보장, 기록기관 설립 등 문화의 창조성을 촉진하는 한도에서 지원만 인정한다. 따라서 유네스코 협약에 있어 국가는 보다 중립성을 띠고 지원하는 것을 강조한다.

과거에 우리나라의 무형문화재 제도는 외국에 대해 무형문화유산 보호의 모델이 되기도 했지만, 유네스코 협약에 비추어 본다면 과거 국가개입주의의 성격에서 탈피하지 못하고 문화의 다양성과 공동체의 문화향유라는 측면을 인식하지 못하고 있다. 이는 자칫 잘못하면 무형문화재의 박제화를 초래할 가능성도 있기 때문에 염려스러운 부분이다. 따라서 문화재보호법상의 무형문화재 제도는 유네스코 협약에 비추어 무형문화재 보호의 기본원칙과 구체적 제도가 상당부분 개선될 필요가 있다.

### Ⅲ. 무형문화재 보호의 기본원칙

우리나라의 무형문화재 제도에 적용되는 기본원칙은 원형보존주의, 중점보호주의, 인적전승주의, 국가보호주의로 구분하여 설명할 수 있다.<sup>19)</sup>

#### 1. 원형보존주의

##### (1) 의 미

1999년 문화재보호법 개정 당시 문화재의 보존·관리 및 활용의 기본원칙으로 ‘原形維持’를 도입하였는데(현행 문화재보호법 제3조), 이 원칙

19) 이장열, 『한국무형문화재 정책』, 관동출판, 2005, 150-157면은 원형보존주의, 중점보호주의, 국가 주도의 전수교육제도, 활용주의 등으로 구분한다.

은 문화재 관리에 관한 일반원칙으로서 문화재보호법 적용 대상에 일반적으로 미치는 원칙이다. 따라서 이 원칙은 무형문화재에도 동일하게 적용되는데, 『문화재보호법 시행규칙』 제3조에서는 중요무형문화재의 보유자 또는 보유단체의 인정 기준을 중요무형문화재의 기능 또는 예능을 ‘원형대로’ 취득·보존하고 이를 그대로 실현할 수 있는 자 또는 단체로 규정하고 있다.

무형문화재에서 원형이란 자연스러운 전승 현황에서 변조되지 않고 이어져 내려온 것, 개인의 창작력에 의하여 가식과 기교가 가해지지 아니한 것, 오랜 세월의 변화가 별로 없이 전해져 내려온 것이라고 할 수 있다.<sup>20)</sup> 그런데 이와 관련하여 우리나라의 문화재 보전정책은 ‘원형유지’의 의미를 ‘현상동결’로 파악하여 지나치게 문화재의 원래 양식, 원재료, 전통기법의 사용만을 강조한 측면도 없지 않다. 이 경우 문화재 보전 방법의 경직성을 초래하여 사회환경의 변화에 따른 불가피한 보전방법들을 수용하지 못할 염려도 있다.<sup>21)</sup> 유형문화재의 경우 원형 자체에 대한 판단은 무형문화재보다 수월하지만, 원형보존에 있어서는 보존(Preservation) 자체로 충분한 경우, 복원(Restoration)이 필요한 경우, 재조립(Reconstitution)이 필요한 경우, 재축(Reconstruction)이 필요한 경우 등 상황에 따라 다양한 보전 방법이 요구된다. 하물며 무형문화재의 경우 원형의 판단 자체가 쉽지 않고 보유자의 창작에 맡겨지는 부분이 많기 때문에, 유형문화재보다는 원칙의 탄력적 적용이 필요하다.<sup>22)</sup>

## (2) 문제점과 개선 방안

유형문화재에 비해 무형문화재가 갖는 특성에도 불구하고 문화재보호법상 원형보존의 원칙을 무형문화재에도 동일하게 적용할 경우 그 판단과 문화재 보호에 있어 적지 않은 문제가 발생한다.

20) 배영동, “중요무형문화재 지정시 전승자 선정기준과 조사방법의 개선방안”, 『중요무형문화재 효율적 관리방안 연구』, 한국정신문화연구원·문화재관리국, 1996, 191면; 이장열, 전거서, 151면 재인용.

21) 김창규, 『문화재보호법개론』 전문개정판, 동방문화사, 2008, 80면.

22) 일본의 무형민속문화재의 보호 법리에 관해서는 大島曉雄, 『無形民俗文化財の保護: 無形文化遺産保護條約にむけて』, 東京: 岩田書院, 平成19[2007], 31-45頁 참조.

우선 원형의 판정 문제가 제기된다. 일반적으로 문화재가 지정되는 시기에 원형 여부를 판정하게 될 것인데, 판정 시기 이전의 모습과 판정 당시의 모습이 달라질 수 있음에도 과거의 모습을 무시하게 되거나, 혹은 판정 시기에 따라 원형 자체가 달라진다는 모순이 발생한다. 지역의 특수성을 얼마나 반영할 것인지에 따라 원형이 매우 다양해질 수도 있고, 특정 지역의 것을 마치 전국적인 것처럼 왜곡할 수도 있다.

무형문화재가 일정한 공식적 기록이 없는 한 원형 판단의 기준이 모호하고 특히 일반 서민의 생활을 대변한 것이라면 더더욱 변화의 가능성이 큰 것임에도 불구하고 일정시기의 특정인의 행위를 원형으로 판단하여 유지시키는 것은 예술과 문화의 본질에 맞지 않다. 나아가 원형유지의 원칙이 강조된다면 문화재 지정 혹은 판정 이후 자칫 무형문화재의 현대화, 실용화를 막을 소지도 많다. 이 경우 무형문화재는 ‘화석화’ 또는 ‘박제화’ 될 수밖에 없게 되어 문화예술의 다양성, 창조성, 자생력과는 거리가 멀어진다. 전통문화의 계승 발전이 아니라 모방에 머물 수밖에 없게 된다.

이를 극복하기 위해서는 원형유지의 원칙을 과감하게 완화하고 무형문화재 지정 당시의 핵심 요소만을 판단하도록 해야 한다. 이를 위하여 국가는 원형에 해당하는 핵심 요소들을 제도적으로 기록하고 공개하여 계속해서 전문가들에 의해 연구 및 평가의 대상이 되도록 해야 한다. 기록화의 경우 최근의 과학기술 발전에 따라 기술적 방법을 동원하여 데이터화하고 활용할 수 있도록 해야 하고, 공개의 경우 자유롭게 학술 연구의 대상으로 삼을 수 있게 해야 한다.

결국 원형유지의 의미는 문화재보호법 제1조상의 문화재 보호의 목적의 틀 안에서 미래지향적으로 해석되어야 한다. 다시 말하면, 원형유지는 “문화재를 보존하여 민족문화를 계승하고, 이를 활용할 수 있도록 함으로써 국민의 문화적 향상을 도모함과 아울러 인류문화의 발전에 기여”하는 범위 내에서 탄력적으로 적용되어야 한다. 따라서 앞으로 원형유지의 원칙은 무형문화재의 경우에 있어 완화 내지는 전면적 재검토가 요청된다. 문화재보호법 시행규칙 제3조에서 규정하고 있는 중요무형문화재 보유자의 개념에 있어서도 원형보존의 의미는 재검토되어야 한다.

## 2. 중점보호주의

### (1) 의 미

문화재보호의 방법에는 ① 특히 중요하다고 인정되는 문화재를 선정, 지정, 등록 제도 등을 통하여 중점적으로 보호하는 ‘중점보호주의’와 ② 보호 대상이 되는 문화재 전부를 대장에 등재하고 그 중에서 파괴, 멸실 등의 위험이 큰 문화재를 중심으로 강력한 보호조치를 행하는 ‘대장주의’로 구분할 수 있다.

우리나라에서는 1962년 문화재보호법의 제정 당시부터 특히 가치가 높은 것을 중점적으로 보호하는 중점보호주의를 채택하고 있다. 중점보호주의에서는 한정된 재원과 인력으로 문화재를 효율적으로 보전하기 위하여 문화재 중에서 특히 중요하다고 인정되는 문화재를 선정하여 중점적으로 보호한다. 우리나라와 같이 정부가 직접 문화국가를 표방하고 민족문화를 보전하는 정책을 추진하는 경우 중요하고 핵심적인 문화재를 선별하여 보호하는데 효과적이라고 할 수 있다. 특히 국가적으로 중요하다고 보이는 무형문화재를 선정하여 집중 지원함으로써 국가적 자원을 효율적으로 사용하고 무형문화유산의 소멸을 막았다는 점에서 어느 정도 성과가 인정되기도 한다.

### (2) 문제점과 개선 방안

중점보호주의는 일정한 효용성에도 불구하고 다음과 같은 문제점도 존재한다. ① 첫째, 중점보호주의를 채택하는 이상 무형문화재로 지정되지 못하는 경우에는 보호의 방법이 없게 된다. 유형문화재의 경우 매장문화재로서 혹은 수출 금지 등에 의해 보호받지만 (문화재보호법 제101조, 제103조, 제104조 등), 무형문화재의 경우 법적 보호의 대상에서 제외된다.<sup>23)</sup> 이렇게 될 경우 지정을 받지 못한 무형문화재는 상대적으로 소멸하게 될 위기에 처하게 된다. ② 둘째, 문화의 다양성에 역행한다는 점이다.

---

23) 이장열, 전거서, 180면.

유사한 무형문화재가 지역별로 혹은 시기별로 다양하게 존재할 수 있음에도 특정된 무형문화재만 보전됨으로써 다른 무형문화재는 차별적으로 지원을 받지 못한다. ③ 셋째, 무형문화재로 지정된 경우 과잉보호를 받게 되는 경우도 있다. 즉 국가의 지원이 굳이 필요 없는 경우까지 계속 보호받게 되고, 보유자의 해제도 필요한 경우가 있음에도 해제는 쉽지 않아 중점주의가 자칫 종신주의가 되는 문제도 있다.

이러한 문제점을 해결하기 위한 법적 개선 방안으로는 다음과 같은 내용을 제안할 수 있다. 우선 중점보호주의를 완화하는 방안이다. 무형문화재의 지정 방식을 핵심 요소에 대해서 하거나 점 중심의 지정이 아니라면 중심의 지정을 하는 방식이다. 유형문화재나 혹은 고도보존, 민속마을의 지정과 같이 유형문화재에 있어서도 문화재의 성격과 맥락을 중요시하여 개별 종목보다 일련의 문화재를 함께 지정하는 방식이나 지역이나 공간 중심의 지정이 필요하다. 이렇게 한다면 유형별로 보다 폭넓고 예술적 다양성을 인정하는 지정을 할 수 있게 된다.

그리고 무형문화재로 지정되어 과잉보호를 받게되는 경우 종신주의를 피하고 해제 요건을 보다 확대하는 것도 하나의 방법일 것이다. 현행 문화재보호법상 무형문화재 보유자의 인정은 “1. 신체 또는 정신상의 장애 등으로 인하여 해당 중요무형문화재의 보유자로 적당하지 아니한 경우, 2. 전통문화의 공연·전시·심사 등과 관련하여 벌금 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정된 경우, 3. 국외로 이민을 가거나 외국 국적을 취득한 경우, 4. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우<sup>24)</sup>”로 한정하여 문화재위원회의 심의를 거쳐 해제가 가능하도록 하고(법 제13조 제2항), 중요무형문화재의 보유자 또는 명예보유자 중 개인이 사망한 경우에는 보유자 또는 명예보유자 인정이 해제되며, 중요무형문화재의 보유자 중 개인이 모두 사망한 경우에는 문화재위원회의 심의를 거쳐 그 중요무형문화재 지정을 해제할 수 있다(법 제13조 제3항). 그러나 이러한 내용을

24) 시행령 제3조의4에 의하면 그 사유는 다음과 같다. “1. 법 제13조제2항제2호에 따른 전통문화의 공연·전시·심사 외의 사유로 금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정된 경우 2. 법 제36조제2항에 따른 전수(傳授) 교육을 특별한 사유 없이 2년 동안 실시하지 아니한 경우 3. 법 제36조의2제1항에 따른 중요무형문화재의 기·예능 공개를 특별한 사유 없이 2년 동안 하지 아니한 경우”

개정하여 보유자 임기제 혹은 보유 자체는 인정하되 지원은 일정한 시간적 한계를 두는 방안이 필요하다고 본다.<sup>25)</sup>

### 3. 인적전승주의

#### (1) 의 미

우리나라 무형문화재 보호의 법체계에서 전술하였듯이 무형문화재 전승 체계는 “보유자-전수교육조교-이수자-전수생(또는 전수장학생)”으로 이어지는 일련의 인적 전승체계를 갖추고 있다. 이러한 전승체계는 전승단절의 위험이 있는 무형문화재의 경우 보유자 즉, 제1세대들을 중심으로 국가정책적 차원에서 보호가 필요했기 때문에 채택되었던 것이다. 그리고 보유자들로부터 교육을 받아야 하는 전수생들에게 일정한 지원을 하기 위해서도 필요했다.

그런데 이러한 인적전승주의는 다른 문화·예술과 달리 무형문화재가 제도화된 교육을 통해서 이루어지지 못하고 보유자들에 의해서만 교육이 이루어지기 때문이라는 특성에서 기인한 것이기도 하지만, 전수교육이 폐쇄적으로 운영되게 하고 대중화되거나 교육에 있어 제도화되지 못하게 하는 한계로 작용한다. 나아가 문제가 심각해지는 경우 보유자들이 권력화하는 행태도 보이고 있어 이에 대한 문제제기가 적지 않은 것이 현실이다.

#### (2) 문제점과 개선 방안

무형문화재의 전승체계는 전수교육의 전면적인 체제 개편이 없는 한 변경하기 어려운 것이 현실이다. 반면에 보유자의 권한 남용이나 권력화 현상도 부작용으로 나타나고 있다. 전수교육과 자격증 발급 등이 국가의 감독 없이 자율적으로 시행되어 보유자의 도덕적 해이를 야기하고 아울러 전수교육의 부실과 질적 저하를 가져오고 있다. 그 결과 전수교육의 부실과 질적 저하는 폐쇄적인 문화권력을 형성하게 하므로 전수교육의

---

25) 보유자 임기제 도입에 관한 주장은 이장열, 전게서, 203면 참조.

일정한 부분을 국가가 관여하도록 하여 전수교육의 질적 저하를 막는 방안이 모색되어야 한다. 즉 인적전승주의를 고수하는 경우에도 문화의 내용 자체에 대한 개입이 아니라면 국가의 감독이 어느 정도 필요하다. 국가가 전승지원금을 지급하는 경우 특히 교육 내용에 대한 보고 등 지원에 비례하는 감독은 유지되어야 한다.

나아가 장기적으로는 무형문화재의 전승체계가 인적전승주의에 의할 것이 아니라 학교 교육 체계 내로 편입되어야 한다. 현재의 보유자들이 교수나 교사의 자격이 없기 때문에 기존의 교육 관련 법체계와 상충될 수 있고 교육의 장소가 특정 장소로 국한되는 경우가 있지만, 전수교육기관으로 한국예술종합학교-전통예술원, 한국전통문화학교를 지정하여 보유자의 개인별 도제식 전수교육을 축소해 나가야 할 것이다. 아울러 전승이 보다 대중화되고 문화적으로 활용될 수 있도록 교육이 문화콘텐츠화되도록 해야 한다.

다만 이러한 경우에도 ‘사람’ 중심의 문화유산 보호를 부인하는 것은 아니다. 무형문화유산은 결국 사람에 의해서 시연되고 재생되는 것이기 때문에 사람에 의한 문화유산의 전승 자체를 부정하는 것이 아니다. 문제는 사람에 의한 문화의 전승을 강조하는 경우에도 전승의 체계가 제도가 아닌 사람에 의해서만 이루어진다면 전승체계에 왜곡이 있을 수 있다는 점을 유의해야 한다.

#### 4. 국가보호주의

##### (1) 의 미

서구의 문화유산 개념과 달리 동양, 특히 일본과 우리나라의 문화재 개념에는 무형문화재가 포함이 되고 시장 원리에만 맡기기 어려운 측면이 있다. 이에 따라 무형문화재를 국가가 직접 보호하는 것이 무형문화재보호 법제도의 특성 혹은 기본원칙을 이루어 왔다. 예술과 문화는 전통적으로 사회에서 자생적으로 창조되고 발전하는 것이지만, 우리나라는 개발도상국의 단계를 거치면서 불가피하게 국가가 개입하게 된 것이다.

이를 위하여 문화재보호법에서는 “국가는 전통문화의 계승과 발전을 위하여 중요무형문화재를 보호·육성하여야 한다.”라고 규정하여(제36조 제1항), 국가보호주의를 명시적으로 선언하고 있다. 같은 조 제2항은 “문화재청장은 중요무형문화재의 전승·보존을 위하여 당해 중요무형문화재의 보유자로 하여금 그 보유 기·예능의 전수교육을 실시하게 할 수 있다”고 하여 전수교육에 관한 규정을 두고 있으며, 제3항은 “국가 또는 지방자치단체는 예산의 범위 안에서 제2항의 규정에 의한 전수교육에 필요한 경비를 부담할 수 있으며, 전수교육을 목적으로 설립된 국·공유재산인 시설을 무상으로 사용하게 할 수 있다”고 하여 전수교육을 국가가 보유자에 대해 위임함에 따른 비용 지원에 대해 규정하고 있다.

## (2) 문제점과 개선 방안

국가보호주의는 나름대로의 성과에도 불구하고 중점보호주의, 인적전승주의와 결합하면서 몇 가지 문제점을 내포하게 되었다. 예컨대 국가가 과연 얼마나 공정하게 무형문화재를 선정하고 전승을 관리할 수 있는가의 문제, 오히려 문화적 다양성을 해치지 않는가 하는 문제, 보유자·보유단체의 이익단체화 문제를 야기하게 된 것이다. 이를 법제도적으로 해결하기 위해서는 다음과 같은 내용이 개선 방안으로 제시될 수 있다.

첫째, 공정성을 확보하기 위해서는 문화재위원회의 공정성을 제고할 필요가 있다. 그리고 주기적인 실태조사를 통해 문화재위원회의 판단에 세심한 판단 기준을 제공할 필요가 있다. 특히 실태조사는 법령에 명시적으로 규정할 필요가 있다. 둘째, 무형문화재의 창의성과 다양성 보장은 보장하되 전승 교육 부분에 대한 국가의 감독권은 유지해야 한다. 전수교육 자체는 자율에 맡기지만 이수증 부여와 전수교육조교 등의 선정은 국가가 개입하여야 한다.<sup>26)</sup> 셋째, 국민의 세금이 활용되는 만큼 국민이 무형

26) 현재 “중요무형문화재의 보유자 또는 보유단체가 전수교육 이수증 발급을 위한 기능 또는 예능 심사를 하는 경우에는 해당 중요무형문화재의 보유자 및 해당 중요무형문화재에 관한 학식과 경험이 풍부한 전문가 등 3명 이상이 심사에 참여하여야 하고, 해당 기능 또는 예능 심사평가 기록을 5년간 보존·관리”하도록 하는 것은 과거에 비하여 발전된 것이다(시행령 제24조 제2항 참조; 이 조항은 2005.7.27 당시 시행령 제18

문화재를 향유할 수 있도록 체험과 활용의 기회를 제공해야 한다. 국가보호주의는 무형문화재 그 자체나 보유자를 중심으로 할 것이 아니라 국가 문화유산 전체와의 조화를 고려하고 국민의 문화 향유를 증진시키는 방향으로 이해되어야 한다.

#### IV. 무형문화재 보호의 법적 과제

##### 1. 논의의 현황과 독자 입법의 필요성

현행 문화재보호법에서 무형문화재 부분에 일정한 개정이 필요하다고 하는 논의는 꾸준히 제기되어 왔다. 그 논의의 방향은 첫째 무형문화재 제도의 운영 현실에서 나타나는 부작용과 특히 전승제도와 일부 독점 문제 등을 해결하고자 하는 노력이 있었다. 둘째 전술한 세계무형문화유산 협약에 따라 세계적 수준에서 논의되는 기준으로 우리의 문화재보호법을 개정하고자 하는 노력이다.

우리의 문화재보호법은 제정 당시 유형문화재와 무형문화재를 함께 보전하는 체계를 취하고 있는데 산업화가 진행되던 시기에 나름대로 문화재 보전의 역할을 감당했지만, 최근에는 문화재보호법의 분법과 관련법률들의 제정이 진행되고 있다. 즉 2008년 11월 28일 정부에서는 문화재보호법 전부개정법률안(의안번호: 1802316)을 제출하면서 『문화수리 등에 관한 법률안』과 『매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률안』을 함께 제출하였다. 이 법률들은 문화재보호법을 입법목적에 따라 구분하여 분법화하고자 한 것이다. 그리고 문화재보호법과는 별도의 법률이지만 『해외 소재 우리 문화재의 환수 및 활용에 관한 법률안』(2008년 5월 30일, 양승조 의원 등 10인)이 제안되어 있다. 특히 최근에는 『문화재보호기금법안』(2008년 11월 11일, 박근혜 의원 등 22인)이 제정되기도 하였다.

---

조 제2항으로 신설되었다). 한편 전수교육 조교의 경우 문화재보호법 시행규칙 제33조 제4항 참조. “④문화재청장은 중요무형문화재의 전수교육 조교를 선정하려면 문화재위원회의 해당분야 분과위원회의 위원 또는 전문위원을 포함한 관계 전문가 2명 이상을 위촉하여 제1항에 따라 추천된 자의 기능 또는 예능을 심사하게 하여야 한다.”

그런데 무형문화재의 경우 개선 필요성은 꾸준히 제기되어 오고 있지만, 별도의 입법은 크게 논의되고 있지 않다. 다만, 일부 견해에서는 “동산문화재, 매장문화재 등 유형문화재는 원형을 그대로 보존하는 것이 중요한 것이나 무형문화재는 가변성이 생명이고 순수한 원형의 확인과 보존이 어려운 것이 현실이다. 현재와 같은 원형보존주의 문화재 정책은 사람을 매개로 하는 무형문화재 정책에는 맞지 않고 『문화재보호법』의 테두리 안에서는 이러한 원형보존주의의 폐해를 극복하기 어렵다. 무형문화재의 독자적인 특색을 살릴 수 있는 법률의 제정이 시급하다”고 주장한다.<sup>27)</sup>

그러나 이러한 제정론에도 불구하고 단순히 현행 문화재보호법상의 무형문화재 제도의 내용에 큰 변경 없이 단순히 분리 입법하는 것은 큰 의미가 없다고 본다. 현행의 시행령과 시행규칙 가운데 일부를 법률로 올리는 것이 의미가 없지는 않지만 무형문화재 제도의 운영 자체가 변하는 것은 아니다. 단지 무형문화재의 보전원칙에 있어 원형보존 외에 다른 상징적 원칙만 규정하는 것은 법률의 복잡화만 피하는 것 외에 아무 것도 아니기 때문이다. 원형보존 자체가 문제라면 현행 문화재보호법 상에서도 원형보존의 원칙을 유연하게 적용하는 것으로 충분하다. 따라서 무형문화재 제도에 관해 독자 입법을 하는 경우 무형문화재의 범위에서부터 현행 제도보다 보다 확대하고 앞서 논의된 구체적 논의가 반영된 것이어야 한다. 국가의 개입 범위와 지원이 문화정책의 자율성과 공공성의 차원에서 치밀하게 새롭게 디자인되어야 한다.

그렇다면 과연 독자적인 법률이 필요한지는 다음과 같은 논의를 기준으로 판단해야 할 것이다. 첫째, 무형문화재가 무형의 문화유산으로 보다 폭넓은 개념으로 확대되어 유형문화재와 보전 대상으로서의 성격이 차이가 있어야 한다. 둘째, 무형문화유산의 보호 원칙이 현행 문화재보호법과 성격이 다른 것이어야 한다. 셋째, 무형문화유산 위원회의 구성과 권한, 기능이 현재의 문화재위원회보다 객관성과 전문성이 담보되는 것이어야 한다.

---

27) 주성훈, 『‘무형문화재 보호법’의 제정방향』, 국회 법제실, 2006, 32면.

## 2. 입법론의 주요 내용

### (1) 용어상 관점의 전환

무형문화재인가? 무형문화유산인가? 우선 문화재와 문화유산의 개념 차이를 설명할 필요가 있다. 문화유산(文化遺産, cultural heritage)이 공동체의 참여를 전제한 총체적인 관점에서 바라보는 용어라면 문화재(文化財, cultural properties)는 국가가 개입하고 거기에 정통성을 부여하지만 보존 대상을 분리하는 파편적인 관점에서 바라보는 용어이다.<sup>28)</sup> 그런데 삶의 총체가 문화라는 점에서 하나의 보호 대상 혹은 객체로서 ‘재’로서 한정되는 것은 문화유산의 특정 일부가 박제화 혹은 골동화 되는 것에 다름 아니다. 비록 문화재를 보호하자는 취지이지만 문화‘재’가 되는 이상 일정한 재산 가치를 요구하게 되고 문화‘재’가 되기 위해 정당성을 획득하는 과정을 거치게 되는데, 그 정당성은 원형보존이나 중점보호의 대상은 될지언정 전통으로서 발전적으로 승계하기에는 문화유산의 관점에서 본다면 극히 일부에 불과하다. 따라서 문화재는 결국 국가개입에 따른 이득을 독점하려는 부작용이 발생할 수밖에 없게 된다.

이러한 관점에서 본다면 이제 문화정책에 있어서, 특히 무형문화재 정책에 있어서 무형문화유산으로 바라보는 시각을 도입해야 한다. 그래야만 새로운 입법으로서의 의미를 갖게 되고 정책의 부작용을 최소화하게 된다.

문화재의 개념에서 문화유산의 개념으로 전환할 경우 그 범위도 달라지게 된다. 예컨대 『문화체육관광부와 그 소속기관 직제 시행규칙』<sup>29)</sup> 문화예술국 국어민족문화과의 사무에는(제10조 제4항) “18. 한국학 및 전통 문화 관련 연구·보급, 19. 민족문화자원의 발굴·활용 및 창의적 계승에 관한 사항, 20. 전통문화의 육성과 관련한 계획 수립 및 조정에 관한 사항, 21. 전통문화자원의 생활화·산업화·세계화에 관한 사항, 22. 음식·주거·복식문화 등의 진흥에 관한 사항” 등을 포함하고 있다. 그런데 이

28) 전경수, “‘無形文化財’ 概念의 適合性과 ‘文化遺産’論의 검토: 인류학적 문화이론의 관점에서”, 『민속학연구』 제11호, 국립민속박물관, 2002. 12, 207-235면.

29) 문화체육관광부령 제32호, 2009. 5. 4, 일부개정.

러한 업무들은 일정한 법적 근거 없이 집행되고 있어<sup>30)</sup> 특히 제21호와 제22호에 관한 사항들은 무형문화유산으로 포함하여 함께 법적으로 규율할 필요가 있다.<sup>31)</sup>

아울러 점 중심의 문화재가 아니라 면 중심의 문화유산으로서 지정 범위를 확대해야 한다. 무형문화재 그 자체가 아니라 문화유산을 이루는 기술에 보다 초점을 맞추어야 한다. 문화재에서 문화유산으로 개념이 전환된다면 인적 전승체계도 학교 교육 제도로 전환이 쉽게 되고 공동체의 문화 참여도 수월하게 된다. 물론 문화유산의 지정 기준에는 민족정체성 및 고유성 등 민족사에서 차지하는 위치, 예술적 가치, 기술적 특성과 중요성이 적용될 것이다.

## (2) 무형문화유산 보호의 기본원칙

무형문화재 보호의 원칙이 되는 원형유지, 중점보호주의, 인적전승주의, 국가보호주의 등은 나름대로 의의가 있었지만 현재 많은 문제점을 노출하고 있어 재해석 내지는 수정이 불가피하다. 무형문화재 보호의 기본원칙을 “1. 민족정체성 함양, 2. 전통문화의 계승 및 발전, 3. 예술적 가치의 구현, 4. 지역적 특성의 반영”으로 제시하는 견해도 있지만,<sup>32)</sup> 지역적 특성의 반영 외에는 무형문화재에만 구별되는 원칙은 아니라고 할 것이다. 이 원칙들은 오히려 무형문화재 지정의 기준이 아닌가 한다.

무형문화유산 보호의 기본원칙은 전술한 『문화재보호법』상의 원형보존주의, 중점보호주의, 인적전승주의, 국가보호주의의 내용을 완화하고, UNESCO의 『무형 문화유산 보호를 위한 협약』의 내용으로 점진적으로 전환해야 한다. 이를 통해 원형유지에 있어서 보존과 활용의 조화가 이루어지고(‘보존과 활용’), 중점보호주의에 있어서는 지원 대상의 선정 기준을 탄력적으로 운영함으로써 전통의 중시 외에도 창조적 정신이 장려되

30) 한편, 한국어의 경우도 무형문화유산으로 볼 수 있는데 이에 관해서는 『국어기본법』이 제정되어 있다.

31) 같은 취지로 김용구, “한국무형문화유산정책 개편방향 연구”, 동국대 문화예술대학원 석사학위논문, 2006, 48면 참조.

32) 주성훈, 전계서, 36쪽.

며(‘전통과 창조’), 인적전승 측면에서의 계승이 중요시되더라도 학교 교육을 통한 제도화 등 여러 가지 발전 방안을 폭넓게 수용해야 하며(‘계승과 발전’), 국가개입주의가 지속되더라도 고유성과 다양성의 조화를 위한 세심한 배려가 뒤따라야 한다(‘고유성과 다양성’). 결국 무형문화유산 보호의 기본원칙은 종래의 원칙을 발전적으로 재구성하는 형태를 띠어야 할 것이다.

### (3) 무형문화유산위원회

현행 문화재보호법에서 문화재위원회의 설치 근거가 마련되어 있고, 문화재위원회에서는 중요무형문화재 보유자, 명예보유자 또는 보유단체의 인정과 그 해제의 권한이 있다(제4조 제1항). 이를 위해 문화재위원회는 80명 이내의 위원으로 구성되고 무형문화재분과위원회를 두고 있다. 이렇게 중요무형문화재 보유자의 인정에 문화재위원회가 큰 권한을 갖게 되지만, 무형문화재의 특성상 판정의 기준을 제시하는 것이 쉽지 않았다. 그러한 까닭으로 위원회의 결정에 공정성 시비가 끊이지 않았던 것도 사실이다.

이러한 점을 극복하기 위하여 무형문화유산위원회는 그 구성과 권한 행사에 공정성, 객관성, 전문성을 확보할 수 있는 범규정을 도입해야 할 것이다. 예컨대 위원회의 구성을 보다 다수로 하고 판정시마다 위원회를 풀제로 운영하는 것이 공정성(투명성)을 확보하는 하나의 방안이 될 것이다. 그리고 위원회를 예능분야와 기능분야로 분리하는 것이 전문성을 확보할 수 있는 대안이 될 것이다. 객관성을 확보하기 위하여서는 전문위원들의 참여를 보다 활발하게 하고 심사 기록의 공개와 지속적인 연구 자료로의 활용에 제공할 필요가 있을 것이다.

### (4) 무형문화유산 인정의 방식

무형문화유산의 인정에 있어 중점보호주의가 보다 완화되거나 전환될 필요가 있다. 중점보호주의는 결국 국가의 문화에 대한 과도한 개입과 정통성 부여로 인한 부작용을 항상 내포하고 있기 때문이다. 그리고 무형문

화유산이 자생적이면서 창조적으로 향유될 기회를 오히려 박탈할 염려도 있다.

이를 위하여 우선 무형문화유산 위원회를 중심으로 전반적인 실태조사를 통해 전체 문화유산의 목록을 작성할 필요가 있다(대장주의와 절충). 그리고 유사한 분야를 중심으로 문화유산의 구분 체계를 재검토하고 각각에 대해 인적 전승체계에서 기술 중심의 전승체계로 전환을 시도해야 한다. 이를 통해 현행 시행규칙 별표 1에서와 같이 지정의 종목을 단순히 나열함으로써 결국 지정권자의 주관이 과도하게 개입하게 할 것이 아니라, 세분화된 지정 기준을 마련해야 할 것이다. 이렇게 한다면 개인 단위가 아니라 단체 단위로의 지정이 보다 쉬울 것이다.

그리고 중요문화재와 시도지정문화재의 구분이 무형문화재의 경우 큰 의미를 갖지 못하거나 중복 등의 문제가 많기 때문에 전체 목록을 작성하되 지정과 지원의 체계를 분리할 필요가 있다. 지정과 별개로 지원의 체계는 사멸할 가능성이 많은 문화유산, 대중화의 필요성이 있는 문화유산, 자생력이 미약한 문화유산으로 집중해야 할 것이다.<sup>33)</sup> 그리고 대중화가 이미 되었거나 자생력이 충분한 경우 지정과는 별개로 지원을 중단함으로써 국가적 재원이 필요이상으로 특정 문화 영역에 투입되지 않도록 해야 한다. 이러한 것은 무형문화재 지정을 해제하는 방법으로도 가능하고 혹은 지정 제도와 지원 제도를 분리하는 방법으로도 가능하다.

#### (5) 지원 내용 및 교육 제도의 개선

무형문화유산의 중점보호주의를 단계적으로 완화한다면 국가의 개입방법과 지원 내용, 문화유산의 전승을 위한 교육방법도 법제도상 손질이 불가피하다. 문화의 특성상 국가 개입은 최소화해야 하고 자율성이 보다 강조되어야 하기 때문에 지원 내용과 교육에 있어 문화독점도 개선되어야 한다.

33) 임돈희·로저 L. 자넬리, “무형문화재의 전승실태와 개선방안”, 『비교민속학』 제28집, 비교민속학회, 2005. 2, 450면에서는 무형문화재 지정의 이원화를 주장하면서 UNESCO의 세계문화유산정책처럼 긴급히 사라져가는 위협에 처한 목록을 따라 작성하여 우선적으로 집중 지원하는 정책을 고려해야 할 것이라고 한다.

전술한 바와 같이 무형문화유산 관련자에 대한 지원정책을 다양화할 필요가 있다. 인적 전승체계에 따라 전수교육을 보유자에게 위임하고 그에 대한 보상으로 지원금을 일률적으로 주는 것은 국가지원을 가장한 행정편의주의에 불과하다. 무형문화유산의 유형에 따라 생계비가 필요한 경우가 있고 교육지원비가 필요한 경우도 있으며 문화콘텐츠화에 경비가 필요한 경우도 있을 것이다. 점 중심의 인적 경비뿐만 아니라 면 중심의 단체 혹은 지역 단위의 경비가 소요되는 곳도 있을 것이다. 이미 대중화되어 지원이 필요 없는 경우도 있을 것이고 소멸될 위험에 처해져서 특별한 지원이 필요한 경우도 있을 것이다. 따라서 지원 내용의 다양화와 탄력적 운영이 필요하다.

지원 내용과 교육에 관한 경비 부담은 국가와 지방자치단체, 보유자의 부담 부분과 비율을 법령의 단계에서 상세히 규정하는 것이 필요하다. 공연과 전시에 드는 비용, 구체적인 교육 내용에 따르는 비용 등 합리적 근거에 따라 차등지급하는 방안을 마련해야 한다.<sup>34)</sup>

#### (6) 무형문화유산의 기록 및 보급

아울러 현재 원형이라고 여겨지는 모습에 대해서는 문서와 영상, 그리고 현대기술을 적용한 디지털화 등 이에 대한 상세한 기록을 남기고 지속적인 전승과 평가가 가능하게 하고 전통으로서의 명맥을 유지하게 할 필요가 있다. 특히 최근의 기술 발전에 따른 다양한 영상 기록의 작성, 사이버뮤지엄의 구성 등은 법적으로 근거를 마련해야 한다.<sup>35)</sup> 여기에는 방송 등 미디어의 협력 체계를 구축하고 지원할 수 있는 법적 근거를 신설할 필요도 있다.

34) 이와 유사한 견해로는 주성훈, 전거서, 29면.

35) 기록은 보존, 전승, 교육, 향유, 활용 등 다양한 문제와 관련이 되므로 여러 가지 관점에서 검토가 필요하다. 예컨대 기록 매체의 특성에 의한 왜곡도 있을 수 있는데, 이에 관해서는 김주형, “디지털시대의 무형문화재 원형보존과 활용”, 『문화재학』 제5호, 한국전통문화학회, 2008, 436-450면에서 무형문화재 기록화사업 현황과 개선방안을 통해 ① 기록을 통한 무형문화재 보호에 있어 원형보존주의와 활용의 충돌, ② 무형문화재 기록에 있어 기록자의 주관개입 가능성을 지적하고 있다. 이 부분에 있어서는 기록을 위한 가이드라인이 필요할 것이다.

다만 여기에서도 원형보존과 관련한 일정한 한계가 있다. 무형문화유산이 기록되었을 때 현행의 법제도 하에서는 원형보존의 목적이 강하다. 그러나 무형문화유산의 유형에 따라서는(예: 살풀이춤) 원형의 의미가 무의미할 때가 있다. 살풀이춤의 경우 원형이 춤의 구성, 순서에만 한정되는 것인지, 혹은 표정이나 손동작에까지 미치는 것인지 문제가 될 것이다. 기술이나 디자인 같은 경우에도 어느 지역, 어느 시기의 것이 원형인지 판단 주체나, 판단 효과의 지속성이 여전히 문제로 남는다. 따라서 기록의 목적은 원형보존에 한정되어서는 안 된다.

#### (7) 사회구성원의 무형문화유산 향유

세계문화유산협약에서도 언급되었듯이 무형문화재에 대한 보호·보존에 있어서 그 직접적인 주체가 되는 공동체, 단체, 개인이 적극적이고 자발적인 참여를 유발하는 것이 중요하다. 이를 위해서는 주민들이 자연스럽게 참여를 할 수 있도록 제도적인 틀을 마련하는 것이 우선시되어야 할 것이고, 그 다음에는 홍보를 통한 주민들의 인식의 변화를 모색하며, 더불어 참여에 대한 인센티브를 주는 등의 방법을 생각해 볼 수 있다. 이를 통해 주민들의 자발적 참여를 유발시키고 무형문화유산의 지속적인 향유체계를 구축할 수 있을 것이다.

## V. 결 어

이상에서 현행 문화재보호법의 체계에서 무형문화재 보호제도의 내용을 살펴보고 세계문화유산협약과의 관계를 살펴보았다. 이러한 내용을 토대로 우리나라 무형문화재 보호의 기본원칙의 내용을 살펴보고 입법론을 검토하였다. 그 결과 기존의 논의에서 이루어졌던 문화재보호의 기본 원칙의 관철보다는 그러한 원칙이 무형문화재의 본질에 맞게 새롭게 정립되어야 함을 논증하고자 하였다. 나아가 기존 법체계의 간명화를 위한 법률 제정이 아니라 무형문화유산 정책의 전환을 위한 새로운 입법론을 제시하였다.

특히 원형보존이나 중점보호는 문화재보호법과 정책의 발전 단계에 비추어 보았을 때 어느 정도 성과를 나타냈지만, 앞으로 문화유산의 총체적 보전과 계승을 위해서는 새로운 내용으로 전환되거나 재정립되어야 할 원칙으로 보았다. 앞으로의 입법과제도 이러한 내용을 반영하는 것이어야 할 것이다.

무형문화재 혹은 무형문화유산은 살아있는 문화로서 과거, 현재, 미래의 끊임없는 대화의 공간이자 역사적 산물이다. 무형문화재를 하나의 점으로서 보는 시각은 법률에서부터 제거되어야 하며 문화를 총체적으로 바라보는 시각이 법률에 도입되어야 할 것이다. 국가의 역할도 마찬가지이다. 정부의 정통성을 문화에서 차용하려고 노력할 것이 아니라, 사회공동체 내에서 문화가 자율적으로 다양하면서도 창조적으로 생산될 수 있도록 그 기반을 조성하는데 보다 많은 노력과 제도적 뒷받침을 아끼지 말아야 할 것이다.

**주제어** 문화국가의 원리, 무형문화재, 중요무형문화재, 문화재보호법, 무형문화유산, 무형 문화유산 보호를 위한 협약

## 참 고 문 헌

- 김창규, 『문화재보호법개론』 전문개정판, 동방문화사, 2008.
- 박동석 엮음/정문교 감수, 『문화재보호법』, 민속원, 2005.
- 손봉숙, 『무형문화재 전승제도, 무엇을 남길 것인가』, 국회사무처, 2006.
- 이장열, 『한국 무형문화재 정책: 역사와 진로』, 관동출판, 2005.
- 주성훈, 『‘무형문화재 보호법’의 제정방향』, 국회 법제실, 2006.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2009.
- 허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 2008.
- 김미경, “중요무형문화재 보호 관련 법제 및 정책의 개선방안”, 고려대 행정대학원 석사학위논문, 200502
- 김용구, “한국무형문화유산정책 개편방향 연구”, 동국대 문화예술대학원 석사학위논문, 2006.
- 김주형, “디지털시대의 무형문화재 원형보존과 활용”, 『문화재학』 제5호, 한국전통문화학교, 2008
- 양미경, “세계무형유산협약 채택과 무형문화재보호제도의 개선”, 『문화재학』 제2호, 한국전통문화학교, 2005.
- 임돈희, “유네스코 세계무형문화 유산으로 지정된 한국, 중국, 일본, 인도의 무형문화재의 보존현황과 전승방안에 대한 비교 연구”, 『비교민속학』 제27집, 비교민속학회, 2004. 8.
- 임돈희·로저 L. 자넬리, “무형문화재의 전승실태와 개선방안”, 『비교민속학』 제28집, 비교민속학회, 2005. 2.
- 전경수, “‘無形文化財’ 概念의 適合性和 ‘文化遺産’論의 검토: 인류학적 문화이론의 관점에서”, 『민속학연구』 제11호, 국립민속박물관, 2002. 12.

정종섭, “국가의 문화유산보호의무와 고도의 보존”, 『(서울대학교) 법학』 제44권 제3호 통권 제128호, 서울대학교법학연구소, 2003. 9.

최종호, “무형문화유산의 보존과 활용을 위한 연구”, 『문화재학』 제2호, 한국전통문화학교, 2005.

鹿谷 勳・長谷川 嘉和・樋口 昭 編/植木 行宣 監修, 『民俗文化財: 保護行政の現場から』, 東京: 岩田書院, 平成19[2007].

大島曉雄, 『無形民俗文化財の保護: 無形文化遺産保護條約にむけて』, 東京: 岩田書院, 平成19[2007].

Cathryn A. Berryman, “Toward more universal protection of intangible cultural property”, *Journal of Intellectual Property Law*, N° 1, 1994.

Erin K. Slattery, “Preserving The United States' Intangible Cultural Heritage: An Evaluation of the 2003 UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage as a Means to Overcome the Problems Posed by Intellectual Property Law”, *DePaul Journal of Art & Entertainment Law*, Volume XVI Number 2, 2006.

## The Legal System for Intangible Cultural Heritage in Korea

Chong, Sang - Woo\*

The legal system for intangible cultural properties is the representative example of the intangible cultural heritage policy in Korea, that has performed an important role in preserving the traditional culture into modern era. The legal system for intangible cultural properties has gathered special attention internationally and has been received well. But the legal system for intangible cultural properties is fronted with many domestic problems and international changes of environment.

The aim of this paper is to analyze and improve our legal system for intangible cultural properties. The betterment of legal system for intangible cultural properties; First, we review the laws related to intangible cultural properties. Second, we propose some suggestions about the legal principles for intangible cultural properties. At last, we suggest a new law on intangible cultural heritage.

<p><b>Key Words</b>      the Principle of Cultural Nation, the Intangible Cultural Properties, the Important Intangible Cultural Properties, Cultural Properties Protection Law, the Intangible Cultural Heritage, Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage</p>
--

---

\* Associate Research Fellow, Korea Legislation Research Institute, Ph. D in Law