

기획논문

문화재 소관 법령에서 '원형유지' 원칙에 대한 법률적 검토

황권순

문화재청 유형문화재과 과장

국문초록

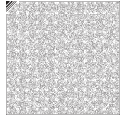
이 글은 문화재 관련 법령에서 '원형'이라는 철학적 개념이 어떻게 표현되어 있으며, 해당 규정의 법률적 성격은 무엇인지, 실제 문화재 관리행위별로 적용되는 양태는 어떠한지 등을 살펴보고, 법적 구속력있는 기본원칙으로 작용하기 위해 필요한 사항은 무엇이 있는지를 설명하고 있다.

현행 문화재 관련 법령은 일반 국민, 문화재 종사자에게 '원형'을 유지할 것을 기속행위로 강요하고 있으나, 실제적 규정없이 선언적·당위적으로만 명시하고 있을 뿐이다. 이에 따라 실제 행정업무에 있어서도 원형이 무엇인지 밝히지 않고 절차적 규정만 준수하여 문화재를 원형으로 보존, 관리, 활용하려는 태도를 보이고 있다.

'원형' 관련 규정이 실제적 법규성을 갖고 문화재 관리활동 전반에 구속력있게 적용되기 위해서는 많은 실제 규정을 보완해야 하며, 이 경우 명확성 원칙, 평등의 원칙, 비례의 원칙 등 규범통제의 기본원리에 위반되지 않도록 할 필요가 있다. 여전히 '원형' 원칙은 문화재 보호에 가장 필요한 개념이기에 법적 흠결없는 정합성있는 규범체계를 갖출 필요가 있다.

주제어 원형, 가치, 법적 구속력, 규범통제, 행정행위, 법규성

접수일자 2016. 02. 29



I. 서론

'문화재의 보존·관리 및 활용은 원형유지를 기본원칙으로 한다.'라는 문화재보호법 제3조의 규정은 문화재 행정 전반에 보편적으로 적용되는 원칙으로서 일반 국민의 기대, 상식과도 부합한다. 문화재가 가지고 있는 일반적 기대치인 '선조가 물려준 오랜 세월의 흔적, 역사, 가치 등'을 가장 잘 보존하고 후대에 물려주는 수단이자 방법으로서 '원형유지'는 더할나위 없는 철학적 개념¹ 이기도 하다.

그러나, 문화재 보존·관리·활용을 위한 구체적인 행정행위로 나아갈 경우 원형유지라는 것을 어떻게 구현하고, 누가 판단하며, 어느 시기·장소·재료·기술 등을 원형으로 보아야 할 것인가에 대한 물음에 직면하게 된다. 이 지점에서 사람마다 다른 가치관과 판단기준이 작용하게 되고 때로는 원형유지에 대한 방법론적 의견대립이 발생하기도 한다.

가령 경복궁 복원사업에서 원형복원의 시점을 조선초기로 볼 것인지 아니면 조선말기 흥선대원군이 복원한 시점을 기준으로 삼을 것인지에 대한 의견이 나뉘는 것처럼 말이다.

이 글에서는 『문화재보호법』, 『문화재수리 등에 관한 법률』, 『매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률』, 『고도 보존 및 육성에 관한 특별법』, 『무형문화재 보전 및 진흥에 관한 법률』²에서 규정하는 '원형'에 대한 법률적 용어의 규정 현황, 의미, 법적성격, 적용실태, 문제점 등을 간략히 살펴보고, 향후 어떤 방향으로 보완해가야 할 것인지에 대한 시사점을 제공하고자 한다.

II. '원형' 관련 규정의 법률적 이해

1. 법 규정 현황³

아래 <표 1>에서 살펴보는 바와 같이 문화재 관련 법

표 1. 법 규정 현황

| | 법률 조항 | 규정 내용 |
|----|--|--|
| 1 | 문화재보호법 제3조(문화재보호의 기본원칙) | 문화재의 보존·관리 및 활용은 원형유지를 기본원칙으로 한다. |
| 2 | 문화재보호법 제32조(가치정) ^① | 문화재청장은 ... 지정할만한 가치가 있다고 인정되는 문화재가 지정 전에 원형보존을 위한 긴급한 필요가 있고 ... |
| 3 | 문화재보호법 제54조(등록문화재의 관리) ^① | 등록문화재의 소유자 또는 ... 관리하는 자는 등록문화재의 원형 보존에 노력하여야 한다. |
| 4 | 문화재보호법 시행령 제20조 ^② | 문화재별 종합정비계획은 문화재의 원형을 보존하는데 중점을 두어야 하며, ... |
| 5 | 문화재보호법 시행령 제21조의3(특별자치시장 등의 허가 대상 행위) 3호 가목/나목 | 건조물을 원형대로 보수하는 행위 전통양식에 따라 축조된 담장을 원형대로 보수하는 행위 |
| 6 | 문화재수리법 제1조(목적) | 이 법은 문화재를 원형으로 보존·계승하기 위하여 ... 목적으로 한다. |
| 7 | 문화재수리법 제3조(문화재수리 등의 기본원칙) | 문화재수리, 실측설계 또는 감리는 문화재의 원형보존에 가장 적합한 방법과 기술을 사용하여야 하며, ... |
| 8 | 문화재수리법 제6조(성실의무) 4호 | 그 밖에 준하는 사항으로서 문화재의 원형을 보존하고 문화재수리의 품질을 향상시키기 위하여 ... |
| 9 | 문화재수리법 제37조(문화재수리 현장의 점검 등) ^② | 문화재청장은 문화재가 원형대로 수리될 수 있도록 하기 위하여 다음 각 호의 사항을 지도하거나 자문할 수 있다. |
| 10 | 문화재수리법 제49조(문화재수리업자 등의 등록취소 등) ^① 8호 | 문화재수리 등을 하는 중에 지정문화재를 파손하거나 원형을 훼손하는 경우 |
| 11 | 문화재수리법 시행규칙 제18조(감리보고서) ^① 8호/② 8호 | 문화재의 원형 및 고증과 관련된 자문·검토·확인 내용 문화재의 원형 및 고증과 관련된 자문·검토·확인 실적의 종합 |

1 '어제를 담아 내일에 전합니다.'라는 문화재청 대표 슬로건도 사실상 '원형유지' 원칙을 담아낸 표어로 이해된다.

2 『무형문화재 보전 및 진흥에 관한 법률』에서는, 『문화재보호법』에서 분리입법하면서 기존의 '원형'이라는 용어를 대신하여 '전형'이라는 용어를 사용하였다.

3 이 글의 목적과 관계없는 '원형' 용어 사례는 생략하였다. ex. 문화재보호법 제2조^⑦ 등

| | 법률 조항 | 규정 내용 |
|----|-------------------------------|--|
| 12 | 매장문화재법 제1조(목적) | 이 법은 매장문화재를 보존하여 민족문화의 원형을 유지·계승하고, 매장문화재를 효율적으로 보호·조사 및 관리하는 것을 ... |
| 13 | 매장문화재법 제4조(매장문화재 유존지역의 보호) | 매장문화재가 존재하는 것으로 인정되는 지역은 원형이 훼손되지 아니하도록 보호되어야 하며, ... 조사·발굴하여서는 아니 된다. |
| 14 | 고도보존법 제10조(지구의 지정 등)① 1호/2호 | 역사문화환경 보존육성지구 : 고도의 원형을 보존하기 위하여 ... 보존·육성할 필요가 있는 지역 역사문화환경 특별보존지구 : 고도의 역사문화환경 보존에 핵심이 되는 지역으로 그 원형을 보존하거나 원상이 회복되어야 하는 지역 |
| 15 | 무형문화재법 제2조(정의) 2,3,4호 | 전형이란 해당 무형문화재의 가치를 구성하는 본질적인 특징으로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다. 보유자란 ... 무형문화재의 기능, 예능 등을 ... 전형대로 체득·실현할 수 있는 사람을 말한다. 보유단체란 ... 무형문화재의 기능, 예능 등을 ... 전형대로 체득·실현할 수 있는 단체를 말한다. |
| 16 | 무형문화재법 제3조(기본원칙) | 무형문화재의 보전 및 진흥은 전형유지를 기본원칙으로 하며, ... |
| 17 | 무형문화재법 제21조(전승자 등의 인정 해제)① 6호 | 정기조사 또는 재조사 결과 보유자, 보유단체 및 전수교육조교의 기량이 현저하게 떨어져 ... 전형대로 실현·강습하지 못하는 것이 확인된 경우 |
| 18 | 무형문화재법 제24조(행정명령) 1호 | 국가무형문화재의 전승자가 ... 전형을 훼손하거나 저해하는 경우 그 활동에 대한 일정한 행위의 금지나 제한 |

를 전반에 걸쳐 ‘원형’이라는 보존·관리 원칙은 매우 폭넓게 규정되어 있다. 법률 제정의 취지를 담은 목적조항에서나, 정의조항, 기본원칙을 천명한 조항 등에 ‘원형’이라는 용어를 사용함으로써 문화재 행정을 담당하는 문화재청 구성원 뿐 아니라 지자체 공무원, 수리기능자, 기술자, 무형문화재 전승자, 발굴기관 종사자, 이해관계에 있는 국민에 이르기까지 수많은 사람들에게 ‘원형’을 지켜줄 것을 법은 기대하고 있다.

2. ‘원형’ 관련 규정의 법적 성격

1) 기속규정인지 재량규정인지의 여부

행정청이 어떤 행위를 함에 있어 선택의 여지없이 이행해야 하는 행위를 기속행위라고 하며 이에 관한 규정을 기속규정이라고 한다. 반대로 행정청에 여러 가지 상황과 여건에 따라 행위이행 및 행위유형 선택에 대한 판단의 여지를 주고 있는 경우를 재량행위라고 하며 이에 관한 규정을 재량규정이라고 한다. 통상 법 문구상 표현으로 ‘~ 하여야 한다.’ 라는 규정은 기속규정으로, ‘~ 할 수 있다.’ 라는 규정은 재량규정으로 판단한다.

위 표에서 나열한 것과 같이 문화재 보존·관리 활동

전반에 걸쳐 ‘원형’의 용어가 사용된 법 규정은 ‘~ 하여야 한다.’ 라는 강행규정, 의무규정으로 표현되어 있다는 점과, 규정의 내용이 특정인의 권리와 이익을 침해하는 것이 아닌 문화재 보호를 명분으로 문화재 관계 종사자의 주의를 촉구하는 내용적 특성을 고려해 볼 때 기속규정으로 이해할 수 있다.

2) 실체적 규정인지 선언적·당위적 규정인지의 여부

행정청이 행정행위를 함에 있어 지켜야 할 내용, 조건, 절차 등을 명확히 규정하고 이를 어길 경우 행정처벌 또는 형벌을 부과할 수 있는 근거를 갖추고 있는 경우를 실체적 규정으로, 그렇지 아니하여 법의 제정 목적에 비추어 바람직한 상태를 소망하거나 법적 규율 당사자들에게 공통된 지향점을 제시하는 수준에 그치는 경우를 선언적·당위적 규정으로 구분할 수 있다.

위 표에서 알 수 있는 바와 같이, ‘원형’ 규정은 일부 무형문화재법에서 규정된 조항들을 제외하고는 원형의 개념, 구성요소, 판단방법, 원형준수를 위한 행정절차, 원형을 어겼을 경우 직접적 처벌조항 등이 없으므로 실체적 규정이라 보기 어렵다. 특히 벌칙 부분에서 원형이 지켜지지 않



을 경우의 처벌 조항이 없는 것은 앞선 내용 부분에서 구체성을 지니지 못하고 바람직한 상태를 선언하고 당위성을 부여하는 데에 그친 결과라고 할 수 있겠다. 죄형법정주의 헌법원칙에 따라 '소망성'만으로는 그것에 위반되었을 때 처벌할 수 없기 때문이다.

다만, 무형문화재법에서의 새로운 법적 용어인 '전형'의 경우에는 무형문화재 보전, 진흥의 기본원칙인 동시에 전승자들이 갖춰야 할 요소이자 그렇지 못할 경우 전승자 인정 해제의 사유가 되고, 때로는 행정명령 발동의 요건이 된다는 측면에서 실제적 성격과 당위적 성격을 모두 갖추고 있다고 할 수 있겠다. 이에 향후 무형문화재법 제2조 2호에 따라 대통령령으로 정하게 될 전형의 요소는 기존 원형의 규정과는 달리 구체적이고 분명하게 규정해야 할 것이다.

3) '원형' 관련 규정 위반 시 통제가능 수준

원형의 법 규정은 기속규정으로서 문화재 관계 종사자의 의무사항으로 되어 있으나 지키지 않았을 경우 직접적인 형벌로서의 처벌조항이 없다는 것은 앞서 기술한 바와 같다. 그러나, 처벌조항이 없다하여 통제대상에서 완전히 벗어나는 것은 아니며 관련된 여러 법률 조항을 적용하여 원형 관련 규정 위반에 따른 결과책임을 물을 수는 있을 것이다. 가령 매장문화재 유존지역의 원형을 훼손하여 허가없이 발굴한 경우에는 무허가발굴의 죄를, 지정문화재를 고의로 훼손한 경우에는 원형이 훼손된 것에 대한 결과책임을으로서의 형법을 준용하여 죄를 물을 수 있을 것이다.

그 밖에도 관계공무원이나 공무원으로 의제되는 관계 전문가의 경우에는 합목적성 통제를 받게 될 것이다. 법률 위반 뿐 아니라 합목적성 위반 즉 행정목적 미달성에 고의 중과실이 있으면 행정적인 통제를 할 수 있다. 감사를 통한 징계가 대표적이다. 고의적으로 원형과 다른 자문을 한다든지, 설계검토를 고의적으로 원형과 다르게 심사한다든지 하는 경우가 이에 해당한다.

결론적으로 원형 관련 규정을 위반한 경우 원형을 어

긴 자체로서의 직접적 형벌은 규정되어 있지 않으나 결과책임을 물을 수 있는 많은 규정이 존재한다는 점, 직접 업무를 담당하는 사람의 경우에는 합목적성 통제의 대상이 되기도 한다는 점에서 '원형' 규정은 사실상의 직·간접적인 구속력과 통제력을 갖는 규정임을 알 수 있다.

4) 소결

이상의 내용을 종합해볼 때, '원형'에 관한 규정은 문화재 관련 업무 종사자들이 따라야 하는 기속규정이자, 세부적 구체성을 결여한 선언적·당위적 규정에 머물러 있으면서도 감사원 감사 등 합목적성 통제의 대상에는 해당하는 법적 성격을 가지고 있음을 알 수 있다.

행정청이 행하는 행정행위의 결과로서 문화재 보호 활동이 이루어지고 그 결과에 대한 책임을 지며 이러한 과정을 거쳐 문화재 관련 종사자는 '원형'에 관한 규정에 실질적으로 구속된다는 것을 고려할 때 법적으로 '원형'에 관해 조금 더 구체화된 규범체계가 필요하다고 생각한다. 그러나 현행 문화재 관련 법률은 이를 결여하고 있어 '원형' 규정을 실제 업무에서 적용하면서 발생하는 각종 혼란의 주요 원인이 되기도 한다.

무엇이 원형이며, 누가 판단하며, 원형에 벗어나는 행위는 무엇인지, 어느 수준까지 허용되는 것인지, 어느 시대에 기준을 둘 것인지 등등 문화재 행정 전반의 의문점이 여기에서 기인한다.

3. '원형' 관련 규정의 법적 구속력 확보를 위한 요건

1) 법규성을 지닐 것

대법원은 "서울특별시 시영아파트 특별분양 개선지침은 원활한 사업시행을 위하여 정한 내부 사무처리지침에 불과해 법적 구속력이 없다면서 지침에서 정한 요건을 모두 갖춘 사람에게 반드시 아파트 입주권을 주어야 하는 것은 아니다."라고 판시(1991년)한 바 있다. 행정청이 국민의 권리·의무를 규정하거나 제한하기 위해서는 이에 관한 근거 규정이 행정청 내부의 재량준칙에 그쳐서는 아니되

며 대외적 법규성을 가질 필요가 있음을 이 판례를 통해 알 수 있다.

즉 '원형'에 관한 규정이 일반 국민이나 문화재 종사자에게 구속력있는 규정으로 적용되려면 문화재청 내부훈령(행정규칙 형식의 법규명령⁴ 제외)에 머물러서는 아니며 형식적·내용적 법규성을 가진 규범으로 구체화될 필요가 있다.

2) 합헌·합법적인 내용일 것

'원형' 관련 규정이 법규성을 지닌다고 하여 당연히 법적 구속력을 갖는 것은 아니다. 규범통제⁵의 대상으로서 관련 규정의 내용이 합헌·합법적이어야 한다. 규범통제의 역할을 담당하는 헌법재판소에 따르면 명확성의 원칙, 포괄성의 원칙, 죄형법정주의 등 규범의 형식은 물론 규범의 내용이 헌법상 기본원칙인 신뢰보호의 원칙, 평등의 원칙, 비례의 원칙, 부당결부금지의 원칙 등을 위반하였을 경우 위헌·위법적인 규범으로 결정하고 있다.

이를 고려할 때 '원형' 관련 규정은 위 헌법상 제 원칙과 규정형식을 충실히 준수하여 마련될 필요가 있다. 예를 들자면, 원형이 무엇인지 법령상 명확해야 하며(법 문구로 명확히 표현할 수 없다면 최소한 무엇이 원형인지를 알 수 있는 정도로 법령에 명기한 후 구체적인 내용은 행정규칙으로 정할 수 있도록 위임근거를 마련해야 함), 원형의 내용에 대해 일반 국민이나 문화재 종사자가 인지하고 신뢰할 수 있어야 하며, 원형 내용이 시시각각 변하지 않고 일관성 있게 유지되어야 하며, 원형을 훼손하는 행위에 대한 처벌 규정은 법률로 마련되어야 하고, 원형을 훼손하는 행위에 대한 제한규정은 국민의 기본권 보장에 비추어 적절한 균형을 유지하여야 하는 등 '원형' 관련 규정이 갖추어야 할 합헌·합법적인 요소를 염두에 두고 마련되어야 한다.

Ⅲ. '원형' 관련 규정의 적용실태 및 문제점

1. '원형' 관련 규정 구체화 행정행위별 검토

문화재는 비지정문화재 상태에서는 법적인 테두리 바깥에서 소유자 또는 관리자의 주의력에 따라 관리되며, 국보·보물·사적·천연기념물·중요민속문화재 등으로 지정된 이후에야 비로소 법적인 규율대상이 된다. 원형 관련 규정이 행정행위로서 구체화되는 업무프로세스는 문화재 생애주기별로 조사(발굴) → 지정(인정) → 수리·보수(전수교육) → 활용(공개)의 단계를 거치게 된다. 각각의 업무프로세스별로 현재의 '원형' 관련 규정이 위에서 살펴본 바와 같은 법적 구속력을 갖기에 충분한지 여부를 간략히 살펴보고자 한다.

1) 문화재 지정

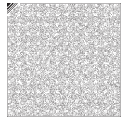
유형문화재 부분을 살펴보면, 지정조사 단계에서 관계 전문가 식견을 통해 해당 문화재가 갖는 가치를 역사적·학술적·예술적·경관적 항목으로 나누어 판단하고 국가지정 문화재(보물·국보)로 지정하게 되는데, 이때 원형을 잘 보존하고 있는지의 여부가 가치 결정에 중요한 요소로 작용하게 된다. 그러나 정작 무엇이 원형이며, 어떤 요소로 구성되어 있는지, 어떤 기준으로 판단할 것인지에 대한 성문화된 규범없이 전문가의 식견에 의존한 채 해당 문화재의 가치를 판단하고 있다. 그 결과 주관적, 심리적, 정서적인 요소가 강하게 작용하며, 조사자나 문화재위원회에 따라 편차가 발생할 수밖에 없는 구조를 갖고 있다. 관보에 게재되는 지정고시문에도 해당 문화재의 원형적 요소를 분명히 밝히지 않고 양식사적인 서술로 대체하여 고시된다.

2) 문화재 수리보수

국가지정 건조물문화재나 동산문화재의 수리보수 및

4 고시, 훈령, 공고 등 행정규칙의 형식을 갖고 있으나, 내용상으로 수권법령의 규정과 결합하여 법령의 내용을 보충하는 기능을 하는 행정규칙을 의미하며, 판례는 국세청훈령인 「재산제세사무처리규정」에 대해 소득세법시행령과 결합하여 대외적으로 구속력있는 법규명령으로서의 성질을 갖는다고 판시한 바 있다.

5 하위규범이 상위규범에 위반되는지 여부를 심사하여 위반되는 것으로 인정될 경우 그 효력을 상실케 하는 헌법제도이다.



보존처리는 수리필요성 판단, 수리범위 결정, 예산편성, 설계검토, 현장지도, 자문회의, 준공 등의 절차를 거쳐 진행된다. 이 과정에서 문화재청은 예산교부 시 교부조건과 사업 지침을 통지하고 「문화재수리 등에 관한 업무지침」, 「문화재수리 설계도서 작성기준」에 따라 최대한 원형을 유지하는 방법으로 수리할 것을 지자체 및 소유자에게 독려한다.

그러나 정작 무엇이 원형인지 지정 당시에 고시하지 않은 관계로 최대한 원형을 유지하는 방법으로 수리할 것을 독려하는 것은 사실상 법적으로는 구속력이 없다. 그럼에도 불구하고 감사원(2014, 문화재 보수 및 관리 실태에 관한 감사)은 설계도서대로 공사를 하지 않는 사례, 불충분한 고증에도 불구하고 공사를 강행하는 사례, 현장확인 없이 설계변경 승인이 이뤄지는 사례, 설계심사위원회의 전문성 부족 사례 등을 원형 위반으로 지적하고 조치를 취할 것을 요구하고 있다.

“서울 흥인지문 응성보수공사에서 2013.6.13 실시된 문화재청의 기술자문에서 여장의 전돌은 기존에 해체된 전돌 중 구제를 최대한 재사용하고 일부 파손된 전돌도 최대한 재사용하는 것이 좋겠다는 의견을 제시받았고도 서울시 ○○○구에서는 문화재청의 기술자문과는 다르게 기존의 전돌 중 약 3%만 재활용하고 나머지 전돌을 여장의 속채움 재료로 사용하였다. 그 결과 흥인지문 응성 여장의 벽체는 원래 문화재를 구성하고 있던 기존의 전돌이 대부분 신재로 교체되어 문화재로서의 가치가 훼손될 우려가 있다.”

“영주 부석사 무량수전 주변정비공사에서 ○○시는 문화재 감리업체로 하여금 감리하도록 하지 않고, 전문성이 부족한 공무원을 공사감독으로 임명하여 감독업무를 수행하게 하였다. 그 결과 범종각 기반석을 부족하게 시공하는 등 설계도서와 다르게 부실·부당 시공한 것을 제대로 감독하지 못하였고, 기성검사를 수행한 공무원도 이와같은 부실·부당

시공 사실을 제대로 확인하지 않아 문화재의 원형이 훼손되고 전체적인 조화를 이루지 못하게 되었다.”

두 사건 모두 원형을 문화재 가치에 연관되는 것으로 보고 원형의 훼손이 발생해 문화재의 가치가 떨어졌다는 취지로 지적하고 있다. 잠시 원형이 무엇인지에 대한 논의와 원형 유지의 법적 구속력 논의는 별론으로 하더라도, 법제도적으로 여러 가지 정책수단과 감독 및 통제 장치에도 불구하고 일선 현장에서의 문화재의 원형 유지는 매우 지켜지기 어려운 상황임을 더불어 알 수 있다.

3) 문화재 활용

최근의 창덕궁 궁궐스테이 논란에서 알 수 있듯,⁶ 문화재를 대상으로 한 활용사업은 사람마다 가치관이 달라 합의를 이루기 어려운 분야이다. 해당 문화재를 사용치 않고 온전히 보존해야 한다는 입장부터 원래 사용했던 목적으로는 계속 사용해도 된다는 입장, 한걸음 나아가 경제적 부가가치 창출이 가능하다면 다수의 사람들이 활용할 수 있는 방법으로까지 확대해야 한다는 입장까지 그 스펙트럼이 매우 넓은 까닭이다.

『문화재보호법』제3조는 분명히 문화재 활용도 원형유지를 기본원칙으로 함을 천명하고 있다. 그럼에도 불구하고 사람마다 활용범위에 대한 입장이 다른 것은 해당 문화재의 원형이 무엇인지에 대해 충분히 인지하지 못하거나 원형유지 원칙적용을 수리보수 및 보존처리 행위에 비해 활용행위에서는 다른 잣대로 판단하려 함에 따른 것이다. 이 역시도 해당 문화재의 원형이 충분히 고증되지 않았거나 밝혀지지 않은 채 관리행위로 연결되는 데에 일차적 원인이 있다.

활용사업 허용범위에 관한 정답은 원형에 바탕한 문화재의 가치를 높이는 방향으로의 활용이 아닐까 싶다. 아무리 효용가치가 크다 한들 물리적 원형 훼손을 동반하는

6 동아일보, 2015.7.10, “문화재 활용이나, 보존이나. 함스테이 찬반논란 팽팽”, <http://news.donga.com/3/07/20150708/72344387/1>

활용이어서는 아니될 것이며, 또한 해당 문화재의 역사적 맥락에 위배되는 활용은 정신적 원형을 훼손하는 것이기에 아니될 것이다. 시대에 따라 허용범위가 달라질 수는 있겠으나 원형을 이루는 문화재의 본질적 가치를 침해하는 수준의 활용은 받아들여지기 어려울 것이다. 즉 활용에 있어서도 문화재의 원형유지 법 원칙은 매우 중요한 지위를 지니며 원형을 훼손하지 아니하는 범위에서의 활용이 논의되어야 법의 제정 취지를 위반하지 않게 된다.

2. '원형' 관련 문화재 관리 문제점 발생원인

현행법은 원형의 개념을 정의하고 있지 않다. 원형을 구성하는 요소, 요소별 판단기준, 신뢰성 있는 체크리스트 등 어느 것도 갖추고 있지 않다. '응당 이리러해야 한다.'라는 합의점을 찾기도 쉽지 않다. 그러다보니 문화재 관리행위별로, 구체화된 행정행위별로 원형에 입각한 행정을 한다고는 하지만 실제로는 원형에 대한 실마리조차 확보하지 못한 채 다음 행위로 이어지는 행정절차만 법제화되어 있다.

그러나 행정절차를 충실히 이행한다고 하더라도 내용상으로 타당성/신뢰성을 확보하지 못하면서 세월이 흐름에 따라 문화재의 원형적 요소를 하나씩 하나씩 잃어가고 있는지도 모른다. 수리보수를 할 때마다 조금씩 바꾸고 고치는 행위가 부지불식간에 원래의 모습을 모두 잃은 현대판 문화재로 변모시키는 것은 아닌지 생각해 볼 필요가 있다. 이러한 일이 일어나는 원인에는 여러 가지가 있을 수 있으며 때로는 여러 원인이 복합적으로 작용한 결과이기도 하다.

1) 원형의 기록 미비

무엇이 원형인지 최소한 지정할 때에라도 정확히 체크해 둘 필요가 있다. 해당문화재의 속성정보(크기, 색상, 무게, 재질 등), 관리정보(소유자, 제작자, 제작장소, 보관장소, 제작시기, 제작내역, 수리이력 등), 과학정보(제작방법, 구조, 원재료, 손상범위 등), 가치정보(역사적, 학술적, 예술적, 경관적, 관람 포인트, 스토리텔링 기반 숨은 이야기 등) 등을 명확하게 기록화 해두어야 한다. 그러나 조사에서 지정에

이르기까지, 지정 이후 수리보수, 현상변경 등 전체 과정에 대한 일관된 기록관리는 이루어지지 않고 있다.

2) 원재료 획득 곤란 및 전통기술의 미보유

신라시대 조성된 문화재를 오늘날 수리보수할 경우 예전의 재료와 전통기술이 아닌 오늘날의 재료, 현시대의 전문가, 현재의 기술이 접목될 수밖에 없는 현실적 한계가 있다. 무형문화재 보유자라도 당시의 기술을 보유하고 있지 않으며, 재료 또한 당시의 재료와는 차이가 있을 수밖에 없는 현실에서 오늘날 수리보수는 최소범위의 개입만이 원형을 유지하는 최선의 방법이 되는 안타까움이 있다.

3) 제도 부정합성 및 관련당사자 인식의 부재

문화재 수리보수 및 보존처리는 시장의 논리에 맡겨져 있다. 시장이 모두 나쁜 것은 아니지만 이윤추구라는 고유 목적에서 벗어날 수 없는 한 문화재의 수리가 최고의 기술로 최고 양질의 재료로 이루어지리라 기대하는 것은 곤란하다. 문화재 예산이 넉넉하지 않은 탓에 많이 편성할 수도 없는 형편이거니와 1년 단위 회계연도 아래 사업이 집행되는 특성상 넉넉한 시간일정을 잡을 수도 없기 때문이다.

앞의 감사원 지적사례에서도 나타났듯이 문화재 관리에 종사하는 전체 구성원의 인식에서도 많은 문제점이 있다. 원형을 지키려는 철학적 마인드보다는 경제논리에 따른 이윤창출, 효율성이 우선되는 사회분위기, 구성원의 의식체계가 문화재의 원형을 훼손하는 또 다른 원인이 되고 있다.

3. '원형' 관련 규정 및 적용실태의 법적 문제점

위에서 문화재 관리 현장에서 일어나는 원형의 적용 실태와 문제점을 살펴보았다. 여기서는 원형에 대한 현행 문화재 관련 규정의 법적 문제점을 간략히 살펴보고자 한다.

1) 명확성 원칙 위배 우려

무엇이 원형인지에 대하여 분명하게 규정하고 있지 않음에도 불구하고 원형을 훼손한 경우 감사원의 감사를 받게 되고, 징계를 받으며, 때로는 형사처벌까지 받게 된다. 문



화재 지정고시에도 원형이 무엇인지 분명하게 표시되어 있지 않아 설령 보존처리가 필요해도 어느 수준까지 개입을 해야 하는지에 대한 분명한 기준이 없어 관계전문가의 자문을 받아 시행토록 하는 수준에서 그치고 있다. 이 상태에서 보존처리업자가 과잉개입한다고 해도 이를 객관적으로 증명하지 못해 처벌할 수도 없을 것이다.

2) 평등의 원칙 위배 우려

무엇이 원형인지에 대해 객관적인 자료가 없는 상태에서 담당자가 바뀌거나, 문화재위원이 바뀌어 현상변경 허가가 달리 판단된다면 이는 평등의 원칙을 직접적으로 위배하는 처분이 될 것이며, 행정의 신뢰도를 저하시키는 원인으로 작용하게 된다.

3) 신뢰보호원칙 위배 우려

행정청이 한 선행행위를 신뢰하고 국민이 행한 행위를 행정청이 후행행위에서 반복할 경우 국민의 보호가치 있는 신뢰를 위배한 관계로 위법한 행위가 된다. 가령 『고도 보존 및 육성에 관한 특별법』에 따라 특별보존지구로 지정한 지구에서 원형으로 보존해야 할 대상, 원상회복이 필요한 대상을 지구지정 시 고시하지 않아 지역주민이 허가를 득하여 행한 개발행위를 차후 행정청이 반복해야 하는 상황이 발생한다면 위법한 처분이 될 우려가 있다. 현재 특별보존지구에서 법령이 정한 원형으로 보존할 대상, 원상회복이 필요한 대상이 지역주민에게 분명하게 고지되어 있는지 살펴볼 필요가 있다.

4) 비례의 원칙 위배 우려

문화재 원형이 중요한 법적 가치라 하더라도 이를 달성하는 수단, 목적, 방법이 적정하지 않거나 균형을 잃는다면 이는 위헌·위법하게 된다. 현상변경 허용기준은 역사문화환경 보존지역에서 문화재 경관가치를 보존하기 위해 제정되어 운용되고 있으나, 해당 문화재별 역사문화환경이 무엇인지, 그 경관적 가치는 어느 수준, 어느 지역적 범위까지인지를 명확하게 밝히지 않은 상태에서 500미터 이내에서 허용

수준을 정하여 국민의 재산권행사에 제약을 가하는 것은 비례의 원칙을 위배할 우려가 매우 크다. 다행히 법원 판례에서 문화재 보존이 고도의 전문성을 필요로 하는 영역이라는 점과, 한번 훼손되면 회복하기 어려운 문화재 가치에 대한 비중을 높이 평가하여 소송에서 패소하는 경우가 드물기는 하나, 엄밀히 하자면 최소한 해당 문화재의 역사문화환경이 무엇인지, 그 경관적 가치는 무엇이며, 어디까지인지를 먼저 밝히고 최소한의 침해로 보존할 수 있는 방법을 문화재청이 먼저 찾는 작업이 있어야 할 것으로 생각된다.

5) 법적 규범으로서의 실체성 부족

선언적·당위적 규범에서 나아가 실체적·구체적인 법적규범으로 나아가기에는 부족함이 많다. 문화재 보존·관리 및 활용에서 '원형' 유지 원칙을 관철시킬 수 있는 실체적 규정이 부족하다. 즉, 원형이 무엇이며, 어떤 절차를 거쳐서 어떤 기준으로 판단하며, 원형을 유지하기 위한 관리행위, 수리보수행위, 활용행위의 가이드라인은 무엇인지 등에 대한 세부적 실체적 조항이 법률적으로 마련되어 있지 않다. 원형을 훼손하였을 경우에 대한 법률적 처벌조항이 없는 것은 '원형' 유지의 법적 원칙이 법적 규범으로서의 실체성이 없음을 보여주는 직접적 증거이다.

IV. 결론

문화재 보존·관리에서의 원형은 문화재의 가치를 결정하는 수단적 개념이라 할 수 있다. 도구, 수단, 방법이 제 역할을 다하기 위해서는, 특히 법률적인 측면에서 구속력 있는 규율이 되기 위해서는 현재보다 더 구체화된 상세한 원형의 개념정의, 구성요소 정립, 판단기준 마련 등이 동반되어야 한다. 단순한 소망성에서 나아가 실현가능성을 갖추려면 보편화된 기준으로써 법적 규율조건을 충족해야 하기 때문이다.

나아가 조사, 지정, 수리보수, 활용 등 각 행정프로세스별로 원형을 밝히고 원형을 준수할 수 있는 상세한 업무 지침이 나와야 할 것이다. 설령 그것이 실무적으로 매우 어

려운 일이라 하더라도 문화재의 가치를 밝히고 드높이는 일에 가장 기본이 되는 것이라면, 이제는 '원형'이라는 철학적·관념적 논의를 실무적·법적인 차원으로 내려 차근차근 준비할 때가 왔다고 생각된다.

일각에서는 원형개념이 문화재에 부적합하다고 주장하는 부류가 있으나, 선조가 남긴 시대별 대표유산이 문화재로 지정되고 해당 문화재는 그 고유의 가치를 온전히 보존하는 방법으로 후대에 물려주어야 한다는 당위성을 고려한다면, 원형의 개념은 여전히 실효적인 위치를 점할 수밖에 없다. 무형문화재가 사회적 소산물로서 시대를 아우르는 연속적 유산인 까닭에 변화가 인정되는 전형의 개념으로 바뀐 것과는 구분된다고 할 것이다.

법률적인 측면에서 바라본 '원형'은 아직은 여전히 미완성이라 할 수 있으나, 문화재 관리의 방법과 방향을 알려주는 가늠자로서 여전히 매우 중요하다고 생각된다. 이번 글에서는 '원형'에 대한 규정 자체의 문제점, 법적 성격 검토, 문화재 관리행위별 적용실태 등을 간략히 살펴보았다. 향후 더욱 논의를 발전시켜 더 나은 문화재 관리를 위해 '원형 유지'의 원칙을 법적으로 구속력있게 적용시킬 수 있는 방법에 대한 고민을 해보고자 한다.



참고문헌

- 감사원, 2014, 『감사결과보고서: 문화재 보수 및 관리 실태』
- 『고도 보존 및 육성에 관한 특별법』, 2011년 제정, 2015년 개정
- 『매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률』, 2011년 제정, 2015년 개정
- 『무형문화재 보전 및 진흥에 관한 법률』, 2015년 제정, 2016년 시행
- 『문화재보호법』, 1962년 제정, 2016년 개정
- 『문화재수리 등에 관한 법률』, 2011년 제정, 2015년 개정
- 동아일보, 2015.7.10, “문화재 활용이나, 보존이나. 홈스테이 찬반논란 팽팽”, <http://news.donga.com/3/07/20150708/72344387/1>

Legal Review of Heritage Laws and Regulations

Hwang Kwon Soon

Cultural Heritage Administration, Tangible Heritage Division

Abstract

This essay explores the ways in which the philosophical concept of “original form” is expressed in relevant laws and regulations, the legal character of respective regulations, the way in which each regulation is applied in practice for heritage management, and the factors required for this concept to serve as a legally binding fundamental principle.

The current laws and regulations on heritage maintain a consistent requirement for preserving the original form of heritage, both for the general public and for heritage professionals. However, the principle of preserving original form is expressed as a declaration or imperative without substantive definitions. Consequently, heritage administrators simply follow administrative procedures for heritage conservation, management, and promotion while failing to specify the meaning of “original form.”

For the practical application of the principle of preserving original form to overall heritage conservation activities as an actual legal principle, further provisions should be added for the purpose of clarifying the principle, with consideration given to the observation of fundamental principles for legal provisions, such as the principles of clarity, equality, and proportion. The principle of preserving original form still functions as the most necessary principle for heritage conservation and therefore should be reestablished as a refined and rational regulatory system.

Key Word Original form, Value, Legally binding, Regulatory control, Administrative activities, Legality

Received 2016. 02. 29

