

문화복지의 법적 권리화에 대한 탐색적 연구

현택수

(고려대학교 대학원)

윤동은

(한신대학교 강사)

김광병

(전주대학교 강사)

[요약]

문화복지는 모든 국민의 삶의 질을 향상시키기 위하여 국가·지방자치단체 및 민간에 의해서 제공되고 보장되는 문화적 활동이다. 그리고 문화적 표현을 할 수 있는 권리, 문화적 활동에 접근할 수 있는 사회적 권리로서의 문화권은 문화복지 논의의 전제가 되는 기본 개념이다. 우리는 문화권에 대한 논의를 살펴보고, 구체적으로 우리나라 헌법, 문화관련 법령 및 사회복지법체계에 나타난 문화의 의미와 문화적 권리의 근거를 찾아보고 분석하였다.

기존 문화관련법령들은 기본적 권리로서의 접근이라기보다는 국가적 시책과 정권의 목적에서 입법 이루어져 왔고, 이에 대한 집행 또한 권리의 확보 내지는 실현이라는 시각보다는 단순한 국가 행정의 일부로서만 이해되어 시행되어 왔다. 한편 사회복지관련법에서 문화적 생활은 인간다운 생활을 의미하고, 인간으로서 최저 문화적 생활을 보장하는 수준이 사회복지 급여 및 서비스의 기준이 되고 있다. 이것이 문화에 대한 권리 수준을 의미하고, 장애인 등의 경우 구체적으로 문화 접근에 있어서 차별을 받지 아니할 권리로서 소위 문화권을 인정하고 있다.

그러나 대부분의 사회복지법의 한계점은 문화적 생활 보장을 위한 문화 권리에 대한 적극적이고 구체적인 법의 내용이 없다는 것이다. 헌법과 사회복지법상에서 문화복지는 문화적 권리의 범위와 수준에 대한 구체적인 내용이 명시되어야 할 것이다. 문화권이 법령상의 완전한 권리 주장이 가능한 완전한 문화권으로 발전하려면 대법원 판례에서 보듯이 문화관련 권리의 침해도 법률상의 침해로 이해하려는 노력이 법원에서도 있어야 할 것이다.

주제어: 문화복지, 문화권, 사회적

1. 들어가면서

대한민국 헌법 제11조에 따라 국민이 모든 영역에서 차별을 받지 않도록 우리나라 사회복지의 제도적·실천적 발전을 해왔다. 그리하여 우선적으로 경제영역과 사회영역의 차별 해소에 초점을 두어 국민생활의 균등한 향상을 꾀하여 왔다. 그런데 이런 사회적 노력 가운데 문화영역은 비교적 소홀히 다뤄졌다. 사회복지가 관심을 갖는 국민생활의 균등한 향상을 위해서는 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 각인의 기회를 균등하고, 능력을 최고도로 발휘하게 해야 하는 것이다. 따라서 문화의 영역이 국민생활의 균등한 발전에 포함되어야 하고, 이 영역은 사회복지가 실천하고 접근해야 할 필요가 있는 영역으로 부상되고 있다.

최근 들어 사회복지계에서 문화분야를 사회복지영역에 포함시키는 소위 문화복지에 대한 논의가 점차 다양하게 시도되고 있다. 이러한 고무적인 연구 상황 속에서 본 연구는 문화복지에 대한 또 하나의 접근을 시도하고자 한다. 그것은 문화복지에 대한 법적 접근이다. 이것은 문화복지의 실현을 위해서는 궁극적으로 법적 차원에서의 뒷받침이 필요하다는 생각에서 비롯되었다. 다시 말하자면 문화복지를 사회적으로 보장하기 위해서는 문화복지의 권리화를 법적으로 완성시켜야 한다는 것이다.

문화에 대한 법적 권리화를 위한 연구를 하기 위해서는 우선 문화적인 권리가 복지권 또는 사회권으로서 어떻게 인식되어 왔는지에 대한 논의를 검토해 보아야 한다. 그리고 문화적 권리를 그 어떤 추상적이고 막연한 권리가 아닌 실효성이 담보되는 법률상의 권리로 해석할 수 있는 근거를 주장해야 할 것이다. 이에 대한 작업으로서 기존의 문화관련 법령들을 살펴보고 그 한계점을 지적하고, 대법원의 법해석적 관점을 검토하고자 한다. 그러면서 문화복지가 법적인 보장을 받기 위해서는 법 해석학적인 전환이 필요함을 주장하면서, 본 연구가 향후 문화복지의 법제화 연구의 발판이 되고자 함에 본 연구의 목적이 있다.

2. 연구 영역과 이론 및 방법

문화복지에 대한 이론 및 방법론적 연구는 아직 초보적인 수준이라서 선행논문은 거의 없다. 특히 본 연구 주제와 관련해서 기존 연구논문은 거의 전무하다. 따라서 본 연구에서는 사회복지학에서 문화복지의 개념을 성립시킬 수 있는 근거를 제시하고자 한다. 또한 문헌연구를 통해 시민권론을 기초로 한 문화적 권리를 사회권으로 볼 수 있는 근거를 살펴보고, 기존의 문화관련 법의 문제점 및 사회복지법에 나타나는 문화복지의 대상과 영역을 정립하는 해석학적 방법을 사용할 것이다.

우리가 말하는 문화복지의 개념은 광의의 사회복지적 개념 속에서 성립할 수 있다. 자스트로우(Zastrow)는 오락 및 여가 욕구 충족까지 사회복지에 포함시키고, 하비(Harvey), 로이(Lowy)도 레크리에이션, 놀이 등 문화적인 것까지 사회복지 서비스 대상에 포함시켰다. 국내에서도 김영모는 마살이

말하는 복지권(사회권)의 의미를 확대하여 복지권으로서 ‘문화·휴양권’을 말하고 이는 건전한 노동력 공급과 지역·계층간 격차 해소를 위해 필요하다고 말했다(현택수, 2006).

문화복지는 위와 같이 광의적 사회복지 개념 하에 사회복지 영역에 포함시킬 수 있는 가능한 개념이다. 그리고 이러한 궁극적으로 문화복지는 문화가 심미적 수준에서 개인의 정신적, 창조적 생활을 가능하게 하여 매슬로우(Maslow)가 말하는 자아실현의 단계에 이르게 하는 복지를 의미한다고 볼 수 있다.

문화복지의 개념이 연구자들에 따라 다르고 명확하지는 않지만¹⁾, 본 연구에서는 위의 논의처럼 문화는 사회복지를 실현하기 위한 하나의 영역이라는 점을 인정하고, 문화복지는 모든 국민의 삶의 질을 향상시키기 위하여 국가·지방자치단체 및 민간에 의해서 제공되고 보장되는 문화적 지원활동이라고 정의를 내리고자 한다. 그리고 본 연구에서는 문화복지의 영역을 좀 더 넓게 본 현택수(2006)의 견해를 따라서 그 영역이 문화예술활동 및 관광, 스포츠 등 여가활동까지 포함하는 것으로 보고자 한다.

본 연구진은 문화복지가 사회구성원들의 문화적 욕구를 인정하고 이를 충족시키는 사회복지 정책과 서비스를 하는 것이라고 본다. 우리는 문화적 욕구 충족을 위한 권리를 하나의 사회적 권리로서 인정하고자 한다. 이러한 생각은 역사적으로도 세계 도처에서 여러 선언문, 권고안 등을 통해 표현되어 왔다. 우리는 인간이 문화 접근과 참여를 통한 행복한 문화생활을 누리며 자아실현을 하는 것을 하나의 기본권으로 인식한다. 인간으로서 인간다운 문화생활을 누릴 권리, 이 권리를 우리는 현대사회에 있어서 새로운 기본권으로서 문화적 권리 혹은 문화권으로 보고자 한다. 그리고 본 논문에서 우리가 주장하는 문화권의 정당성은 마샬의 시민권론에서 찾고자 한다. 마샬(Marshall, 1963)에 의하면 시민권 투쟁은 이제 더 이상 정치적, 경제적, 사회적 평등만을 위한 것이 아니라, 평등한 문화적 지위, 문화적 정체성을 요구하는 문화적 권리 확보의 투쟁으로 변화하였다(Bogang He, 2005: 153). 따라서 본 논문에서도 우리는 사회권으로서의 문화적 권리의 발달에 대해, 특히 한국법적인 측면에서 살펴보고자 한다.

이런 법적 연구의 방법에는 몇 가지 주된 방법론이 있다. 우선, 법률을 중심으로 하는 기존에 발표된 논문, 저서, 발표자료, 자료집 등 기타 각종의 문헌을 연구·검토하여 논리적 문제점을 찾아내고 현 시점에서의 개선방안을 도출해 내는 문헌연구방법이 있다. 그리고 현행 각종 법령들의 문구와 그 의미를 중심으로 어떠한 내용을 담고 있으며 그 해석에 있어 잘못 해석 또는 적용되는 법률의 유무, 법의 분류 그리고 더 나아가 바람직한 해석의 방향을 제시해 주는 법해석학적 방법이 있다. 또한 국

1) 문화복지의 개념은 학자마다 다르고 다양하다. 최옥채(2007)는 사회복지실천에서의 문화복지는 우리의 전통에 스며있는 정신을 지향하면서 사회복지실천 지식과 기술을 바탕으로 개인의 보람된 삶에 도움이 되도록 다양한 활동거리를 제공하는 프로그램이라고 정의하고 있다. 설연옥(2007: 9-10)은 저소득계층이나 사회적 소외계층을 대상으로 문화예술 서비스를 제공하는 것으로 이때 제공되는 문화예술 서비스는 문화예술 활동과 관련하여 문화예술 공연 관람 및 참여, 문화시설 이용, 문화예술 교육 등을 제공하는 것이라 지칭하고 있다. 현택수(2006: 106)는 국민의 미적 감수성과 문화적 창의력을 개발하여 문화소외계층과 일반 국민의 인간다운 문화생활을 보장하고 전체 국민의 문화생활의 수준을 제고시키려는 정부·민간의 활동이라 칭하면서 문화생활이란 문화예술활동 및 관광, 스포츠 등 여가활동까지 포함시키고 있다.

내 법률과 외국의 법률을 비교 분석하여 현재 우리가 가지고 있는 법의 위상과 문제점을 인식하는 비교법적 연구방법 등이 있다. 아울러 법의 최종 해석과 판단의 결정을 내리게 되는 법원의 판결, 즉 판례를 연구하는 판례연구법이 쓰인다. 판례의 경우는 영미의 법처럼 그 자체가 법적 구속력을 가지는 경우와 우리의 경우처럼 형식적으로는 구속력이 없으나 실질적으로 상위법원의 판결에 영향을 받는 판결로 대별해 볼 수 있고, 이에 따라 우리나라의 판례연구의 경향은 기존 법원의 판결을 현행 법령과 해석론에 입각하여 그 타당성과 의미 등을 해석하여 향후 판결의 방향성을 제시해 주는 수준이다.

우리는 이러한 여러 법학방법론 가운데 현행 문화관련 법령들에 대하여는 법적 연구의 가장 기초적 방법이라고 할 수 있는 법해석학을 중심으로 하여 관련 법률들의 기본적 의도와 전체적 체계에서 해당 법이 차지하고 있는 위치 그리고 내용상의 분류를 시도할 것이다. 기존의 문헌 및 법령 가운데 문화 또는 추상적이라 하더라도 문화를 일종의 법률상의 권리로 이해하려는 시도가 미비하였고 이에 대한 연구의 기초적 토대를 위해서는 현행 법령의 해석과 분류가 무엇보다 중요하기 때문이다. 이와 함께 관련 판례의 분석을 시도하는 판례연구 내지는 판례평석의 방법을 사용하고자 하며 이를 통하여 우리나라 법원이 어떠한 시각을 가지고 문화관련 법령을 대하고 있는지 파악하고자 한다. 판례연구 그 자체가 입법부나 사법부 등 국가기관을 구속하지는 않지만, 문화 내지는 문화권에 대한 법원의 의도와 인식을 현 시점에서 정확히 파악하고 이를 바탕으로 한 앞으로의 더 많은 연구를 위한 방향성을 제시해 주는 데에 중요한 의미가 있기 때문이다. 다만, 본 논문의 법적 연구에 대한 한계로서, 문화와 관련된 단행법률 하나하나의 문제점과 개선점도 논의가 되어야 하나 본 논문의 기본적 의도가 문화의 기본적 권리화에 초점을 두고 있으므로 이 부분은 후속연구로 넘기기로 한다.

3. 사회적 권리로서의 문화권

사회복지가 마샬(T. H. Marshall)의 시민권 논의에 따라 권리성으로 발달하게 되는 과정에서 개인의 자유와 정치적 권리가 선행되었던 사실을 감안하고, 역사적 순서에 의해서 상호 보완되어 사회복지가 권리로서 자리매김 되었듯이(김광병·이선정·이재호·권정호·권오용·신용규, 2006: 103) 정치·경제·사회영역을 거쳐 현재적 시점에서 사회복지가 문화영역에 관심을 가지는 것은 자연스러운 일일 것이다.

사회복지에서 문화영역을 대상으로 삼고 그 실천을 한다는 것은 사회복지의 권리성을 완성해 나간다는 점에서 커다란 의미가 있다고 본다. 이와 같이 문화영역에서도 각인이 기회를 균등히 하고 능력을 최고도로 발휘하게 한다면 국민생활의 균등한 향상을 기할 수 있다는 점에서 사회복지실천에서 문화영역은 커다란 의미가 있으며, 이런 점에서 사회복지에서 문화복지 영역은 권리로서의 문화권이 전제되어 있다.

문화권의 법적 권리화에 앞서, 문화권과 관련된 초기 개념적 내용은 인권보호 차원에서 각 국가 시민들의 문화적 권리를 인정하기 위하여 주로 각종 국제 선언문과 권고안 등에서 포괄적으로 다루고 있기 때문에 이를 언급하지 않을 수 없다. 왜냐하면 국제적으로 이뤄지는 국가 간의 의사표시는 그

명칭을 불문하고 국회의 승인으로 국내에서도 법률의 효력이 인정됨으로 문화복지의 법적 권리화 과정에서 중요한 의미를 갖기 때문이다.

1948년 처음 「세계인권선언」(제27조)은 문화적 권리의 중요성에 대해 처음 언급하였고, 1950년 유네스코의 첫 출판물 『자유와 문화』는 「세계인권선언」의 6가지 문화적 범위에 대한 내용을 수렴하였다²⁾. 이처럼 문화권은 주로 영역별 인권정책의 개발로 출발하여, 각 국민-국가의 문화정체성과 문화유산의 특성을 보존하기 위한 권리와 국가 내 소수민족이나 종족들의 언어와 관습, 문화유산을 보호하기 위한 실천적 수단으로 논의되었다.

이후 문화권의 개념에 대해서는 2004년도 국가인권위원회 연구용역보고서에서 사용된 정의가 있다. 이 보고서에 따르면, 문화권이란 용어는 '문화에 대한 권리'(Right to Culture)나 '문화적 권리'(Cultural Rights)로 구분되어 정의되고 있다. 전자의 경우는 문화 전체를 인권의 관점으로 바라본다는 점에서 포괄적인 정의라 할 수 있는 반면, 후자의 경우는 문화영역들에서 행사할 수 있는 구체적인 권리의 사례를 정의한 것이라고 볼 수 있다.³⁾

문화권에 대한 기존의 학자들의 정의를 살펴보면, 할리나 니크(Halina Níec)는 문화권은 인간의 보편적 가치를 담고 있는 권리이면서 인권의 구체적인 실천영역으로 보았고, 린델 프로트(Lyndel Prott)는 문화유산이나 구체적인 사람들의 문화정체성, 문화발전을 보존하는 데 사용되는 것만이 아니라 어떤 상황에서는 대중들의 권리로 정의하였으며, 로돌포 스타벤하겐(Rodolfo Stavenhagen)은 문화적 발전을 요구할 권리로써 집단성의 권리라고 정의하였다. 이에 대하여 엘리자베스 에버트(Elizabeth Evatt)는 집단성의 권리라기보다는 개인적인 권리라고도 보았고 앨리스 테이(Alice Tay)는 문화권은 보편성에 대한 욕망이라기보다는 다양성에 대한 욕망이라고 보기도 했다.⁴⁾

이렇듯 문화권은 문화를 정의하는 방식에 따라 다양하게 기술될 수 있지만, 대체로 인간의 삶의 감성적인 발전을 위해 추구될 수 있는 보편적 가치이자 특수한 가치에 대한 권리이다. 문화권은 인간 활동의 특별한 가치를 추구하기 위해 문화적으로 표현할 수 있는 권리, 접근하고, 참여할 수 있는 권리를 필연적으로 포함하게 된다. 즉 문화권은 문화적 활동을 하는 사람들의 다양한 가치와 양식들을 보호하고, 문화가 다양한 영역으로 발전하고 표현될 수 있도록 하는 권리를 의미하는 것이다.

한편, 윤찬영(2007)은 문화적 권리가 사회권에 해당한다고 본다. 그러면서 그 근거를 인권(human rights)에서 찾고 있다. 인권은 사람의 권리로서, 사람이 사람답게 살기 위해 요구되는 권리이자 인간답게 존재하기 위해 부여된 정당한 힘이다. 다시 말해서 인간이 인간답게 존재하기 위해서는 욕구를 충족해야 하는 것이다. 이러한 인권은 근대국가가 형성되면서 시민사회 공동체의 구성원으로서 공유

2) 이후에도 「교육의 차별에 대항하는 약정」(1960), 「국제 문화협력의 원칙에 대한 선언」(1966), 「문화적 삶에 많은 사람의 참여와 그에 대한 공헌에 대한 권고」(1976), 「문화정책에 관한 멕시코 시티 선언」(1982), 「전통문화와 민속 보호에 대한 권고」(1989), 「문화적 권리에 대한 초안 선언」(1997), 「발전을 위한 문화정책 국제회의」(1998), 「유네스코 문화다양성 선언」(2003) 등이 있다.

3) 국가인권위원회. 2004. 「문화권 NAP수립을 위한 기초현황 실태조사와 정책연계방안」, 용역연구보고서.

4) 비교문화연대·민족문학작가회의·한국민족예술인총연합. 2005. 「문화권 개념정립과 기본권으로서 문화권 보장의 필요성」. 토론회 자료집.

해야 할 권리로 인식되었고 결국 시민권의 개념으로 이어지게 되었다. 그리고 그 시민권 내용 중 사회권이 바로 문화적 권리와 관련되는 것이다. 사회권은 적정 수준의 경제적 복지 및 보장으로부터 사회적 유산을 충분히 공유하고 사회의 보편적 기준에 따라 문명화된 삶을 영위할 수 있는 권리에 이르기까지의 전범위의 권리를 의미하는 것으로서 인권의 내용이라 할 수 있는 경제적·사회적·문화적 권리가 바로 사회권이며 이러한 권리가 사회복지법으로 표현되고 있다. 사회복지의 이론과 실천이 인간의 욕구에 기초하는 것이기에 사회복지를 실천한다는 것은 인간의 욕구를 충족하는 것이며 이는 곧 인권을 실현하는 것이 된다(윤찬영, 2007: 275-283). 따라서 문화적 권리는 인권이자 사회권이며 경제적·사회적 권리와 더불어 인간의 욕구를 충족시키기 위해 필요한 권리로서 법체계에 볼 때에는 사회복지법체계 안에 포함되는 것으로 볼 수 있다.

4. 문화복지 관련 법령의 한계

우리나라 정부는 문화권과 관련한 선언이나 권고를 직접 한 적은 없지만, 헌법과 문화정책에 따른 문화관련 법령을 제정하여 국민의 문화권과 문화복지 향상을 위해 노력해 왔다고 볼 수 있다. 문화복지가 사회복지의 한 영역이 될 수 있는 근거이자, 문화권의 근거는 우선 우리나라 헌법에서 찾아 볼 수 있다. 헌법은 문화를 정치·경제·사회 영역과 마찬가지로 하나의 영역으로 설정하고 있다. 헌법 전문을 보면 “우리 대한민국민은 …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 명시되어 있다.

헌법에 따른 국민 문화 복지 향상의 의무를 가지고 문화정책을 수립하는 부서는 문화관련 부서이고, 2007년 10월 10일 기준으로 문화관광부가 소관하고 있는 관련 법령은 총 39개였다.⁵⁾ 그리고 교육부, 근로부, 보건복지부, 행정자치부에서는 더 많은 법령을 가지고 있었다. 보건복지부는 72개, 행정자치부는 무려 189개였다. 경제 규모의 팽창, 국가 사회의 발전에 따라 문화 인식도 높아갈수록 문화관련 법령에 포섭되는 범위도 커지고 종류도 다양해 진 것이다. 이러한 법령들은, 예를 들어 「문화산업진흥법」, 「문화예술교육 지원법」의 제정 목적을 보더라도, “국민의 문화적 삶의 질 향상”과 “국가의 문화역량 강화에 이바지함”을 그 목적으로 하고 있다. 실제로 문화정책과 문화관련 법령은 국민의 문

5) 문화부서에 국한하여 시대별 대표적인 문화관련 법령들을 살펴보면, 1950년대에는 「저작권법령」(1952)과 「문화보호법」(1952)이 제정되어, 문화예술의 자유를 보장하고 예술가의 지위 향상으로 민족문화의 발전에 기여하였다. 70년대의 「문화예술진흥법」, 「문화재관리법」 등은 전통문화, 민족문화의 활성화를 목적으로 하였고, 80년대의 법령들은 민족문화의 재창조와 균등한 문화 분배에 역점을 두었다. 90년대에는 「박물관 및 미술관 진흥법」과 「문화산업진흥기본법」 등이 제정되었고, 「문화발전 10개년 계획」, 이란 문화정책 아래 한국문화를 국제적 수준으로 제고하는 노력이 있었다. 그리고 2000년대에는 「게임산업진흥법」, 「음악산업진흥법」 등이 다양한 분야의 법령들로 문화산업을 지원하고, 문화인프라 구축을 통한 문화향유의 지역균등화에 치중하였다. 이들 문화관련법령에서는 문화는 정신적 가치체계나 생활양식이라기보다 예술, 문화재 등의 구체적인 창조적 작품이나 활동으로 여겨지고 있다.

화복지 향상에 상당히 기여해 왔다.

그러나 문화정책에 따라 제정된 일련의 법령에서 나타나는 문화권에는 근본적인 한계점이 있다. 법률의 제명에 '진흥법' 또는 이와 유사한 성격 내지 내용을 갖고 있는 기본법·조성법·육성법·촉진법 등의 용어 사용에는 어떠한 법률상의 기준이 있는 것이 아니다. 그리고 이들 법령 간의 차이를 명확하고 합리적으로 설명하는 것은 매우 곤란한 일이다. 그런데 문제는 이러한 명칭을 사용한 법률의 경우 자칫 법률이 단순한 입안자 및 입법자의 법적 의지나 또는 법이 추구해야 할 최종적인 목적 정도만을 나타내어 그 문화권을 보장하는 법의 실효성에 있어서는 어느 정도까지 강제성을 부여할 수 있을 것인가가 모호해진다는데 있다. 이는 복지의 법적 권리성을 논할 때 자주 언급되는 단순한 입법의 방향만을 제시해 줄 뿐이라는 프로그램 규정설의 근거가 될 여지가 다분한데 결코 바람직하다고 할 수 없다. 법 형식면에서도 단순한 목표나 입법자의 의지 정도로만 법이 기능한다면 그만큼 그 법의 실효성과 강제성을 떨어뜨리게 때문이다. 이에 따라 문화관련 법에 나타나는 문화권의 실질적인 보장을 위한 일정한 법 형식상의 규제나 기준을 제시하여야 할 것이며, 이에 대한 위반이 곧 법 위반이 되도록 하게 하여 법의 실효성 확보에 주력해야 할 것이다.

문화와 관련된 정책은 경제정책이나 공공정책 등의 추진과 관련하여 그 중요성이 특히 주목되고 있다. 그러나 도시개발이나 산업 또는 행정에 있어서 재정상의 우선순위를 포함하여 그 역할은 여전히 부수적이고 차선적인 경향을 띄고 있는 것처럼 보인다. 특히 문화관련 법령은 각종의 특별법 내지 특별법의 제정이 빈번하며 또한 그 제정에 있어서도 법체계의 최상위 규범인 헌법에 위배되어서는 아니 됨에도 불구하고 단순한 필요에 의한 근시안적인 제정으로 인하여 다수의 위헌판결⁶⁾을 받고 있는 실정이다.

아울러 법률의 지나친 세분화는 그 자체로 인하여 과도한 인력과 행정력의 낭비가 될 수 있으며 이를 담당할 전문 인력과 시설이 부재한 경우에는 사문화되는 결과가 초래되고 더 나아가 타 법 및 상위 법령과의 논리적 관련성을 복잡하게 하는 등의 단점을 피할 수 없을 것이다.

담당 국가기관의 재량권 문제도 간과할 수 없다. 일반적으로 국가 정책과 법률 제정 및 개정 그리고 그 시행은 대부분 입법부와 행정부 그리고 사법부로 대표되는 국가기관에 의하여 이뤄진다. 그런데 문제는 문화와 관련된 행정력 내지 계획과 입법이 다른 시책에 비하여 매우 유동적이며 우선순위에서도 밀린다는 것이다. 또한 사법부의 판단은 이러한 국가기관의 행위에 대한 최종적 의견이라는 점에서 그 의미가 적지 않은데, 재량권의 행사로 인한 직접적인 문화권의 침해와 관련된 판례는 아직 없다.⁷⁾ 따라서 법률상의 권리로 인정받고 있는 수급권과 관련한 법원의 판례를 살펴보고자 한다. 우리나라의 법원은 연금수급권, 명예퇴직수당지급액의 산정기간 등과 관련된 판결에서 이러한 수급권의 법적 성격을 국가의 재량권과 관련하여 다음과 같이 적시하고 있다. 즉, 헌법재판소는 99년 결정⁸⁾에서, "...연금제도는 -중략- 기본적으로는 사회보장적 급여로서의 성격을 가진다. 따라서 입법자는 연금수급권의 구체적 내용, 즉 그 시행시기를 언제부터로 할 것인지, 지급대상을 어떤 범위로 한정할 것이

6) 헌법재판소 1995. 11. 30. 94헌가2; 1996. 1. 25. 95헌가5 등 참조.

7) 이는 문화권이 법률상의 권리로 인정받고 못하고 있기 때문이기도 하다.

8) 헌법재판소 1999.09.16, 97헌바28.

며 지급액은 어느 정도로 할 것인지, 급여액 산정의 기초가 되는 재직기간은 얼마로 할 것이며 재직기간의 계산은 어떤 방법으로 할 것인지 등을 법률로 형성함에 있어 광범위한 형성의 자유를 가진다...”고 하고 있어 복지수급권과 관련한 권리의 구체화를 입법부의 재량의 몫으로 남겨두고 있고 이러한 재량권의 행사여부만을 판단 근거로 하고 있다.⁹⁾ 다시 말해, 입법권이 행사한 재량권의 남용여부나 일탈의 부분에 대하여는 언급하고 있지 않고 있으며 그 기준도 제시하고 있지 않다.¹⁰⁾ 또한 서울고등법원의 2004년 판결¹¹⁾도 같은 취지의 논지를 제시하고 있다. 결국 입법권의 재량행위에 의해 수급권으로 구체화되는 복지권의 내용과 범위가 정해지게 되는 것이고, 이는 곧 입법재량의 행사에 의해 제대로 된 사회권의 실현을 보기도 전에 불합리한 한계를 정당화시키고 있는지 되짚어 볼 필요가 있는 것이다.

이와 아울러 문화관련 정책의 입법과 시행은 정권에 따라 그 중요도와 추진 일정 그리고 국가적 지원의 정도가 상이하다는 데에 문제가 있다. 이는 시행의 말단에 있는 일선 행정기관과 공무원의 경우에 더욱 문제가 될 수 있는데, 문화영역을 담당하는 국가기관과 그 해당 공무원이 법률에 기초한 재량권을 행사하지 않거나 일탈 또는 남용한 경우 이를 다른 일반적인 공무원의 재량권의 경우와 동일하게 처리할 것인가, 아니면 문화권을 기본권의 일부로 인정하여 기본권의 침해행위로 보아 처리할 것인가에 대하여 아무런 논의와 연구가 없다.¹²⁾ 이는 향후 연구되어야 할 부분이다.

이상을 간략하게 정리하면, 현행 우리나라 문화관련 법령은 문화권과 관련된 국민의 문화 복지 증진에 기여해왔다. 하지만 헌법에서 출발한 인간의 기본적 권리라는 측면에서의 근본적인 접근이라기 보다는 국가적 시책과 정권의 목적 그리고 대외 전시적 효과를 감안한 형태의 입법이 이루어져왔고, 이에 대한 집행 또한 권리의 확보 내지는 실현이라는 시각보다는 단순한 국가 행정의 일부로서만 이해되어 시행되어 왔다는 것이 그 한계점이라고 할 수 있다.

5. 사회복지법상에 나타난 문화복지의 의미

레이먼드 윌리엄스에 따르면, 문화란 구체적인 문화예술적 텍스트나 활동일 수 있고, 미학적, 정신적 가치의 체계를 의미하거나, 특정 그룹의 생활양식을 의미하기도 한다. 이렇게 다양한 문화의 개념 가운데 우리는 문화의 개념에 미학적인 문화예술활동 및 관광, 스포츠 등 여가활동까지 포함시킨다 (현택수, 2006: 106). 문화복지란 이런 영역의 활동을 사회적으로 보장하는 방향으로 나가야 하며, 이

9) 같은 취지의 판결로는 헌재 1994. 6. 30. 92헌가9 ; 1995. 7. 21. 94헌바27 등이 있다.

10) 다만, 헌법재판소는 “국가가 입법을 통하여 사회보장의 증진에 기여한다 하더라도 수혜의 정도에 따라 효과에 차이가 생길 수 있고 나아가 평등의 원칙에 반하는 결과에 이를 수 있으므로, 이러한 측면에서 입법자의 형성의 자유도 제한을 받을 수 있다”고 하여 재량권의 한계를 제시하고 있다.

11) 서울고등법원 2004.11.26. 선고 2003누17162 판결 【명예퇴직수당지급대상자제외처분취소】.

12) 일선 공무원의 재량행위 행사의 형태와 행위를 분석한 논문으로는 김순양, 2002. “일선 복지행정 전문 관료의 재량행위 분석 -기초생활보장 수급자 선정과정을 중심으로-”. 『한국행정정보』 36(2). 참조.

에 관한 권리화에 앞서, 사회복지법상에 그 의미와 영역이 좀 더 구체화되어야 할 것이다.

먼저 문화가 사회복지관련법상 어디에 어떻게 나타나 있고 그 의미는 무엇인지 비교 검토해 볼 필요가 있다. 그런 다음에 문화권 등 문화복지와 관련된 내용에 주목하여, 문화권과 문화복지 영역의 확립을 위해서 법적인 한계와 발전방향은 무엇인지 논하기로 한다. 이 논의를 위해 우리는 기존의 사회복지관련법을 검토하여 문화의 의미를 아래와 같이 정리할 수 있었다.

사회복지법상 나타나는 문화의 의미는 관련 사회복지법마다 그 개념의 범위가 조금씩 다르게 나타난다. 즉 아래와 같이 문화는 전통문화, 생활문화, 가족문화, 사회공동체문화 식으로 표현되거나, 구체적인 문화적 실천을 의미하는 예술활동, 여가활동, 체육활동 및 문화시설이용의 의미로 사용된다.

먼저 「노인복지법」 제24조를 보면 노인의 지역봉사지도원의 업무로서 “충효사상, 전통의례 등 전통문화의 전수교육”, “문화재의 보호 및 안내” 등을 제시하고 있다. 이는 전통문화의 보호내지 전수란 문화적 활동을 의미한다. 건강가정기본법 제15조 2항 2호에는 “사회통합과 문화계승을 위한 가족공동체문화의 조성”, 제28조 1항 “생활문화를 고취”, 2항 생활문화에 포함되는 “양성평등 가족문화, 가족단위 자원봉사활동, 건강한 의식주 생활문화, 합리적인 소비문화, 지역사회 공동체문화”, 제35조 1항 “가족문화운동의 전개” 등이 강조되고 있다.

「식품기부 활성화에 관한 법률」 제1조에서도 “식품기부를 활성화하고 기부된 식품을 생활이 어려운 자에게 지원함으로써 사회복지의 증진 및 사회공동체문화의 확산에 이바지함을 목적으로 한다”고 명시하고 있다.

위 사회복지 관련법에서 문화는 문화재 및 전통문화 이외에 가족문화, 생활문화, 사회공동체 문화 등 가치와 규범의 체계로서의 문화를 의미하고 있다.

한편, 「농어촌주민의 보건복지증진을 위한 특별법」 제24조 “노인에 대하여 주거·건강증진·여가·문화 등 다양한 복지서비스를 무료 또는 실비로 지원하기 위하여 노인복지시설을 종합적으로 배치한 복합노인복지시설을 설치·운영할 수 있다”는 규정에서 문화는, 여가와 구분시키고 있기 때문에 예술 활동 및 문화시설이용으로 볼 수 있다. 「장애인복지법」 제28조에서 “장애인의 문화생활과 체육활동을 늘리기 위하여 관련 시설 및 설비, 그 밖의 환경을 정비하고 문화생활과 체육활동 등을 지원하도록 노력하여야 한다”는 규정으로 볼 때 문화생활은 예술 활동 및 여가활동 그리고 문화시설이용을 의미한다”고 볼 수 있다. 그리고 「건강가정기본법」 제23조 2항 “문화, 체육…등 각 분야의 제도·정책 및 사업을 수립·추진함에 있어 가족을 우대하는 방안을 강구하여야 한다”고 명시하고 있는데, 여기에서의 문화는 예술 활동, 여가활동에도 포함될 수 있는 것이다. 또한 「건강가정기본법」 제28조 2항 생활문화에 포함되는 “가족여가문화”는 문화적 활동에서 여가활동에 포함되고 있다. 「자원봉사활동기본법」 제7조에서 자원봉사활동의 범위로 “문화·관광·예술 및 체육진흥에 관한 활동”으로 명시하고 있다. 여기에서는 문화, 예술, 체육을 구분하고 있지만 모두 여가활동에 포함시킬 수 있다.

「아동복지법」 제17조 2항에 보면 “아동이 이용할 수 있는 문화·오락시설·교통 기타 서비스시설 등”으로 명시하고 있다. 여기에서는 문화적 활동 중 문화시설이용과 관련된 것으로 볼 수 있다. 「장애인복지법」 제28조에 보면 “장애인의 문화생활과 체육활동을 늘리기 위하여 관련 시설 및 설비, 그 밖의 환경을 정비하고 문화생활과 체육활동 등을 지원하도록 노력하여야 한다.”고 명시하고 있다. 이것

은 문화적 활동으로 예술활동, 여가활동, 문화시설이용을 포함하는 것이라 볼 수 있다. 「노인복지법」 제36조에서는 노인여가복지시설을 제시하고 있는데, “노인복지관, 경로당, 노인교실, 노인휴양소”를 들고 있다. 이는 어르신들이 이용할 수 있는 문화적 활동 중 문화시설이용에 해당된다. 앞서 살펴보았듯이 「농어촌주민의 보건복지증진을 위한 특별법」 제24조 “노인에 대하여 주거·건강증진·여가·문화 등 다양한 복지서비스를 무료 또는 실비로 지원하기 위하여 노인복지시설을 종합적으로 배치한 복합노인복지시설을 설치·운영할 수 있다”고 명시하고 있는데, 이는 문화를 건강, 여가와 구분하고 있으므로 예술활동, 문화시설이용으로 볼 수 있다.

이상과 같이 여러 사회복지 관련법에서는 문화를 언급하면서도 문화를 예술활동, 여가, 체육활동으로 각각 분리하여 사용하고 있다. 그러나 문화복지라는 새로운 개념 하에서는 이 활동들을 모두 포함한 활동을 의미하고, 이러한 활동을 보장하는 권리가 문화권인 것이다.

한편, 법문상의 문화를 전통문화, 생활문화, 가족문화, 사회공동체문화 식으로 다양하게 표현하여 문화에 정신적 규범 및 가치 체계와 생활영역을 포함시킨 것은 각 단행 법률이 입법할 당시에 문화의 의미를 숙고하지 못하고 해당 법이 목적하는 바를 이루기 위한 선언적이고도 추상적인 의미의 사용을 극복하지 못한 입법이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 문화복지의 권리화를 위하여는, 이렇듯 산재해 있는 법령상의 문화에 대한 의미의 통합과 규범화가 반드시 필요하다는 점이다.

이런 관점 하에서 보면, 문화복지라는 새로운 개념 하에서 이러한 문화영역들을 포함하여 이 영역 내의 문화적 실천 활동을 보장하는 권리를 문화권이라고 보아야 이에 대한 법제화 논의가 진전될 수 있을 것이다.

6. 사회복지법 체계상에 나타난 문화권

그러면 우리나라 사회복지법상에는 문화권이라 할 수 있는 기본권이 표현되어 있는가? 우리는 먼저 헌법에서 그 근거를 살펴보고자 한다. 우리나라 헌법 전문에 보면 “우리 대한민국민은…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 명시하고 있다. 또한 헌법 제11조를 보면 “...누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 명시되어 있어, 문화적으로도 차별받지 아니할 권리를 폭넓게 인정하고 있다.

복지국가적 이념과 관련이 있는 것은 바로 “각인의 기회 균등”, “국민생활의 균등한 향상”, “차별을 받지 아니한다” 등이며 이러한 내용들은 사회복지의 이념과 가치, 사상, 실천 등에서 광범위하게 적용되고 있으며 특히 사회복지법의 수직적 체계상에서 볼 때 그 출발점이 되는 내용들이다(윤찬영, 2007: 143-144).

헌법에 이어서 우리는 사회복지법에서 문화권을 기본권으로 볼 수 있는 근거를 찾아보고자 한다.

그리하여 사회복지법의 내용을 비교 검토해 보면서 크게 두 가지로 나눠 정리해 볼 수 있다. 즉 사회복지법에서는 사회복지급여 및 서비스의 기준으로서, 그리고 문화적 활동에 대한 권리 및 차별금지로서 문화권을 함축하고 있음을 알 수 있다.

1) 사회복지급여 및 서비스의 기준으로서 문화복지

사회복지법에 나타난 문화복지의 접근 유형은 사회복지급여 및 서비스의 기준으로 제시되고 있다. 사회복지와 관련하여 기본법으로 역할을 하는 「사회보장기본법」 제10조에 보면 “국가는 모든 국민이 건강하고 문화적인 생활을 유지할 수 있도록 사회보장급여수준의 향상에 노력”하도록 명시하고 있다. 또한 「사회보장기본법」 제3조 1호에 보면 “사회보장은 사회보험·공공부조·사회복지서비스 및 관련 복지제도”라고 명시하고 있기 때문에 이 네 영역 즉 사회복지영역에서 제공되는 어떠한 급여 및 서비스라도 그 수준은 문화적인 생활을 유지할 수 있는 수준이어야 하는 것이다. 사회복지가 권리라 할 때는 사회복지 수급권과 관련되어 있기 때문에 문화복지야말로 사회복지의 권리성을 확보해 나가는 방법이자 기준이 되는 것이다.

「한부모가족지원법」 제1조에서도 “한부모가족이 건강하고 문화적인 생활을 영위할 수 있도록 함으로써 한부모가족의 생활 안정과 복지 증진에 이바지함을 목적으로 한다”고 명시하고 있다. 이 법에서도 생활 안정과 복지 증진이 되는 전제 조건이 바로 문화적인 생활을 영위하는 것이라고 보여주고 있다.

「국민기초생활 보장법」 제4조에서도 “급여는 건강하고 문화적인 최저생활을 유지할 수 있는 것이어야 한다”고 규정하고 있다. 국민기초생활 보장제도는 공공부조체도로써 “수급자가 자신의 생활의 유지·향상을 위하여 그 소득·재산·근로 능력 등을 활용하여 최대한 노력하는 것을 전제로 이를 보충·발전시키는 것을 기본원칙으로 하고 부양의무자의 부양과 다른 법령에 의한 보호는 이 법에 의한 급여에 우선하여 행하여지는 것”(법 3조)이다. 이러한 방법들을 동원해서도 그 경제적 수준이 최저생활이하일 경우에는 국가가 직접 급여를 제공한다. 그리고 국가가 보장하는 수준이 바로 문화적인 최저생활을 유지할 수 있는 수준이어야 하는 것이다.

이상과 같이 「사회보장기본법」, 「한부모가족지원법」, 「국민기초생활 보장법」을 통하여 알 수 있듯이 문화복지와 관련해서 국가가 사회복지의 급여 및 서비스 제공에 있어서 그 수준이 문화적인 생활을 유지할 수 있도록 해야 하며 「국민기초생활 보장법」에 따라 문화적인 생활을 유지하는 것이 곧 최저생활을 보장하는 것이다. 이는 곧 「헌법」 제34조의 인간다운 생활을 보장하는 것이라 볼 수 있다.

2) 문화적 활동에 대한 권리 및 차별금지로서 문화복지

「장애인복지법」 제4조 2항에 보면 “장애인은 국가·사회의 구성원으로서 정치·경제·사회·문화, 그 밖의 모든 분야의 활동에 참여할 권리를 가진다”로 명시함으로써 문화적 활동 보장을 권리로 보고

있다. 또한 제8조에 보면 “누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니하고, 차별하여서도 아니 된다”고 명시함으로써 문화적 활동에 있어서 차별금지를 보여주고 있다.

이상과 같이 사회복지법에 나타난 문화복지는 사회복지급여 및 서비스의 기준이 되는 동시에, 문화적 활동에 있어서 차별을 받지 않는 권리라고 볼 수 있다.

하지만 문제점은 문화적 생활의 개념과 범위도 모호하고 문화적 생활 보장을 위한 문화 권리에 대한 적극적이고 구체적인 법 내용이 없다는 것이다. 사회복지법상에서 문화복지는 문화적 권리의 범위와 수준에 대한 구체적인 내용도 법령상 명시되어야 할 것이다. 그리하여 문화적으로 차별을 했을 경우 어떠한 제재를 받는지 등 법의 실효적 집행을 위해 구체적인 내용의 법 제정이 필요한 것이다.

7. 법적 권리로서의 문화권의 한계

문화권이 법적 권리로서 실효성을 담보한다는 의미와 그 담보하기 위한 조건은 무엇인가? 우리는 이 점에 대하여 아래의 예처럼 권리침해의 최후 보루라고 할 수 있는 법 집행기관인 대법원의 판례를 검토하여 그 대답을 찾고자 한다.

일반적으로 권리라고 하면 그 사회적·법률적 의미나 근거를 따지지 않고 막연히 나에게 무슨 힘이 있는 또는 무엇을 할 수 있는 지위나 자격이 있는 것으로 생각하며 이를 일상적으로 쓰고 있다. 그러나 권리는 사회의 변화와 구성원의 합의에 따라 확장 또는 축소되고 있는 유동적인 개념이다. 굳이 법률상의 권리를 논하지 않더라도, 지금 우리가 당연하게 받아들이고 있는 헌법상의 각종 기본권들이 어떠한 과정과 희생으로 지금의 위치를 차지하였는가를 생각해 본다면 어렵지 않게 권리의 성격을 이해할 수 있을 것이다. 예를 들어, 일조권의 경우, 이를 일종의 권리로서 이해하고 있는 사람들이 있다. 인간으로서 해를 보고 밝은 곳에서 생활하는 것은 기본적 권리이며 이를 침해할 경우 권리의 침해로 보는 것이다. 그러나 우리나라 법률상으로는 일조권에 대하여 규정한 바가 없다. 다시 말해 기존 재산권 행사에 대한 대법원의 해석 및 판단을 통하여 보호되는 권리인 것이다.¹³⁾

이러한 판례의 경향을 보면, 일조권은 법률상의 권리는 아니나 헌법상 환경권의 일환으로서 일정한 조건하에 그 보호를 하고 있음에는 틀림이 없는 듯하다. 그러나 이러한 일조권과 밀접한 관련을 맺고 있는 조망권¹⁴⁾의 경우는 그 보호의 수준이 다르다. 대법원은 주변경관을 볼 수 있는 조망권을 일조권

13) 대법원은 “...건물의 신축으로 인하여 그 이웃 토지상의 거주자가 직사광선이 차단되는 불이익을 받은 경우에 그 신축행위가 정당한 권리행사로서의 범위를 벗어나 사법상 위법한 가해행위로 평가 되기 위해서는 그 일조방해의 정도가 사회통념상 일반적으로 인용하는 수인한도를 넘어야 하고, 일조방해 행위가 사회통념상 수인한도를 넘었는지 여부는 피해의 정도, 피해이익의 성질 및 그에 대한 사회적 평가, 가해 건물의 용도, 교섭경과 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다...”고 하여 기존 민법상의 재산권 행사에 따른 권리의 남용과 수인의무의 견지에서 판단하고 있다(대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602 판결).

14) 대법원에서는 ‘조망권’이라는 용어와 더불어 ‘조망이익’이라는 용어를 쓴다. 이러한 이익이라는 용어

의 일부로서 부차적인 권리이지 별도의 독립된 완전한 권리로서는 인정하지 않고 있어 특별한 법적 보호가치가 있는 경우를 제외하고는 대부분 별도의 조망권을 인정하고 있지 않는 듯하다.¹⁵⁾

위 판례의 경우들은 결국 일조권 및 조망권이 완전한 법률상의 권리로서 자리 잡지 못했기 때문에 나온 결과라 할 것이고, 이렇기 때문에 권리는 법문상 규정되고 이에 대한 침해 시 법률상 보호를 받아야 완전한 권리라고 볼 수 있다. 현재 논의 되고 있는 문화권이 법의 시각과 영역에서는 일조권이 나 조망권보다 오히려 더 낮은 차원의 보호를 받을 수 있음을 쉽게 예상할 수 있는 부분이다.

그렇다면 문화를 법적 권리는 아니더라도 일종의 권리로서 인식하는 것이 과연 우리나라의 사회의식에서 얼마나 합의되고 있는지 그리고 그 수준은 어느 정도인지 알아보아야 하나 이에 대한 법적 연구나 논의가 거의 없다. 결국 문화적 권리는 아직 우리나라에서는 생소한 개념으로 받아들여지고 있으며,¹⁶⁾ 그 법적 적용에 있어서 늦어지고 있는 것으로 보인다.

외국의 사례를 보면, 필리벡(Filibek)은 문화적 권리를 “인권 가족의 신데렐라”라고도 하였고, 니크(Niec)는 경제적, 사회적, 문화적 권리가 근래에 국제적인 논의 주제로 떠올랐으나 법률적 집행가능성의 견지에서 보면 그중 문화적 권리가 역시 가장 덜 발달한 범주임을 밝힌 적이 있다.¹⁷⁾ 이런 견해는 1996년 유네스코의 문화와 발전에 대한 유럽특별조사단(The European Task Force on Culture and Development)이 유럽회의(Council of Europe)에 제출한 『주변에서 안으로』(In from the Margins)라는 보고서에서도 등장하는데, ‘문화적 권리’는 논의도 되지 않았고 이에 대한 정확한 정의도 없으며 또한 법률적 규약도 없다고 한다.¹⁸⁾ 문화권에 대한 국제적 시각과 상황이 이러한 진대, 국내의 상황은 더욱 열악한 것으로 보인다.

이렇게 문화적 권리가 취약한 지위를 유지하고 있는 이유가 무엇인가? 이에 대하여 문화적 권리에 대한 낮은 사회인식과 의식주 우선의 복지를 그 원인으로 보는 견해가 있다.¹⁹⁾ 정부조직에서도 문화 관련 부서의 위상은 상대적으로 다른 부서보다는 낮게 평가되고, 또한 문화적인 생활보다는 생물학적 생명의 유지를 우선시하는 시각이 사회에 지배적이다. 이는 결국 문화를 권리로서 인정하고 이를 구체적으로 실현해야 할 국가기관부터 문화를 평가절하하고 있고 그 중요성을 인식하고 있지 못하다는 점을 반증하고 있는 것이다. 또한 의식주만을 보호의 대상으로 하는 권리가, 가령 100% 완전한 실정법상의 구체적 권리라 하더라도 과연 인권에 기초한 진정한 사회권인지에 대한 의구심을 갖지 않을 수 없게 만드는 대목이다.

사회적 시각에서의 권리와 법적 시각에서의 법률의 보호를 받는 권리는 개념상 완전히 다른 것이다. 문화권이 법령상의 완전한 권리 주장이 가능한 완전한 문화권으로 발전하려면 아직도 많은 논의

도 침해시 법적 구제가 가능한 법률상 이익인지에 대하여는, 조망권을 독립된 권리로 인정하고 있지 않으므로 완전한 법률상 이익으로 보기는 무리가 있을 것이다.

15) 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다72485 판결, 2007. 6. 28. 선고 2004다54282 판결 등 참조.

16) 강내희. 2005. “사회적 권리로서의 문화적 권리”, 『문화권 개편 정립과 기본권으로서 문화권 보장의 필요성 토론회 자료집』의 1면에서 재인용.

17) 앞의 자료집 2면.

18) The European Task Force on Culture and Development. 1996. *In from the Margins: A Contribution to the Debate on Culture and Development in Europe* 8.4.9.

19) 앞의 자료집(강내희, 2005) 10, 14면.

와 사회적 합의의 과정을 거쳐야 할 것이나, 적어도 이러한 과정은 문화권을 바탕으로 하여 완전한 문화복지국가로 나아가기 위해 거쳐야 할 필수적 과정으로 생각한다.

8. 문화관련 법령에 관한 대법원 판례

현재까지 우리나라의 대법원 판결을 살펴보면 문화와 직접적으로 관련된 사건에 대한 판례는 거의 없으며, 있다 하여도 타 사건의 판단 기준이나 근거로 사용했을 뿐이다. 이는 앞서 보았듯이 우리나라의 법적 권리성의 실현 수준이 국민으로서 기본권이 아직은 문화권까지는 포괄하고 있지 못한데서 그 가장 큰 원인이 있으며 유동적인 문화의 개념과 그 위상 때문이기도 하다. 문화를 인간의 기본적 권리 가운데 하나로서 인식한다면 이에 대한 침해는 분명 기본권의 침해가 될 것이고, 그러하다면 관련 판례도 자연스레 증가할 것으로 생각된다. 비교적 문화권과 관련된다고 보이는 몇 개의 판례를 통하여 법원의 견해를 살펴보면 다음과 같다.

우선, 문화재 향유 이익의 법적 성격에 대한 판결²⁰⁾로서, 문화재는 넓은 의미에서 문화적 권리의 중요한 대상이 되는 성격을 지닌다고 할 수 있다. 이러한 문화재를 잘 보존하고 관리하며 후대에 전하여 주는 것은 지금 우리들의 의무라고 할 것이다. 그런데 이런 의무는 법상 의무는 아니라 할지라도, 문화재를 훼손할 경우 그에 상응하는 처벌을 받는다는 점에서 보존에 대하여 간접적으로 강제된 의무를 지고 있다. 그렇다면 이러한 문화재를 적극적으로 누리고 향유함으로써 얻게 되는 이익이 법적 인 이익인가에 대하여 판단한 대법원 판결이 있다. 결론적으로 대법원은 문화재를 향유할 권리는 구체적이고 법률적인 이익은 아니라고 부정하고 있다.

대법원은 “...문화재는 문화재의 지정이나 그 보호구역으로 지정이 있음으로써 유적의 보존 관리 등이 법적으로 확보되어 지역주민이나 국민일반 또는 학술연구자가 이를 활용하고 그로 인한 이익을 얻는 것임은 사실이나, 그 지정은 문화재를 보존하여 이를 활용함으로써 국민의 문화적 향상을 도모함과 아울러 인류문화의 발전에 기여한다고 하는 목적을 위하여 행해지는 것이지(문화재보호법 제1조), 그 이익이 소론과 같이 일반국민이나 인근주민의 문화재를 향유할 구체적이고도 법률적인 이익이라고 할 수는 없고...”라고 하여 이를 법률적 이익성을 부정하고 이에 따라서 행정처분의 취소를 구하는 원고적격의 자격을 부정하는 결과에 이르고 있다.

다음으로 토지의 문화적·학술적 가치를 금전보상의 대상으로 인정할 것인가에 대한 판결²¹⁾로서, 일반적으로 토지의 경우는 일반적으로 재산권의 대상이 됨은 물론이고 이에 대한 정당한 손실의 경우 보상의 대상이 됨은 물론이다. 또한 이에 대한 직접적 침해는 법적 구제의 대상이 된다. 그렇다면 이러한 토지의 무형적인 가치 즉, 문화적이고 학술적인 가치가 침해되었을 경우 과연 이를 재산권의 침해 내지는 문화적 권리의 침해로 볼 수 있는지가 문제된다.

20) 대법원 1992. 9. 22. 선고 91누13212 판결.

21) 대법원 1989. 9. 12. 선고 88누11216 판결.

이에 대해 대하여 대법원은 “...문화적, 학술적 가치는 특별한 사정이 없는 한 그 토지의 부동산으로서의 경제적, 재산적 가치를 높여주는 것이 아니므로 이는 토지수용법 제51조 소정의 손실보상의 대상이 될 수 없다고 해석하는 것이 상당하다...”고 하여 토지의 문화적이고 학술적인 가치를 손실보상의 대상으로 인정하지 않고 있다. 이 사건 토지가 논지와 같은 철새도래지로서 자연문화적인 학술 가치를 지녔다 하더라도 이 사건 보상의 대상으로 될 수 없다고 본 것이다.

이러한 판결이 문화를 바라보는 전체 법원의 견해라고 볼 수는 없으나 적어도 여전히 문화라는 개념은 법적 영역에서는 그 주변적 영역이며 법적 고려의 대상은 아니라는 결론은 쉽게 내릴 수 있다. 해를 볼 수 있는 일조권을 헌법상 환경권의 일환으로서 보호하고 이를 금전적 가치로 환산하여 배상 의무를 지우고 있는 현실을 감안할 때 문화재를 보고 감상하는 권리는 소위 문화권이라는 개념을 헌법상의 기본권의 범주에 완전히 포함시킬 때에만 그 권리침해 시 구제가 가능하리라는 짐작은 되나, 그렇다 하여도 헌법이 문화국가를 추구함을 천명하고 있음을 고려한다면 이러한 문화관련 권리의 침해도 법률상의 침해로 이해하려는 노력이 법원에서도 있어야 할 것이다. 그렇지 않으면 현실적으로 우리나라에서 문화권을 법적 권리로 인정하기는 힘들고 문화복지를 통한 보다 넓은 의미의 복지국가 완성까지는 좀 더 시간이 걸릴 것이다.

9. 나가면서

이상으로 우리는 문화복지의 권리화에 대한 법적 측면에서의 고찰을 하였다. 즉 법적 측면에서의 문화에 대한 기본권 형성의 가능성, 또 현행 우리나라 문화관련 법령의 문제점 그리고 사회복지법상에 나타난 문화 개념 및 문화복지의 권리 표현 등을 살펴보고, 마지막으로 판례에 나타난 법원의 시각을 살펴보았다. 본고에서는 지금까지 국제적으로 천명되고 논의되어 온 사회적인 권리로서의 문화권의 논의의 수준을 뛰어넘어 법적 권리로서의 문화권을 설정하는데 기초적인 논의를 하고자 하였으나, 법적 시각에서 접근한 국내의 논의 및 자료가 미비하여 심도 있는 방안을 제시하는데 한계가 있었다. 그럼에도 불구하고 본고는 기본권으로서의 문화권에 대한 강조를 하면서 문화복지 영역의 정립을 위해 법적 접근의 중요성을 환기시키면서, 문화관련 법령의 한계를 지적하고, 사회복지법상 문화권의 법적 권리의 실효성 측면을 중요하게 부각시킨 점에서 연구의의를 갖는다. 기본권으로서의 문화권의 법적 성격 규명에 대한 심도 있는 연구는 추후 기회가 닿으면 착수하기로 한다. 사회복지에서 문화복지의 영역이 자리 잡기 위해서는 본고의 논의를 시작으로 향후 문화와 문화권에 대해 좀 더 다양한 접근의 연구가 필요할 것이다. 문화가 단순한 의식주 해결 후의 선택의 문제라는 시각을 극복하는 데서 출발하여 문화에 대한 권리성을 논하는 것이 중요하다는 것이다. 인간으로서의 기본적인 권리의 범위가 점차 확대되어 왔고, 또한 법은 이보다 느리긴 하지만 그러한 권리를 보호하는데 일조하여 온 역사를 되새기지 않더라도 문화의 영역까지 법이 관여할 때가 오리라고 조심스럽게 전망해 본다. 그리하여 문화권을 헌법에서 기본법으로 인정하고, 「문화복지보장법」 같은 법령을 제정하여 구체화된 문화복지 실천 내용이 담기게 될 것을 기대해 본다.

참고문헌

- 강내희. 2005. “사회적 권리로서의 문화적 권리”. 『문화권 개념 정립과 기본권으로서 문화권 보장의 필요성 토론회 자료집』.
- 국가인권위원회. 2004. “문화권 NAP수립을 위한 기초현황 실태조사와 정책연계방안”. 용역연구보고서.
- 김광병.이선정.이재호.권정호.권오용.신용규. 2006. 『사회복지법제론』. 창지사.
- 김순양. 2002. “일선 복지행정 전문 관료의 재량행위 분석 -기초생활보장 수급자 선정과정을 중심으로-”. 『한국행정학보』 36(2).
- 민족문학작가회의·한국민족예술인총연합. 2005. 「문화권 개념정립과 기본권으로서 문화권 보장의 필요성」. 토론회 자료집.
- 비교문화연대·민족문학작가회의·한국민족예술인총연합. 2005. 「문화권 개념정립과 기본권으로서 문화권 보장의 필요성」. 토론회 자료집.
- 설연옥. 2007. “도시 저소득계층의 문화복지 증진방안”, 부산대학교 대학원 석사학위논문.
- 윤찬영. 2007. 『사회복지법제론』. 나남출판.
- 최옥채. 2007. “사회복지실천에서 문화복지의 개념화”. 『한국사회복지학회 추계학술대회자료집』 보충자료.
- 현택수. 2006. “문화복지와 문화복지정책의 개념에 관한 연구”. 『사회복지정책』 26.
- Bogang He. 2005. “Citizenship and Cultural Equality”, Sor-hoon Tan, *Challenging Citizenship*, Ashigate Publishing Company.
- The European Task Force on Culture and Development. 1996. *In from the Margins: A Contribution to the Debate on Culture and Development in Europe*.

An Exploratory Study on the Legislation of the Right for Cultural Welfare

Hyun, Taik-Soo
(Korea University)

Yoon, Dong-Eun
(Hanshin University)

Kim, Kwang-Byung
(Jeonju University)

Cultural welfare is the cultural activity provided and supported by state, a local autonomous entity, and private organizations to improve the quality of people's life. And as a basic concept as well as a premise of discussion on cultural welfare, cultural right is a social right, a right which can make cultural express, gain access to cultural activities. A statue concerning cultural activities contributed to the promotion of our people's cultural welfare interwoven with cultural right.

But laws were made for the purpose of enforcing national policy and supporting regime rather than promoting fundamental human rights, and they became effective and were understood as a mere part of national government, not as perspective of their execution, security of right or realization of them. On the other hand, based on laws concerning social welfare, cultural life means human life consisting of minimum welfare system, and minimum level of life which guarantees least cultural life is becoming an objective standard. This means the standard level of cultural right, and for the handicapped cultural rights are concretely guaranteed as a right in that they will not be discriminated for their approaching to cultural activities.

However, laws concerning cultural activities have limitation in that there are ambiguous concept and limitation of cultural life, and there are no concrete and active laws about cultural rights to guarantee cultural life. In a constitution and laws concerning social welfare, cultural welfare must have concrete contents about the range and the level of cultural rights. In order cultural rights to be turned into complete ones which can assert its rights, as seen in the Supreme Court, a court has to try to understand the violation of cultural rights as the violation of legal rights.

Key words: cultural welfare, cultural right, social right

[논문 접수일 : 2008년 9월 16일 게재 확정일 : 2008년 10월 31일]