博 士 學 位 論 文

文化遺産의 刑法的 保護와 限界

高麗大學校 大學院

法 學 科

李 裕 卿

2016年 6月

河 泰 勳 敎授指導

博 士 學 位 論 文

文化遺産의 刑法的 保護와 限界

이 論文을 法學博士 學位論文으로 提出함

2016年 6月

高麗大學校 大學院

法 學 科

李 裕 卿

李裕卿의 法學博士 學位論文 審査를 完了함.

2016年　6月

委 員 長 _____하 태 훈_____ ㊞

委　　員 _____윤 동 호_____ ㊞

委　　員 _____이 근 우_____ ㊞

委　　員 _____강 수 진_____ ㊞

委　　員 _____이 주 원_____ ㊞

대 목 차

제1장 서 론 ····· 1

제1절 연구의 필요성 ····· 1

제2절 연구의 범위 ····· 4

제2장 문화유산의 일반이론과 문화재보호법 고찰 ····· 6

제1절 문화영역 법제의 문제점 ····· 6

제2절 문화재보호법 체계 및 문제점 ····· 26

제3절 문화유산의 형법적 보호를 위한 전제 ····· 56

제3장 문화재보호법 위반죄의 보호법익 ····· 64

제1절 문화재보호법상 보호대상의 특수성 ····· 64

제2절 감정가치의 포섭과 한계 ····· 85

제3절 감정가치 침해의 구체적 형태 ····· 113

제4장 문화재보호법상 형벌규정의 헌법적 제한 ····· 129

제1절 명확성 원칙과 비례성 원칙의 관계 ····· 130

제2절 명확성심사 ····· 134

제3절 비례성심사 ····· 190

제4절 개정 방향 검토 ····· 211

제5장 결론 ····· 214

부 록 ····· 220

참고 문헌 ····· 231

ABSTRACT ····· 247

세부 목차

제1장 서 론 ····· 1

제1절 연구의 필요성 ····· 1

제2절 연구의 범위 ····· 4

제2장 문화유산의 일반이론과 문화재보호법 고찰 ····· 6

제1절 문화영역 법제의 문제점 ····· 6

I. 문화영역의 의의 ····· 6

1. 문화 개념의 변천 ····· 6

2. 특징 : 법외영역의 체계내화 ····· 11

II. 법제화 현황 ····· 14

1. 문화에 대한 다양한 규율 형태 ····· 14

2. 우리나라 헌법상 문화에 대한 규율 ····· 17

3. 국제규범상 문화의 범위 ····· 18

III. 문화영역 법제의 분류 기준 마련 ····· 20

IV. 형법상 문화관련 논의 지점 ····· 21

1. 형법의 적용대상으로서의 문화 ····· 21

가. 문화적 의미를 지닌 법률 해석 ····· 21

나. 문화적 가치에 대한 형법적 판단 ····· 23

2. 문화적 현상으로서의 형법 ····· 24

제2절 문화재보호법 체계 및 문제점 ····· 26
I. 문화재보호법 체계 개관 ····· 26
II. 문화재보호법상 문화유산의 의의 ····· 27
1. 문화유산의 일반적 의의 ····· 27
가. 문화유산과 문화재 ····· 27
나. 문화유산의 분류 및 보호방식 ····· 29
2. 문화재보호법상 문화재 ····· 30
가. 개념 ····· 30
나. 분류 방식 ····· 31
(1) 지정·등록제도 ····· 31
(2) 일반동산문화재에 대한 확인 ····· 34
(3) 구체적 분류 형태 ····· 35
다. 요건 ····· 39
(1) 역사성 : 시간적·공간적 구성요건 ····· 39
(2) 예술성·학술성 : 가치판단적 구성요건 ····· 40
(3) 보존의 필요성 ····· 41
(4) 보론 : 분리된 일부의 대상적격 ····· 42
3. 문화재보호법상 형벌조항 검토 ····· 44
가. 문화유산 관련 범죄에 대한 최근 경향 ····· 44
나. 문화재보호법상 형벌조항에 대한 전반적 고찰 ····· 47
(1) 체계 및 성격 ····· 47
(2) 문제점 ····· 49
4. 문화유산에 대한 학제적 연구의 필요성 ····· 53

제3절 문화유산의 형법적 보호를 위한 전제 ····· 56
I. 일반 문화영역과의 차이 ····· 56
1. 문화유산의 비개인성 ····· 56
2. 법적 개입의 요구 ····· 60
가. 문화유산 보호의 근거 ····· 60
(1) 검토의 필요성 ····· 60
(2) 일반이론 ····· 61
나. 평가 ····· 62
II. 형법상 구체적 논의 지점 ····· 63

제3장 문화재보호법 위반죄의 보호법익 ····· 64
제1절 문화재보호법상 보호대상의 특수성 ····· 64
I. 문화유산보호에 대한 법익론의 한계와 보완 방향 ····· 64
1. 문화재보호법 위반죄의 특수 상황 ····· 64
2. 기존 법익론의 한계 ····· 67
3. 보완의 방향 ····· 70
가. 감정가치와 법익의 관계 재조명 ····· 70
나. 법익 주체의 세분화 ····· 71
다. 자율지향적 접근 ····· 71
II. 보편적 법익의 구체화를 위한 방법론 ····· 74
1. 가치, 이익, 법익의 구별 : Feinberg의 방법론 ····· 74
가. 법적 보호가 가능한 이익의 범주 ····· 74
나. 위해 및 형법상 보호되는 이익의 세분화 ····· 77

2. 보편적 법익의 실질화 : Hefendehl의 방법론 ····· 79
가. 보편적 법익에서 개인적 요소의 제거 ····· 79
나. 법익 근거의 세분화 ····· 80
다. 시사점 ····· 82
3. 소결 ····· 83

제2절 감정가치의 포섭과 한계 ····· 85
I. 감정가치의 의의 ····· 85
II. 감정가치의 포섭 가능성 ····· 86
1. Feinberg의 형사입법원리 ····· 86
가. 검토의 필요성 ····· 86
나. 개관 ····· 88
(1) 정서보호원리(Offense Principle) ····· 89
(2) 법후견주의(Legal Paternalism) ····· 90
(3) 법도덕주의(Legal Moralism) ····· 91
(4) 평가 ····· 94
다. 위해성원리(Harm Principle)에 의한 제한 ····· 95
(1) 위해(harm)의 의미 ····· 95
(2) 위해성 원리의 내용 ····· 98
라. 소극적 접근법에 의한 제한 ····· 101
2. 감정가치의 재조명 ····· 102
가. 정서보호원리의 독자성 ····· 103
나. 감정가치의 주체 ····· 104

다. 정서보호원리와 위해성원리의 관계 ····· 105
라. 정서보호원리 도입의 실익과 한계 ····· 109
3. 감정가치의 특수한 요건 ····· 111
가. 개인의 영역 ····· 111
나. 집단의 영역 ····· 111

제3절 감정가치 침해의 구체적 형태 ····· 113
I. 분류의 기준 ····· 113
II. 유형 ····· 114
1. 위해의 결과가 발생한 경우 ····· 114
2. 감정가치 침해의 결과만 발생한 경우 ····· 116
3. 감정가치 침해가 위해로 평가되는 경우 ····· 117
III. 문화재보호법에의 적용 ····· 119
1. 헌법적 가치와의 조화 ····· 120
가. 헌법상 근거 ····· 120
나. 문화재보호법의 취지 ····· 121
다. 소결 ····· 122
2. 공론화와 승인 ····· 123
IV. 소결 ····· 127

제4장 문화재보호법상 형벌규정의 헌법적 제한 ····· 129
제1절 명확성 원칙과 비례성 원칙의 관계 ····· 130

제2절 명확성심사 ····· 134
I. 의의·방향·범위 ····· 134
1. 행정법상 형벌조항에 대한 명확성심사의 중요성 ····· 134
2. 문화재보호법상 형벌조항에 대한 명확성심사의 방향과 범위 ····· 136
II. 문화재보호법상 “문화재” 개념의 명확성 ····· 138
1. 헌재 98헌바 67 결정 검토 ····· 138
가. 결정내용의 정리 ····· 139
나. 다수의견 비판적 검토 ····· 140
2. 심사기준과 강도 ····· 142
가. 문화유산에 대한 가치 판단의 헌법적 보호 ····· 142
(1) 문화유산에 대한 가치 판단의 성격 ····· 142
(2) 헌법상 예술의 자유의 내용 ····· 144
나. 예술의 자유 혹은 표현의 자유 ····· 148
(1) 예술적 표현에 대한 우리나라 판례 검토 ····· 148
(2) 예술적 표현에 대한 미국 판례 검토 ····· 151
다. 표현의 자유를 제한하는 처벌법규에 대한 명확성 심사기준 ····· 152
(1) 우리나라 판례상 영역별 명확성의 정도 ····· 152
(2) 미국 연방대법원의 명확성 심사기준 ····· 154
(3) 소결 :예술의 자유의 구체적 내용에 따른 명확성 심사기준 설정 · 156
3. 위임 형식의 형사입법에 대한 명확성 심사 방법 ····· 157
4. 문화재보호법상 문화재 정의규정에의 적용 ····· 161
가. 1단계 : 수권법률의 명확성 ····· 161
나. 2단계 : 위임의 방식 - 포괄위임입법금지원칙 위반 여부 ····· 164

다. 3단계 : 하위법령의 명확성 ····· 167
5. 소결 ····· 168
가. 정비방안 검토 ····· 168
나. 행정종속적 구성요건 개념의 안정성 확보 필요성 ····· 170
III. 허가·지정·확인 등 행정행위와 명확성의 원칙 ····· 171
1. 행정종속적 형벌조항 ····· 171
가. 행정종속적 입법의 불가피성 ····· 171
나. 행정종속 정도와 태양에 따른 분류 ····· 173
2. 구성요건상 행정종속성 ····· 175
가. '행정법상 허가'의 형법적 의미 ····· 175
나. 문화재보호법 제90조 제1항 및 제2항 검토 ····· 177
3. 형벌조항의 명확성 확보를 위한 행정행위의 요건 ····· 179
가. 행정행위의 명확성에 대한 일반적 논의 ····· 179
(1) 개괄 ····· 179
(2) 지정문화재에 대한 반출허가의 명확성 ····· 182
나. 일반동산문화재에 대한 행정행위의 명확성 ····· 182
(1) 확인시 소급하여 범죄성립 ····· 183
(2) 가치판단의 주체 ····· 185
(3) 수범자의 예견가능성 확보를 위한 절차 ····· 186
4. 소결 ····· 188

제3절 비례성심사 ····· 190
I. 형법에서 비례성 심사의 일반적 의미 ····· 191

II. 문화재보호법상 벌칙규정에 대한 비례성심사 기준 설정 ····· 193
1. 헌재재판소의 심사기준에 대한 재검토의 필요성 ····· 193
가. 문제의 지점 : 헌재 98헌바67 결정을 중심으로 ····· 193
나. 헌법상 기본권이 아닌 원리에 근거 ····· 196
(1) 헌법상 기본권과 원리의 관계 ····· 196
(2) 형벌의 근거 및 통제의 강도 비교 ····· 198
다. 형벌가중의 근거로서 입법목적 ····· 199
2. 적합성 및 필요성 심사기준 : 행정적 조치의 전치(前置) ····· 200
3. 위해성에 기초한 법익형량 : 히르쉬의 Living Stnadard ····· 202
III. 문화재보호법상 형벌조항에의 적용 ····· 206
1. 검토의 대상 ····· 206
2. 적합성 및 필요성 원칙 검토 ····· 206
3. 법익균형성 원칙 검토 ····· 207
가. 문화재보호법상 형벌 가중의 현황 ····· 207
나. Living Standard에 따른 검토 ····· 210

제4절 개정 방향 검토 ····· 211

제5장 결론 ····· 214

부 록 ····· 220
참고 문헌 ····· 231
ABSTRACT ····· 248

제1장 서 론

제1절 연구의 필요성

현대 형법은 형법을 윤리와 도덕, 종교로부터 분리시킨 자유주의 형법관의 성과를 훼손시키지 않으면서도, 개인으로 환원되기 어려운 사회적 기능과 이익에 대한 보호기능까지도 조화롭게 완수하기를 요구받고 있다. 사회영역이 세분화됨에 따라서 기존 형법으로는 신속한 대처가 어렵다는 문제의식이 제기되었고, 이에 따라 각 영역의 행정법 내에 벌칙규정이라는 형식으로 행정벌과 함께 형벌규정이 자리 잡게 되었다. 하지만 환경보호, 동물보호, 생명윤리, 문화재보호 등 새롭게 대두된 영역들에 대하여 형사적 제재의 근거인 보호법익이 명확하게 확정되지 않은 경우가 많다. 따라서 명확한 법익을 근거로 구체적 형량을 통하여 형벌조항이 마련되지 못하고, 여론의 요구 및 행정 미비에 대한 보완 필요성에 따라 입법되는 경우가 상당하다.

입법취지상 보호법익 혹은 아직 확정되지는 않았지만 예상되는 보호법익과 구체적 형벌조항의 실제 보호대상 간의 간극에는 기존 자유주의 형법관에서 배제하고자 했던 사회윤리 및 사회윤리로 포섭되곤 했던 감정가치가 존재한다. 따라서 감정가치가 사회윤리로부터 분리될 수 있는지 여부와 감정가치에 대한 보호가 형법상 법익의 내용으로 포섭될 수 있는지를 검토할 필요성이 제기된다. 형법의 보호대상으로서 법익과 사회윤리의 관계는 오랜 시간에 걸쳐 검토되어왔다. 사회윤리보호사상이 극대화되어 형법이 권력에 의한 일방적 폭력으로 작용했던 역사를 거친 후, 이에 대한 반성으로 법익개념의 실질화・탈관념화 작업이 진행되었다. 이를 통하여 자유주의 형법관은 형법에게 국가로부터 개인을 보호하는 임무를 부여하는 성과를 이루었다. 하지만 국가기능의 확대 및 사회의 복잡화에 따라 보편적 법익의 확장되었고, 환경 등 형법적 보호의 필요성은 높으나 기존의 법익론으로는 포섭하기 어려운 영역들도 증가하였다. 이에 따라 개인과 국가의 관계, 즉 보편적 법익과 개인적

법익의 관계 및 보편적 법익을 위한 개인의 기본권 제한 여부와 정도의 문제의 해결이 중요해졌다.

개인적 법익과의 관련성이 낮거나 국가 및 행정기능 등 확정이 가능하지 않은 영역에 대한 형법의 개입목적은 흔히 사회윤리보호라고 치부되어왔다. 하지만 사회윤리라는 하나의 개념으로 설명하기에는 충분하지 않은 측면이 존재한다. 사회윤리란 당·부당의 문제로, 법과는 근거와 효과를 달리하는 또 다른 사회질서라고 할 수 있다. 반면 모욕죄나 국기모독죄, 문화재보호법 등이 보호하는 감정가치는 당·부당보다는 쾌·불쾌의 문제로 정서적 영역에 속한다. 따라서 윤리와 정서를 분리하여 각각에 대한 형법적 개입의 정당화 가능성을 달리 설정할 필요가 있다. 사실 감정가치 보호 문제는 비단 새로이 제기되는 사회영역에서만 문제되는 것은 아니다. 표면화되지 않았을 뿐, 기존 형법전 내의 모욕죄, 국기모독죄와 국가보안법상 찬양고무죄 등 각종 방어적 민주주의에 기초한 형사입법에서도 어렵지 않게 포착할 수 있는 현상이었다. 다만 부수형법이 기본 형법을 양적으로 압도하면서 이러한 현상이 부각되었을 뿐이다.

감정가치의 형법적 보호 경향이 가장 분명하게 드러나는 영역 중 하나로 문화유산에 대한 보호를 들 수 있다. 문화재보호법의 입법취지는 일차적으로 문화유산의 원형보존에 있고, 종국적으로는 문화유산 활용을 통한 국민의 문화적 향상과 인류문화에의 기여에 있다. 하지만 문화재보호법상 형벌조항을 살펴보면, 이러한 입법취지를 초과하는 보호법익을 상정하는 것으로 보인다. 문화재보호법 제92조는 형법상으로는 처벌되지 않는 자기물건의 은닉행위를 처벌대상으로 하고 있다. 구성요건적 행위 이전에 문화재 해당성을 확인할 수 있는 절차가 전혀 마련되어 있지 않은 일반동산문화재의 경우, 은닉행위가 문화재보호법이 금지하는 원형훼손에 해당하지 않고, 일반동산문화재 소유자에 대해서는 동법이 공개 및 활용의무를 부과하고 있지 않음에도 불구하고 미공개의 자기 물건 은닉을 처벌하고 있다. 한편 동법 제90조는 무허가반출행위에 대하여 선택형 없는 3년 이상의 유기징역과 필요적 몰수를 규정하고 있는데, 이 역시 원형훼손이나 활용의 저해 발생이 필연적인 것은 아니다. 또한 제93조는 단체나 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 몸에 지녀 지정 및 가지정 문화재 관리자에게 상해·사망의 결과를 발생시킨 경우 사형, 무

기, 5년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있어 형법보다 가중처벌하고 있다.

문화재보호법상 형벌조항의 입법취지를 초과하는 부분에는 아직 표면화되지 않은 문화유산에 대한 감정가치가 존재한다고 볼 수 있다. 지정・가지정・등록・일반동산문화재의 법정형에 차등을 둔 것을 설명하기 어렵고, 예술품에 대한 특별한 형법적 보호가 마련되어 있지 않은 점과 비교해 볼 때 문화유산 자체의 가치를 반영했다고 보기에는 무리가 있기 때문이다. 또한 문화유산 관련 행정의 기능을 보호한다고 보기에는 그 법정형이 지나치게 높고, 일반동산문화재의 경우 행정적 공백이 있는 부분까지도 처벌하고 있다는 점에서 적절하지 않다. 제90조의 경우 우리의 문화재가 국외로 반출시 원형보존에 영향이 없고 그 활용이나 인류문화발전에의 기여 가능성이 더 높아질 가능성이 있음에도 불구하고 국외반출에 대한 역사적・정서적 상실감을 반영하여 처벌하고 있다. 이러한 감정가치는 제92조에서 나타나듯이 형법상 처벌되지 않는 행위에 대한 독자적 처벌의 근거로도 작용하고 있다.

감정가치는 모욕죄와 같이 개인과 직접적 연관성을 가지는 경우와 국기모독죄와 같이 개인보다는 집단과 연관성을 가지는 경우로 나눌 수 있다. 문화재보호법이 집단의 감정가치를 반영하면서 이를 기초로 개인의 기본권에 대한 직접적 제한을 하고 있다는 점에서, 보편적 법익의 세분화에 따른 감정가치의 분리 및 감정가치의 주체에 따른 법적 요건・효과의 분류를 논하기에 적절한 기재라고 생각한다.

영미의 보통법은 경험론적 접근방법을 통하여 윤리와 정서의 구별과 그에 따른 형사입법원리를 발전시켜왔다. 이러한 영미의 형사입법원리 및 그에 대한 개별적 제한원리들을 검토함으로써, 이제까지 크게 주목받지 못했지만 현실적으로 입법의 근거로 사용되어왔던 감정가치의 형법적 의미를 새길 수 있을 것이다. 영미의 형사입법원리가 형법적 개입 근거와 관련되어 있다면, 개인적 법익과 보편적 법익 중 사회윤리 및 감정가치 상호간의 관계설정 및 단계화를 위하여 명확성원칙 및 비례성원칙이 고려될 수 있다. 형법적 개입의 근거가 인정되더라도 개인책임원칙이라는 한계 속에서만 그 개입이 정당화될 수 있기 때문이다. 감정가치에 대한 법익・죄형법정주의・비례성원칙 검토를 통하여 과잉화된 형법적용 영역을 구별하여 형법의 보장적 기능을 제고할 수 있을 것이다.

제2절 연구의 범위

문화재보호법의 벌칙규정에서 나타나는 제 문제는 기본적으로 문화유산의 개념과 그에 따른 각 유형의 문화유산의 특성에 대한 깊이 있는 이해의 부족에서 연유한다. 문화유산에 대한 이해 부족은 비단 입법기관만의 과오는 아니며, 문화유산의 성격상 그 개념정의가 까다롭고 특히 향유 주체와 통제 주체가 불일치하기 때문에 규범영역에서 문화유산 개념을 완벽하게 정의하기란 매우 곤란한 일이다. 문화유산의 규범적 의의, 즉 그 보호가치 여부는 사회과학과 인문학의 영역에 속한 문화개념과 밀접하게 연관되어 있다. 따라서 사회과학과 인문학의 영역에서 일반적 논의들을 살펴보고 문화 및 문화유산의 개념을 어느 정도로 한정할 것인지 고찰하는 작업이 선행되어야 한다.

문화의 범주를 특정하고 문화유산의 개념을 파악한 후에는 앞에서 살펴 본 형법적 개입의 필요성에 근거하여 그 한계의 근거와 정도를 살펴볼 것이다. 이때 형법의 중요한 제한원리인 죄형법정주의와 법익이론, 비례성원칙을 차례로 검토하여 문화유산 영역의 특성에 부합하는 형법적 개입의 범위를 조명한다. 다만 개별적인 사례나 문화재보호법상 벌칙규정의 구체적인 논점들은 후행 연구로 미뤄두고 이번 연구는 문화유산과 형법과의 총론적인 범위로 한정한다. 문화재보호법은 1962년 제정 이래 30차례가 넘는 전체・일부개정이 이루어져왔다. 따라서 이 논문은 가장 최근에 개정된 법률 제13249호(2015.3.27. 일부개정, 2016.3.28. 시행)에 근거하도록 한다. 또한 용어의 사용에 있어서 ‘문화재’는 동산 및 부동산에 국한되는 개념이라는 한계가 있으나 현행 문화재보호법이 문화재라는 용어를 사용하고 있으므로, 일반이론을 전개할 때에는 ‘문화유산’이라는 용어를 사용하고 문화재보호법과 관련된 서술을 할 때에는 문화재라는 용어를 사용하도록 하겠다.

본 논문은 총 5장으로 구성되어 있다.

제2장에서는 우선 문화영역 법제 전반과 문화영역의 특성을 고찰한다. 문화유산의 개념이 사회과학 및 인문학에서 주로 논의되는 문화개념과 밀접하게 관련되어

있기 때문이다. 제2절에서는 문화영역에서 문제되는 형법 사안 중 하나로서 문화재보호법의 체계와 문화재의 요건 및 형벌조항의 문제점을 검토한다. 제3절에서는 문화유산의 특성을 일반문화영역과 비교하여 검토하고, 이를 바탕으로 형벌조항의 문제점을 극복하기 위한 분석틀로서 법익이론과 명확성원칙, 비례성원칙을 제시하도록 한다.

제3장에서는 문화유산에 대한 형법적 보호의 근거이자 범죄행위로 침해받는 이익의 내용을 구체화하는 법익이론을 검토한다. 우선 제1절에서는 문화재보호법의 특수한 보호대상으로서 감정가치를 도출하고, 기존의 법익론의 한계를 보완하기 위한 방법으로서 보편적 법익의 세분화 방법을 제시할 것이다. 제2절에서는 형법상 감정가치의 의의와 감정가치를 형사입법원리로 도입한 파인버그의 이론과 정서보호원리와 위해성원리의 관계를 조명한 히르쉬의 이론을 중심으로 살펴본다. 또한 감정가치를 개인의 영역과 집단의 영역으로 구분하여 각 요건을 분석한다. 제3절에서는 감정가치 침해의 구체적 형태를 분류하고 문화재보호법상 형벌조항에 적용하도록 한다.

제4장에서는 제1절에서 명확성원칙과 비례성원칙의 관계를 살펴본 후 제2절에서 죄형법정주의의 원리 중 특히 명확성원칙을 기준으로, 문화유산 개념의 불명확성을 법률 자체의 명확성 및 행정행위가 범죄구성요건으로 편입된 경우의 명확성 문제를 중심으로 검토하여 행정적 절차를 통하여 법률의 불명확성이 보완될 수 있음을 논증한다. 이때 지정문화재의 경우에는 행정행위의 명확성이 주로 문제되는 반면, 일반동산문화재의 경우에는 법률 자체의 명확성 또한 논점이 되므로 둘을 구분하도록 한다. 제3절에서는 비례성원칙을 중심으로 문화유산에 대한 형법적 개입의 한계를 설정해 볼 것이다. 헌재 98헌바67 결정에 대한 비판적 검토를 통하여 감정가치를 보호하는 문화재보호법에 적절한 비례성심사 기준을 설정하고 적용하도록 한다. 적합성 및 필요성의 기준으로는 행정적 조치의 전치, 법익균형성 기준으로는 히르쉬의 Living Standard 개념을 참조하도록 한다. 제4절에서는 이제까지 검토를 바탕으로 문화재보호법의 개정 방향을 설정하도록 한다.

제2장 문화유산의 일반이론과 문화재보호법 고찰

문화유산 영역은 광의의 문화에 속한다. 따라서 문화의 의미를 파악하고 이 영역의 규범적 특징을 이해하는 작업을 선행할 필요가 있다. 문화영역 또한 다양한 부문으로 나뉠 수 있기 때문에, 그 특징을 파악함으로써 규범화의 필요성 여부를 결정할 수 있을 뿐만 아니라 각 영역의 자율성을 최대한 보장하는 법적 개입의 방향을 설정할 수 있기 때문이다. 또한 이를 바탕으로 문화유산의 보호를 위한 문화재보호법의 체계와 형벌조항의 문제점을 고찰함으로써, 일반적 문화영역과 구분되는 문화유산에 대한 형법적 개입의 근거와 한계지점을 발견할 수 있을 것이다.

제1절 문화영역 법제의 문제점

Ⅰ. 문화영역의 의의

1. 문화 개념의 변천

문화에 대한 정의를 내리려는 시도는 인문학 및 사회과학 심지어는 과학의 영역에서까지 다양하게 전개되어 왔다. 각각의 정의들은 문화에 대한 일반적 개념정의를 내릴 목적으로 진행되었다. 하지만 문화에 포함시킬 대상의 범위조차 일정하지 않고, 문화 영역의 본래적 특성상 그 구성요소들이 모호성과 다의성을 띄기 때문에 문화 전체를 포괄하는 일반적 정의를 내리는 것은 사실상 또 다른 개념 양산에 불과할 가능성이 농후하다. 따라서 문화와 같은 다층적이고 복잡한 용어의 의미를 파악하기 위해서는 개념의 변천과정 속에서 중요한 요소들을 추출해 내는 방법이 보다 효과적인 접근이라고 판단된다.

문화 개념은 로마의 농경사회에서 처음으로 등장했다. 문화는 본래 농경을 의미

했는데,[1] 키케로(Cicero)가 최초로 물리적 노동에서 정신적인 영역으로 전환하여 문화의 개념을 사용하였다. 키케로는 쿨투라 아니미(cultura animi, 정신의 경작) 개념을 설명하면서, 영성 혹은 정신은 철학적 훈련을 통하여 비로소 제대로 '경작' 될 수 있다고 강조하였다.[2] 반면 로마의 예술 및 문학의 뿌리인 고대 그리스에서는 예술이나 문학과 같은 구체적 영역이 아닌 문화라는 포괄적인 개념을 찾아보기는 어렵다. 그리스에서 인간을 우월하게 만들어주는 것은 예술이라기보다는 폴리스와 정치였고, 즐거움과 필요를 앞세운 탐미주의가 아닌 폴리스가 설정해놓은 틀 안에서 진정한 기예의 소산(ergon)인 예술과 문학, 철학의 아름다움과 지혜를 향유하는 태도야말로 진리를 조준하는 지식을 가지고 유약함(malakia)을 피할 줄 아는 인간답고 절제 있는 사람(sōphron)이 되는 길이었다.[3] 따라서 그리스에서 문화는 제작된 예술작품을 향유하는 방식이라고 해석될 수 있고, 제작물이 온전히 잘 됨(to eu)을 간직하기 위해서는 정치의 영역인 폴리스로부터 분리되어 어떤 목적을 위한 접근이 아닌 그 자체를 감상하는 태도가 요구되었다. 사물의 내재적 가치를 정치 등 공적의 영역의 판단으로부터 분리하여 사고하는 방식은 이후 가치 개념을 강조한 1960년대 미국의 구조기능주의 이론의 원형이라고 볼 수 있을 것이다.

1700년대 산업혁명 이후 18세기 무렵부터 문화는 문학・미술・무용・연극 등의 예술행위의 총체로 이해되기 시작하였다.[4] 이러한 관점은 시대적 배경에서도 유추할 수 있듯이 유럽중심으로 교양과 야만을 구분하는 계몽적이고 배타적 엘리트주의 성격이 다분하였고, 주로 "문명(civilazation) " 개념을 중심으로 문화의 발전과정을 개발과 개화, 교화의 관점으로 파악하였다.[5] 문명 개념이 문화로부터 명확하게 분리된 것은 18세기 프랑스가 독일을 점령한 후, 피헤테 등 독일의 지식

---

1) Eagleton, *The Idea of Culture*, 2면.

2) 하지만 키케로의 쿨투라 아니미 역시 문화의 의미를 단순히 아름다운 것을 대하는 감상자의 감성 및 취향, 그리고 그것을 통한 정신의 수련활동에 국한하며, 그 정신의 수련활동의 결과물 또는 그 이름다움을 만들어내는 장인이나 예술가의 활동 혹은 그 결과물을 포함하지는 않았다. 이에 대하여 키케로, 투스쿨룸 대화, 153-157면.

3) 피해야 할 품성으로 악덕(kakia), 자제력 없음(akrasia), 짐승 같은 품성상태(thēriotēs) 세 가지를 해설한 아리스토텔레스, 니코마코스 윤리학, 233-276면.

4) 윌리엄즈, 문화사회학, 46-48면.

5) 문명을 중심으로 한 발전적 과정을 살펴 본 대표적인 저서로 헌팅턴, 문명의 충돌, 45-57면.

인들이 프랑스로 대표되는 유럽중심의 귀족적이고 계몽적 문화 개념에 반대하고 물질적 후진성을 대신하여 정신적으로 독일 고유의 자긍심을 찾고자 하는 노력 속에서였다.[6)]

독일의 헤르더는 18세기에 널리 퍼져있었던 계몽주의적이고 유럽중심적인 문화 접근 방법에 대해 회의적이었다.[7)] 헤르더는 인류학적 관점에서 문화를 문명개념과 구별해내면서 문화를 상징적 차원의 의미로 끌어올렸다.[8)] 그는 문화를 예술행위나 세련되게 발달된 예술품에 국한하지 않고, 삶의 방식 전반이라고 보았다. 따라서 문화는 공동체에 의해 공유되는 것이며 문화를 통하여 한 공동체의 모습이 전사된다. 따라서 문화는 문명처럼 하나의 방향성을 가지고 단수로 존재하는 것이 아니라 각 공동체의 객관화된 모습으로 복수(cultures)로 존재하게 된다.[9)] 그에 따르면 동일한 삶의 방식, 즉 표의 체계(signifying system)를 갖고 있지 않은 공동체 간에는 동일한 가치판단을 할 수 없다는 문화의 다양성을 쉽게 인정할 수 있다.[10)] 헤르더가 주장한 상징체계로서의 문화는 이후 구조주의 이후의 문화연구로 이어지게 된다.[11)]

헤르더 이후 구조주의와 후기구조주의,[12)] 그리고 하버마스의 비판이론에 이르기

---

6) Geuss, *Morality, Culture and History : essays on German philoshophy*, 32면; 이에 대하여 독일 중산층 계급과 귀족계급 간의 대립 속에서 독일의 문화 개념이 발생하였고 이후 독일인들은 1870년 프로이센-프랑스 전쟁과 세계 제1차 대전을 문명에 대한 문화투쟁으로 파악했다는 내용으로, Norbert, *The Germans : power struggles and the development of habitus in the nineteenth and twentieth centuries*, 178-182면.

7) 문명으로서의 문화에 대해 비판적인 견해들을 소개하는 Eagleton, 전게서, 15-21면.

8) 심광현, “문화사회를 위한 문화 개념의 재구성,” 58-59면.

9) 김수갑, 문화국가론, 13-14면.

10) 윌리엄즈, 전게서, 11면.

11) 19세기에는 칼 막스, 막스 베버, 뒤르켐 등 고전사회이론가들을 주축으로 문화에 대한 본격적인 연구가 시작되었다. 칼 막스의 문화이론에 대한 윌리엄스의 해석과 비판을 설명한 권정임, “생태문화의 창출과 비전: 맑스와 윌리엄스에 대한 비판과 변형,” 85-88면; 막스 베버의 문화이론에 대한 자세한 설명으로 최치원, “막스 베버의 문화개념과 합리주의개념 해석: 독일 학문사와 학문이론의 전개를 중심으로.”; 뒤르켐의 문화이론에 대한 자세한 설명으로 이철, “종교사회학적 관점에서 본 새로운 문화담론: 감정의 문화사회학을 중심으로,” 284-291면; 문화를 공동체의 관념이나 가치, 정신 혹은 현실에 대한 개인의 해석으로 보는 이러한 개인주의적이고 주관적인 관점은 1960년대 파슨스로 대표되는 미국의 구조기능주의 이론에까지 이어져서 가치와 규범의 관계, 가치분석에 대한 논의들을 불러일으켰다.

까지 문화를 표의체계라고 분석하는 일련의 견해들은 문화의 의미나 내용보다는 역동성에 초점을 맞추는 견해, 다른 사회적 현상과 구분되는 독립적 지위를 부여하는 견해, 문화를 상징이라는 형식으로 응축되어 역사를 통해 전달된 후 다시 그것을 지식과 태도로 받아들여 발전시키는 순환, 즉 개인에 의해 해석되고 기술된 상징의 세계가 다시 해석되어 습득되는 것으로 보는 견해,[13] 개인 내면의 문제로 환원시키는 견해 등 다양하게 나타나고 있다. 하지만 대체적인 경향은 문화를 개인 영역의 문제로 한정하기보다는 적어도 문화의 독자적 영역을 인정하고 이에 대한 분석틀을 마련하는 것으로 보인다. 이러한 경향성은 다른 사회영역과는 다른 체계, 문화만의 자율성 인정 여부에서 분명하게 드러나고 있다.[14]

이글턴은 위의 문화연구들에 대한 역사적 고찰을 통해 문화개념을 3가지로 분류하였다.[15] 그는 개인적·주관적 문화개념이 보편화되어 있었던 고전사회주의의 문화개념, 인류학에 기반을 두거나 사회구조와의 연관성 속에서 상징성을 중심으로 분석한 문화개념, 그리고 17세기 이후 공예·기술에서 예술의 개념이 분리된 후 성립된 유미주의적 문화개념 세 가지로 나누었다. 첫 번째 문화개념은 문화를 일종의 "교양" 혹은 "문명"과 등치시켜 다른 공동체의 가치체계에 크게 관심을 갖지 않았고, 기술의 진보나 유럽중심의 발전성에 중심을 두었다.[16] 두 번째 문화개념은 앞에서 설명한 바와 같이 문화 격차가 아닌 공동체 간의 문화 차이에 주목하여 복수의 문화개념(cultures)을 제시하였다. 이러한 문화를 삶의 방식으로 이해하는 인류학적 접근 외에도 푸코나 하버마스의 객관적 접근법도 문화를 가치중립적인 표의체계로 이해하였다.[17] 셋째, 문화를 과학이나 철학과 같은 학문적 분과까지

---

12) 후기구조주의로 분류되는 푸코는 문화를 지식을 소유한 자가 권력과 연관하여 전파하는 과정 자체를 문화로 파악하고, 문화를 단순히 정신적·주관적인 개인적 차원의 그 무엇이 아니라 객관화·사회화되어 그 역사를 '고고학적'으로 관찰하고 '계보'화시킬 수 있는 대상으로 보았다. 이에 대하여 심세광, "미셸 푸코에 있어서 역사·진실·픽션," 239면; 이러한 푸코의 분석은 문화를 정신적·주관적·형이상학적 영역으로부터 객관적 관찰이 가능한 실질적 영역으로 소환했다는 평가를 받는다. 푸코의 문화연구에 대한 평가로 양종희, "사회이론에 있어서 문화의 위치: 문화와 사회구조 및 문화와 행위의 관계," 6면.

13) Greets, *The Interpretation of Cultures: selected essays*, Basic Books, 1973, 89면.

14) 양종희, 전게논문, 6면.

15) Eagleton, 전게서, 15면.

16) Eagleton, 상게서, 9-10면.

를 포괄하기도 하지만 보다 “상상력의 영역”인 예술에 초점을 맞춘 문화개념이다.[18] 여기서 문화는 미학적 영역에 남아있다고 할 수 있다.

문화와 문명의 구분이 모든 문화연구에서 나타나는 것은 아니며,[19] 문화나 문명이라는 용어가 광범위하게 사용되는 만큼 각 사회영역마다 그 의미는 차이를 보인다.[20] 여전히 문화가 문명에 대한 비판의 준거로 거론되지만, 한편으로는 문화와 문명을 구분하기보다는 보다 큰 틀에서 각 개념을 해체하는 작업이 진행되고 있기도 하다. 또한 최근에는 일률적으로 구분하기보다는 광의의 문화적 과정과 그 산출물에 대한 문화주체의 관계에 따라 그 개념을 정의하려는 견해도 제시되고 있다.[21]

예를 들어 동산문화재의 경우, 문화를 단순히 직선적·발전적 의미를 내포하고 있는 문명이라고 규정한다면 각 문화권의 다양한 발전사를 단선적이고 계몽적으로 파악할 위험이 발생하고, 그 향유권 및 원산국의 권리에 대한 고려가 충분히 이루어지지 않을 수 있다. 무형문화재의 경우에는 문화와 문명의 명확한 구분이 더욱 난해한데, 정신성과 물질성, 혹은 예술성과 기술과 같은 이분법으로는 포괄할 수 없는 공동체의 외형화될 가능태를 가진 관습이나 정신적 유산이 포함되기 때문이다. 따라서 문화재 영역에 있어서는 문화와 문명을 단일한 개념 하에서 분류하기보다는 문화라는 개념 자체를 인류가 가진 잠재력이 계발되는 과정에서 다채롭게 표현된 물질적·정신적 유산을 포괄하는 광의의 개념으로 상정하는 편이 바람직하다고 본다.

이러한 입장에서 이글턴의 분류를 검토하면 문명과 문화를 동일하게 파악하는 첫 번째 견해나 문화를 예술영역에 국한하는 세 번째 견해는 복수로 존재하고 가치중립적인 문화유산의 영역에는 적절하지 않다. 물론 형법 적용의 대상으로도 적

17) Eagleton, 상게서, 12-15면.

18) Eagleton, 상게서, 16면.

19) 문화와 문명의 구분 실익이 없다는 견해로, 김수갑, 문화국가론, 19-20면.

20) 문화 개념을 관련 테마에 따라 재구성한 논문으로, 김종엽, “문화 개념의 역사적 변동과 지형: 문화연구의 지향점 재검토를 위하여,” 326면 이하.

21) 문화를 삶의 양식이자 문화적 역능(상징을 통해 인간에 대한 이해와 소통을 제고하는 능력)을 포괄하는 개념으로 파악하고, 문명이 가시화된 생산양식의 측면으로서 경제와 기술 등을 주로 지칭하는 데 반해 문화는 세계 및 타자와 관계를 맺는 주체적 측면을 지칭하는 것이라고 보는 견해로, 심광현, “문화사회를 위한 문화 개념의 재구성,” 65-67면.

절하지 않다. 왜냐하면 특히 세 번째 개념의 경우 문화는 인간의 상상력·미적 감수성이 주를 이루는 정신적 영역에 속하기 때문에 자율성이 매우 중시되어 규범적용의 기회가 희박하고 또 개입하는 것이 바람직하지도 않기 때문이다. 따라서 형법 및 문화유산의 영역에서는 두 번째 개념, 즉 삶의 방식으로서의 문화·복수의 문화·표의체계로서의 문화 개념이 가장 적절할 것으로 보인다.

2. 특징 : 법외영역의 체계내화

국가의 문화에 대한 개입의 정당성, 즉 문화적 토양조성을 위한 국가의 부조 필요성과 국가의 문화에 대한 규제적 개입의 근거에 대한 의문은 현재 국가의 규율범위가 문화급부와 문화규제 양 측면에서 광범위하게 이루어지고 있기 때문에 논의의 실익이 없을 수 있지만, 향후 개입 가능한 영역의 구체화 및 개입 정도에 대한 논의를 진행하기 위해서는 기초적인 점검이 바탕이 되어야 한다. 의문점을 간단히 정리하면 문화영역을 법외 영역으로 볼 수 있을 것인지 여부이다. 여기서 법외영역이란 형법이 제한적으로 적용된다거나 이론상 형법적용의 필요성이 인정될 수 있으나 공소시효나 암수 등으로 형벌권이 배제되는 법의 부재 현상을 의미하는 것이 아니라,[22] 헌법적 질서에 위반되지 않고 체계내화 되어있으나 성질상 보편적인 헌법질서에 의해 포섭될 수 없는 경계 영역, 혹은 법률 외의 초법적 영역 즉 "법질서의 바깥"을 의미한다.[23]

이 영역에 대한 묘사는 형용모순이 있으나 이 영역에서 법은 적극적으로 법질서를 형성하고 규범화하지는 않는다.[24] 오히려 해당 영역을 자신(법)으로부터 배제

---

22) 기소편의주의 및 시효제도를 중심으로 형벌권의 '빔' 현상을 고찰한 논문으로 홍영기, "국가권력의 한계, 어디에서 비롯되는가," 법철학연구 제8권 제1호, 한국법철학회, 2005; 안락사나 종교적 이유의 수혈 거부 등을 법(도덕)으로부터 자유로운 영역이라는 개념으로 설명하는 이상돈, 기초법학, 326-327면.

23) 아감벤은 이 개념을 설명하기 위하여 저항권을 예로 들고 있다. 저항권은 성질상 헌법을 포함한 실정법 영역 밖의 것이지만, 헌법이 저항권을 포함함으로써 헌법 자체는 침해불가능한 완결성을 획득하게 되고 시민들의 모든 정치적 결정은 규범 내로 포섭된다는 설명으로 아감벤, 예외상태, 27-30면.

24) 확약된 자유의 영역을 침범하지 않는 조건으로 권력의 지배를 수용하게 되었다는 푸코의 고찰을 설명한 글로 심세광, "미셸 푸코에 있어서 역사·진실·픽션," 4-6면.

시킴으로써 자신의 정당성을 제고한다.[25] 법이 자신의 성립의 기초가 되는 영역을 포섭하고 예외적인 부분을 배제하는 과정에서, 경계를 설정하는 법 안의 일방적 해석 메커니즘이 작동하게 되는데, 이것이 법을 존재하게 하는 원동력이자 스스로를 정당화하는 방식이라고 할 수 있다.[26] 법의 경계긋기는 결국 법의 개입에 대한 잠재성의 표현이라고 할 수 있는데, 결국 법의 영역으로 포섭, 즉 "잠재성의 현실성으로의 전환" 여부는 법의 주권적 판단에 달려있기 때문이다.[27]

문화영역과 법과의 관계로 돌아가면, 문화영역을 규율하는 법은 앞에서 밝힌 바와 같이 대부분 내용규정보다는 절차적 성격을 가지고 있고, 판례 또한 형법의 적용대상이 되는 객체 혹은 표현인지 여부에 대하여 내용적 기준을 마련한다기보다는 형식적 의미의 단계화를 되풀이하고 있을 뿐이다.[28] 따라서 문화영역에서 법은 규범적 의미내용을 갖지는 않지만 작용하고 있는, 즉 "법을 결여한 법의 힘"과 규범으로서는 유효하지만 적용되지 않는 법상태가 서로 맞물려있다.[29] 예외상태에 대한 법의 해석 시도는 법 외부에 있다고 치부되었던 영역을 다시 예외상태의 성질 그대로 규범의 영역에 재등장하게 하며, 이러한 안과 밖이 모호한 상태에서 다시금 법률 없는 "법률의 힘"을 발휘하게 된다.[30] 이러한 상황의 극복은 주체의 법의 배제 혹은 법의 파괴, 혹은 법 스스로의 포섭 포기에 있는 것이 아니라 법의 비활성화와 조율을 통하여 '법률 없는 법'이 아닌 진정한 "법"을 회복함으로써 가능하다.[31]

---

25) 법의 안과 밖의 구분이 불가능한 상태는 예외상태의 특성이며, 법에 대한 비판이 실현되기 위해서는 다시 구분할 수 없는 예외상태로 돌아가는 끊임 없는 순환에 대한 설명으로, 윤재왕, "'포섭/배제'-새로운 법개념? 아감벤 읽기 I," 278-280면.

26) 아감벤, 호모사케르, 136-140면.

27) 아감벤, 상게서, 110-115면, 142-143면.

28) 음란과 저속, 문란의 의미론적 단계화가 대표적이라고 할 수 있다. 이에 대한 설명으로 이하 IV. 1. 가. 참조.

29) 아감벤, 예외상태, 79면; 전자의 경우 규범으로 작동하나 내용형성임무를 수행하지 못하고 있는 각종 특별형법상 형벌법규를 예로 들 수 있고, 후자의 경우 헌법의 질서에 포섭되어 있으나 다른 법익에 기대지 않고서 독자적으로 규제할 수 없는 문화국가원리를 들 수 있을 것이다; 문화국가 개념은 야경국가와 복지국가에 이은 국가의 기능이 최대로 확장된 것이라는 설명으로 이항녕, 법철학개론, 283-284면.

30) 아감벤, 예외상태, 79면.

“법”의 회복을 통하여 문화영역에 대한 형법의 개입이 정당화될 수 있다면, 즉 법의 내용을 채움으로써 법 스스로 문화영역을 법의 테두리 안으로 포섭한다면, 둘 간의 관계의 밀도가 문제된다. 헌법은 문화국가원리와 언론·출판의 자유 등 기본권 규정들을 통해서 문화영역의 자율성 보장을 개입의 내적 한계로 삼고 있다. 문화영역은 경제영역과는 달리 자유로운 공동체 구성원 간의 소통, 그리고 그것을 가능하게 하는 공론장이 존재할 때에만 본래의 의미를 유지할 수 있고, 과도한 법의 개입이 있는 경우에는 생활세계의 식민지화, 즉 문화의 도구화가 진행된다. 국가에 의한 문화의 보호에서 파생하는 가장 부정적인 결과는 문화의 정형화이다.[32] 가치판단의 과정이 필연적인 문화영역의 특성상 법의 개입은 정치적 지향성을 띨 수밖에 없고, 이러한 일방적인 지향성 이식은 문화의 자율성과 다양성을 훼손할 것이 자명하다. 따라서 문화의 가치에 대한 국가의 자의적 판단과 그에 따른 국가형벌권의 개입은 엄격한 의미의 보충성의 원칙과 비례성의 원칙의 한계 내에서 인정되어야 할 것이다.[33]

문화의 생성 및 향유 주체는 개인이나 국가의 구성원이라고 할 수도 있지만, 국가의 부분 혹은 여러 국가에 걸쳐있는 민족이나 민족을 넘어서는 소위 문화권이 될 수도 있는 유동적 개념이다.[34] 반면 법공동체는 현대사회에서 국가(state)라고 할 수 있다. 문화영역의 주체와 법공동체의 불일치는 국가형벌권의 개입의 필연적 한계의 가장 큰 이유가 된다. 하지만 두 주체가 서로 여집합의 관계에 있는 것은 아니며, 이 접점을 구체화하는 것이 법의 개입을 정당화할 수 있는 중요한 요소라고 할 수 있다. 형법적 규제가 문화에 대한 법적 개입의 유일한 방식일 수는 없다. 다만 공적인 제재라는 측면에서 규범적 선언의 의의를 가지므로 형법적 개입 가능영역에 대한 보다 면밀한 분류작업이 요구된다.

예를 들어 문화의 영역 중 형법적 개입 가능성이 가장 정당화되기 용이한 영역은 문화재 등 공동체가 공유한다고 간주할 수 있는 가치영역이다. 공동체의 공유가

---

31) 임미원, “법의 자기정당화의 위기 - 아감벤의 칸트 법개념 비판을 중심으로 -” 34면.
32) 박균성, “문화에 관한 국가의 개입과 지원,” 5면.
33) 동지의 글로 박균성, 상게논문, 6면.
34) 문화의 생성·향유의 주체에 대한 설명으로 이하 제3절 I.1. 참조.

치임이 확인된 객체에 대해서는 그 생성 및 향유 주체가 공유가치에 대한 보호를 국가에게 형벌권이라는 형태로 위임했다고 볼 수 있기 때문이다. 또한 문화영역에서 국가의 역할은 다른 측면으로 접근할 수 있는데, 국가가 戰時 문화유산 밀반출, 테러 과정에서 문화유산의 파괴 등의 범죄를 주도하거나 간접적으로나마 조장・방조한 경우, 국제법상 문화 제노사이드가 성립할 수 있고, 이러한 경우 국가의 형사적 책임이 문제될 수 있다.[35)]

문화영역과 법과의 교집합 영역에 대한 구체적인 분석, 각 영역에 대한 상이한 개입수단과 강도 선택 그리고 선택된 영역에서 국가의 역할을 분명히 하기 위한 문화가치 판단 주체들과의 공론화 작업 등이 순조롭게 이루어질 때 국가 형벌권은 사실상의 힘에 머물지 않고 법적으로 승인된 권력으로 인정받을 수 있을 것이다.[36)]

II. 법제화 현황

1. 문화에 대한 다양한 규율 형태

어느 나라나 문화영역에 대한 법의 개입 가능성을 인정하고 있으나 그 규정 방식은 다양하게 나타나고 있다. 헌법 전문에서 문화국가 이념을 나타내는 형태, 국가목적규정의 형태로 문화국가의 이념을 선언하는 형태, 입법위임이나 헌법위임으로 규정하는 형태, 학문・예술・교육・종교 등 소위 문화적 기본권의 형태로 규정하는 경우가 대표적이라고 할 수 있다.[37)]

문화영역을 시민의 자유권과 밀접한 관련을 맺고 있다고 보는 미국의 경우 성문헌법이 존재함에도 불구하고 법이 보호할 문화의 영역을 연방헌법에서 구체적으로 규정하고 있지 않다.[38)] 문화영역에서는 자율성과 표현의 자유 등이 천부적으로

---

35) 물론 국제형사재판소 규정상 형사책임은 국가가 아닌 개인만이 질 수 있지만, 현재 국제형법학계에서는 전시 범죄에 대한 국가의 단체책임 성립가능성에 대한 논의가 진행되고 있다. 이에 대한 글로 Damaška, Mirjan R. “What is the Point of International Criminal Justice?” 329면 이하.

36) 김일수, 형법질서에서 사랑의 의미, 31면.

37) 김수갑, “한국헌법에서의 『문화국가』 조항의 법적 성격과 의의,” 187면.

인정되는 시민의 권리이고 그 제한이 원칙적으로 금지되기 때문에 헌법에의 규정이 오히려 자유보장 영역을 축소시키는 결과를 발생시킬 우려가 있다고 보기 때문이다. 대신 문화영역에서 가장 중요한 원칙인 자율성의 보장수단으로서 표현의 자유・종교의 자유・집회의 자유 침해 금지를 연방헌법에 명문화 시켜 강력하게 보장하고 있다.[39] 연방대법원은 문화영역의 내용인 학문의 자유나 예술의 자유는 수정헌법 제1조의 표현의 자유에 포함되는 것으로 해석하고 있다.[40]

미국과 같은 보통법 체제를 가졌지만 성문헌법이 존재하지 않는 영국의 경우, 영국의 각 지역인 잉글랜드・스코틀랜드・웨일즈・북아일랜드는 각각 독립적인 문화법제를 유지하고 있다.[41] 영국도 미국과 마찬가지로 예술 및 학문 영역을 시민의 자유권과 관련된 국가의 개입을 최소한으로 해야 하는 분야로 상정하기 때문에 영국의 문화법제는 적극적 보호 및 기간시설 투자가 필요한 문화유산이나 박물관・스포츠시설 등 문화적 공공서비스 제공, 관광 및 주류・오락 등의 영역에 집중되어 있으며,[42] 문화예술분야에 대한 입법은 주로 기금조성이나 예술시설의 기반 구축을 중요하게 다루며 그 구체적 사항은 문화・미디어・체육부(CDMS) 산하 각 분야의 위원회에서 비제정법적인 보호를 통해 정하고 있다.[43]

독일은 문화를 국민을 통합하는 중요한 요소로 보고, 문화국가개념을 가장 적극적으로 발전시켜왔다.[44] 문화국가원리를 헌법에 명시하였던 바이마르공화국 헌법과는 달리,[45] 독일 기본법은 문화국가에 대한 국가목적규정을 두고 있지 않다.[46] 다

---

38) 미국 각 주헌법도 전문이나 헌법규정에서 문화의 보호영역을 분명하게 규정하고 있지는 않다. 연방헌법과 마찬가지로 표현의 자유와 종교의 자유 등을 통해 문화의 영역에 간접적으로 개입하고 있다 . 다만 문화의 영역 중 교육에 대해서는 대부분의 주가 헌법에 명시하고 있다. 미국 각 주헌법의 문화관련 조항에 대한 연구로 김수갑, 문화국가론, 154-166면.

39) 장호순, 미국 헌법과 인권의 역사, 39면.

40) 해당 성적 행위 묘사물이 문학적·예술적·정치적·과학적 표현에 해당하여 수정헌법 제1조의 보호대상이 될 수 있는지를 검토한 연방대법원 판결로 *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

41) 서헌제·정병윤, 캐나다와 영국의 문화정책 및 법제에 관한 연구, 125-126면.

42) 서헌제·정병윤, 상게서, 138-169면.

43) 서헌제·정병윤, 상게서, 128-134면.

44) 김수갑, 문화국가론, 131면.

45) **바이마르공화국 헌법 제18조** 국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력해야

만 문화국가원리에 포섭될 수 있는 기본권에 대한 원칙적 규정으로서 신앙・양심・신념에 관한 제4조와 언론・출판 및 학문・예술의 자유 등에 관한 제5조를 두고 있으며,[47] 독일 문화유산의 국외반출로부터의 보호에 대한 제73조 5a호, 저작권에 대한 동조 9호, 직업훈련과 학술적 연구 진흥에 관한 제74조 제13호, 대학의 설립에 관한 제91b조에서는 개별 문화관련 영역에 대한 입법권한 부여 및 입법의 범위를 정하고 있다.

일본헌법 역시 전문이나 헌법규정에서 문화국가원리를 명백하게 밝히고 있지는 않지만, 제19조에서는 사상과 양심의 자유, 제20조에서는 신앙의 자유, 제21조는 집회・결사 및 언론출판의 자유, 제23조는 학문의 자유에 대해 규정을 두고 있다.[48] 또한 사회보장을 받을 권리에 관한 제25조는 문화적인 최저한도의 생활을

한다.

46) 독일기본법상 문화국가에 대한 국가목적규정 설치 필요성에 대한 자세한 소개로 김수갑, 문화국가론, 90-104면.

47) **독일기본법 제4조** (1) 신앙과 양심의 자유 그리고 종교적, 세계관적 신념의 자유는 불가침이다.
(2) 종교의 행사가 방해받지 않을 것이 보장된다.
(3) 누구도 양심에 반하여 집총병역이 강제되지 아니한다. 상세한 것은 연방 법률로 정한다.
독일기본법 제5조 (1) 모든 사람은 각자 말이나 글, 그림으로 자유로이 자신의 의견을 표명하고 전파할 권리 및 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 않고 정보를 얻을 권리를 가진다. 출판의 자유와 방송 및 영상을 통한 보도의 자유가 보장된다. 검열은 금지된다.
(2) 이 권리들은 일반법률의 조항과 청소년보호를 위한 법률규정 및 개인의 명예권에 의해 그 한계가 지워진다.
(3) 예술과 학문, 연구와 교수는 자유롭다. 교수의 자유를 내세워 헌법에 대한 신의를 저버리지는 못한다.

48) **일본헌법 제19조** 사상 및 양심의 자유는, 이것을 침범해서는 안 된다.
일본헌법 제20조 ① 신앙의 자유는, 누구나 이것을 보장한다. 어떠한 종교 단체도, 국가로부터 특권을 받거나, 정치상의 권력을 행사해서는 안 된다.
② 누구도, 종교상의 행위, 축전, 의식 또는 행사에 참가하는 것을 강제받지 않는다.
③ 국가 및 어떤 국가 기관도, 종교 교육 기타 어떠한 종교적 활동도 할 수 없다.
일본헌법 제21조 ① 집회, 결사 및 언론, 출판 기타 일체의 표현의 자유는 이것을 보장한다.
② 검열을 해서는 안 된다. 통신의 비밀을 침범해서는 안 된다.
일본헌법 제23조 학문의 자유는 보장한다.
일본헌법 제25조 ① 모든 국민은, 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 권리를 갖

영위할 수 있다고 하여 간접적으로 문화적 기본권을 보장하고 있다. 대만 역시 헌법전문을 두고 있으나 전문에서 문화국가원리를 언급하고 있지는 않으며, 기본권 규정을 통하여 간접적으로 문화에 대한 헌법적 보호를 밝히고 있다.[49]

2. 우리나라 헌법상 문화에 대한 규율

국가는 문화국가실현에 관한 과제와 책임의 내용을 구체화하여 문화정책 수립하고 실천함으로써 을 통해 문화국가원리를 현실화하게 된다. 과거 국가절대주의사상의 국가관이 지배하던 시대에는 국가의 적극적인 문화간섭정책이 당연한 것으로 여겨졌으나 오늘날에는 국가가 어떤 문화현상에 대하여도 이를 선호·우대하는 경향을 보이지 않는 불편부당의 원칙이 가장 바람직한 정책으로 평가받고 있다.[50] 불편부당의 원칙이란 문화의 내용 형성이나 그에 따른 문화현상에 대하여 국가가 일정한 방향으로 주도하여 간섭하거나 규제할 수 없고 사회의 자율에 맡기라는 원칙으로, 이에 따르면 문화국가에서의 문화정책은 문화의 내용 형성에 있다기보다는 문화가 생겨날 수 있는 문화풍토를 조성하는 데 두어야 한다.[51] 자율적인 문화풍토 조성을 위해 가장 중요한 가치기준이 되는 것은 정신적 기본권 중 양심과 사상의 자유, 종교의 자유, 언론·출판의 자유, 학문과 예술의 자유 등이다. 왜냐하면 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역을 바탕으로 한다고 할 것이고, 이들 기본권은 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가원리의 불가결의 조건이기 때문이다.[52]

는다.

② 국가는, 모든 생활 국면에 대해서, 사회 복지, 사회 보장 및 공중위생의 향상 및 증진에 노력하지 않으면 안 된다.

49) 대만헌법은 제11조(언론·교학·출판·저작의 자유), 제13조(신앙의 자유), 제14조(집회·결사의 자유)등의 자유권적 기본권 규정과 제21조(교육을 받을 권리)의 사회권적 기본권 규정, 그리고 제13장 기본국책에서 교육 등에 대한 국가의 책무 규정들을 통하여 문화영역을 규정하고 있다.

50) 헌법재판소 2004. 5. 27. 자 2003헌가1 결정.

51) 허영, 한국헌법론, 175-176면.

52) 헌재 2000. 4. 27. 자 98헌가16 결정.

우리나라는 건국헌법 이래 문화국가의 원리를 헌법의 기본원리로 채택하고 있으며, 현행 헌법은 전문에서 “문화의 … 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히” 할 것을 선언하고 있을 뿐 아니라, 제9조에서 국가에게 전통문화의 계승 발전과 민족문화의 창달을 위하여 노력할 의무를 지우고 있다. 이러한 국가의 의무는 제31조 교육에 대한 규정과 제69조의 대통령의 취임선서규정에 잘 나타나있다. 구체적 기본권 조항으로는 제19조의 양심의 자유, 학문과 예술의 자유에 관한 제22조, 종교의 자유에 관한 제23조 등을 들 수 있다.[53] 또한 제21조의 언론·출판의 자유도 문화적 표현의 자유를 보장한다는 점에서 중요한 조항이다. 간접적으로 문화국가원리의 내용을 형성하거나 보충하는 규정들로는 공동체 구성원으로서 자율성 실현의 기본이 되는 자기결정권에 대한 제10조와 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리 등을 들 수 있다. 제35조의 환경권에 근거한 문화적 환경권을 근거로 제시하는 견해도 있다.[54] 한편 문화적 정체성과 관련된 조항으로는 혼인과 가족에 대한 제36조 제1항도 있다.

3. 국제규범상 문화의 범위

우리 헌법은 제6조 제1항에서 「헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다」고 규정하고 국제법에 대한 존중을 명시하고 있다. 조약이란 국제법 주체인 국가 간에 국제법 관계를 설정하기 위하여 일정한 권리와 의무에 관하여 문서를 통해 합의하는 것이다.[55] 조약의 체결 비준권은 헌법 제73조에 의하여 대통령의 권한이고, 제89조 제3호에 따라 국무회의의 심의를 거치도록 하고 있다. 제 60조 제1항은 특히 중요한 사항의 경우에는 체결·비준에 있어 국회의 동의를 받도록 하였고, 이 절차를 적법하게 거치면 국내

---

53) 헌법상 문화국가원리가 구현된 조항에 대한 견해들을 소개하는 김수갑, 문화국가론, 185-186면.

54) 김수갑, 문화국가론, 191-192면; 이에 대한 반대견해로 홍성방, 헌법학 (중), 303면.

55) **Vienna Convention on the Law of Treaties(1969) Article 2 [Use of Term]**

1. (a) ″Treaty″ means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instryment or in two or more related instruments and whatever its particular designation.

법과 같은 효력을 갖게 된다. 비록 헌법에 의거하여 체결・공포된 조약이 아니더라도 국제관습법과 일반적으로 승인된 국제법규의 경우에는 국내법과 같은 효력을 갖는다.[56] 국제법의 범위가 정치영역에서 경제, 노동에 이어 문화영역으로 확장되어가고 있고, 유네스코 등을 중심으로 체결된 조약들이 각국의 입법에 큰 영향을 미치고 있다는 점에서 문화영역의 국제규범을 정리하는 작업의 의의를 찾을 수 있다.

세계인권선언(1948) 제27조 제1항은 "모든 사람들이 사회・문화적 활동에 참가하고, 예술을 감상하고 과학의 진보와 그 응용의 혜택을 받을 권리를 가진다"고 규정하고 있다. 국제연합인권규약(1966) 중 A규약(경제적・사회적・문화적 권리에 관한 규약)은 제1조에서 체약국의 경제적, 사회적, 문화적 발전의 자유주의적 형성에 대해 규정하고 있으며, 제6조는 항구적인 경제적, 사회적, 문화적 발전 등의 교육을 위한 원칙과 절차의 확정에 대해 규정하여 체결국의 절차적 원칙을 제시하고 있다. A규약은 대략적이나마 문화의 범주를 나누고 있는데, 과학적 진보에 의한 혜택, 예술적 산물의 정신적・물질적 이익에의 참여, 그 밖의 문화생활에의 참여(이상 제15조 제1항), 학문과 창조적 활동(제15조 제3항), 교육에 대한 권리와 제도마련(제13조)을 예시하고 있다. 한편, 유네스코는 교육국・자연과학국・인문사회과학국・문화국・커뮤니케이션 및 정보국의 5개의 사무국을 두고, 그 밖의 영역은 필요성이 있을 때마다 임시국을 설치하여 사업을 진행하고 있다.

---

56) 허영, 전게서, 189면; " 국제연합(UN)의 "인권에 관한 세계선언"은 아래에서 보는 바와 같이 선언적인 의미를 가지고 있을 뿐 법적 구속력을 가진 것은 아니고, 우리나라가 아직 국제노동기구의 정식회원국은 아니기 때문에 이 기구의 제87호 조약 및 제98호 조약이 국내법적 효력을 갖는 것은 아니지만, 다년간 국제연합교육과학문학기구의 회원국으로 활동하여 오고 있으며, 국회의 동의를 얻어 국제연합의 인권규약의 대부분을 수락한 체약국으로서 위 각 선언이나 조약 또는 권고에 나타나 있는 국제적 협력의 정신을 존중하여 되도록 그 취지를 살릴 수 있도록 노력하여야 함은 말할 나위도 없다. 그러나 그의 현실적 적용과 관련한 우리 헌법의 해석과 운용에 있어서 우리 사회의 전통과 현실 및 국민의 법감정과 조화를 이루도록 노력을 기울여야 한다는 것 또한 당연한 요청이다," 헌법재판소 1991. 7. 22. 자 89헌가106 결정.

III. 문화영역 법제의 분류 기준 마련

문화에 관련된 법규들은 원칙적으로 자율성이 최대한 보장되어야 하는 영역에 대하여 그 자율성 보장을 위한 토양을 마련하는 데 주목적이 있으므로 대부분 행정법적 성격을 갖게 된다. 이러한 문화행정법은 내용의 적극적 형성을 자제한다는 점에서 일반 행정법과 차이를 보이고,[57] 문화활동 지원에 관한 절차적 규정이 다수를 차지하여 규제적 개입이 이루어지는 영역은 문화재보호나 종교행정 등으로 국한된다.[58]

우리나라의 문화관련 행정법 체계를 살펴보면, 문화예술진흥기본법을 두고 있는 일본과는 달리 문화전반에 대한 기본법은 마련되어 있지 않다.[59] 다음으로 문화 관련법제의 분류방법을 살펴보면, 일본의 경우 문화기본법과 행정조직법상 문화관련 법제 그리고 개별법제 셋으로 나누고, 개별법제는 다시 문화의 진흥에 관한 법제와 문화적 소산의 보존과 활용에 대한 법제, 훈장 및 포상에 관한 법제 등으로 구분하는 견해가 제시되고 있다.[60] 하지만 우리나라의 경우 기본법이 제정되어있지 않고 일본헌법에서처럼 사회보장을 받을 권리로부터 도출하는 것이 아니라 독자적으로 문화국가원리를 규정하고 있다는 점에서 각 문화영역별로 분류하여야 한다는 의견이 적절하다고 생각한다.[61] 분류의 기준은 각 영역의 특성에 맞게 하되 앞에서 살펴본 바처럼 규제적 성격의 행정행위가 개입될 수 있는 영역과 문화기반 형성을 주로 하는 영역을 따로 분류하는 것이 각 법제의 성격을 규명하는 데 용이할 것으로 보인다.

따라서 문화관련 법제는 우선 ① 자율성 보장 영역 : 예술과 학술에 관한 법, 스포츠에 관한 법, ② 적극적 육성 영역 : 관광에 관한 법, 교육법, ③ 문화에 대한 사법적 보호 영역: 저작권법, ④ 규제적 행정 영역: 종교에 관한 법, 문화유산보호

57) 이러한 견해로, 홍정선, 행정법원론 (하), 700면 이하; 김수갑, 문화국가론, 360면.
58) 根木 昭, 文化行政の發展, 13면.
59) 문화기본법의 제정을 주장하는 정광렬·한경구, 문화기본법 제정을 위한 기초연구, 38-41면.
60) 根木 昭, 전게서, 106-108면.
61) 동지의 견해로 김수갑, 문화국가론, 359-360면.

법 으로 나누어 볼 수 있을 것이다.[62] 하지만 이러한 행정작용의 성격에 따른 분류는 각 문화영역의 특성이 충분히 반영되어야 한다. 예를 들어 자율성이 최대한 보장되어야 하거나 이미 자율적 운영관리 체계를 갖춘 영역의 경우에는, 아무리 수익적·행정적 행정행위라고 하더라도 법적 개입이 최대한 자제되어야 할 것이다. 또한 행정법 내 일률적으로 형벌조항을 두는 관행도 재검토할 필요가 있다. 민사적 조정 혹은 행정벌 단계의 제재로 충분한 것인지, 아니면 형벌을 도입할 근거와 실익이 있는지도 그 특성에 맞게 결정되어야 할 것이다. 현행 문화관련 법제는 각 영역의 특성에 따라 분류되었다기보다는 행정적 관리의 편의성에 치중한 모습이다. 이러한 태도는 각 법제에 형벌조항을 하나의 관행처럼 위치시키는 문제점을 낳았다.[63] 따라서 문화영역 전반에 대한 법적 개입의 근거와 한계에 대한 검토는 물론이고, 입법의 대상이 되는 각 문화영역의 범주와 특성, 그리고 규범화의 실익과 부작용을 면밀히 검토하는 과정이 선행되어야 한다.

Ⅳ. 형법상 문화관련 논의 지점

1. 형법의 적용대상으로서의 문화

가. 문화적 의미를 지닌 법률 해석

문화영역에서는 경제나 과학영역에서와 같은 객관적 지표가 존재하지 않기 때문에 가치판단이 필요한 규범적 구성요건요소의 해석이 명확성원칙과 관련해 중요

62) 법제처는 문화관련 법제를 크게 교육·학술, 문화·공보, 과학·기술로 나누고 교육·학술은 다시 학교교육과 보건, 학술과 예술의 진흥, 사회교육, 재외국민, 체육·청소년으로 분류하고 있다. 문화·공보는 문화예술과 문화재, 언론·출판·저작권, 방송, 종교·사회단체로 분류된다. (http://www.law.go.kr/main.html)

63) 2016. 3. 28.부터 시행되는 「무형문화재 보전 및 진흥에 관한 법률」의 경우, 제58조에서 과태료 규정을, 제56조와 제57조에서 행정명령 위반만을 처벌하는 형벌조항을 두었다. 무형문화재의 경우, 그 침해적 행위가 대부분 보유자·이수자·전승자 등 사람에 대하여 이루어지는 만큼 형법상 구성요건에 대한 첨가나 불법가중이 용이하지 않다. 동법은 이러한 무형문화재에 대한 가치침해행위의 특성을 충분히 반영하여 형벌조항의 보호법익을 행정기능임으로 명확히 했다는 점에서 의의를 가진다.

한 문제로 대두된다. 예를 들어 음란개념의 경우 판례는 “형법 제243조 에 규정된 ’음란한 도화’라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다고 할 것이고, 이는 당해 도화의 성에 관한 노골적이고 상세한 표현의 정도와 그 수법, 당해 도화의 구성 또는 예술성, 사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 도화를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되느냐의 여부 등을 검토, 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 판단하여야 할 것” 이라고 판단했다.[64]

이러한 해석은 첫째, 음란이라는 가치충전개념을 설명하면서 ‘성적 수치심,’ ‘성적 도의관념,’ ‘호색적 흥미’ 등 모호하고 재차 가치판단이 필요한 개념을 사용하였다는 점에서 명확성 확보에 한계를 가질 수 있다. 또한 헌법재판소는 음란개념을 저속이나 문란과 비교하여 음란표현물에 대한 형법적 제재를 타당하다고 판단하는데,[65] 세 가지 모두 가치 평가가 필요한 개념이어서 그들 사이에서 정도의 차이를 판별할 기준을 설정하기 어렵다. 판례는 여러 차례 음란에 대한 판결을 내리면서도 저속이나 문란에 대한 개념은 명시하지 않고 단순히 그들의 단계적 관계만을 되풀이하고 있다.[66] 둘째, 판례는 음란성 판단의 주체를 독자 등 일반인에 두고 있는데, 실제 음란성 판단의 주체는 법관이 될 수밖에 없다는 점에서 문제가 있다. 음란물에 관련한 죄의 보호법익은 건전한 성도덕이라고 할 것인데, 판결문상 음란성 해당기준인 사회 일반에서 생각하는 건전성이 사실상 실재하는지 여부도 의문이고 무엇보다 건전한 성도덕을 보호함으로써 방지할 수 있는 유해한 결과가 문화・예술영역의 핵심인 표현의 자유를 희생시킬 정도인지, 즉 과잉금지원칙 위반

64) 대법원 1997. 8. 22. 선고 97도937 판결.

65) “표현물을 전체적으로 관찰・평가해 볼 때 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 존중・보호되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손・왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 문학적・예술적・사상적 가치 등을 지니지 아니하는 것을 뜻한다,” 헌법재판소 2013. 8. 29. 자 2011헌바176 결정.

66) “…‘저속’은 이러한 정도에 이르지 않는 성표현 등을 의미하는 것으로서 헌법적인 보호영역 안에 있다,” 헌법재판소 1998. 4. 30. 자 95헌가16 결정.

도 문제가 된다. 셋째, 다른 형벌 법규의 해석에서와는 달리 저작자의 주관적 구성요건, 즉 음란한 표현을 의도했는지, 저작자의 기준에 따른 음란성 해당 여부를 검토하지 않고 있어,[67] 법관이 생각하는 공동체의 성도덕상의 정체성을 저작자에게 강제적으로 내재화시키고 있는 것은 아닌지 문제된다.

나. 문화적 가치에 대한 형법적 판단

문화적 가치에 대해서 예술성・학술성 등에 대한 개인적 판단 외에 공적인 의미의 가치판단, 즉 법공동체가 가치판단의 주체가 될 것인지가 첫 번째 문제가 된다. 예술성에 대한 판단이란 선호의 문제로서 도덕영역에서와 같은 옳고 그름의 판단과는 차이를 보인다. 도덕과 예술성에 대한 판단 모두 내면적 영역에 대한 성찰이라는 점에서 공통점을 가진다. 하지만 법은 근본적인 도덕규범을 개인에게 강제하여 도덕적 기준에서 벗어나는 행위를 금지시키는 반면,[68] 예술성에 대한 판단은 헌법상 보호되는 양심・사상의 자유 및 표현의 자유의 영역이기 때문에 형법적 개입이 가능할지 여부가 문제된다. 또한 국가권력의 개입이 가능하다고 하더라도 형법이라는 수단이 투입될 것인지 보충성원칙에 비추어 검토할 필요가 있다. 또한 예술성 가치판단 영역에 형법 투입이 불가피할 경우, 형법의 대상이 되는 가치판단 영역을 제한할 필요성이 제기된다.

문화재보호법의 경우 문화재에 해당되는 물건에 대하여 다른 재물에 대한 범죄보다 가중하여 처벌하고 있다. 여기서 몇 가지 의문점을 제기할 수 있는데, 우선 문화재보호법상 문화재의 개념요소로 적시하고 있는 역사성・예술성・학술성에 대한 법원의 판단이 가능할 것인지가 문제이다. 후술하겠지만 문화재보호법 시행규칙에서는 “제작된 지 50년 이상,” “다작이 아닐 것” 등의 기준을 제시하고, 역사성・예술성・학술성이 없는 경우 문화재에서 제외하고 있다. 따라서 지정이나 등록이 이루어지지 않은 일반동산문화재의 경우 해당 문화재를 밀반출하거나 훼손한 행위자뿐만 아니라 법관 또한 이에 대한 판단의 주체가 된다. 문화재청 등의 확

67) 이러한 문제제기로 임웅, “형법상 명확성의 원칙,” 490-491면.
68) 김영환, “법과 도덕의 관계 - 특히 한국형법을 중심으로,” 6면.

인에 전적으로 의존하여 문화재임을 판단할 경우 결국 행위자의 주관적 구성요건, 즉 행위 당시 문화재에 해당함을 인식할 개연성이 있었는지 여부 등은 배제하고 행정청이 범죄해당 여부의 판단주체가 되는 모순적 상황이 발생한다. 따라서 해당 물건에 대한 법원의 가치판단 가능성 문제는 문화재의 형법적 보호 적격의 문제와 밀접하게 관련된다.

또한 입법정책적으로 다른 예술품이나 문화물과 비교하여 문화재에 대한 강화된 형법적 보호를 정당화할 수 있는 근거가 문제된다. 후술하겠지만 공동체가 공유하는 가치 혹은 헌법화된 가치를 보호하기 위하여 지정 등의 행정행위가 이루어진 경우, 국가의 행정작용 보장이라는 형벌권 도입의 추가적인 이유가 부과될 수 있다는 점과는 구별할 필요가 있다. 또한 개인의 명예권이나 인격권 혹은 재산권과 결부되지 않은 문화재 자체에 대하여 형법적 보호가 강화될 근거가 무엇인지, 즉 문화재 자체가 형법상 보호법익으로서 자리매김할 수 있는지 여부도 검토해볼만 하다.

2. 문화적 현상으로서의 형법

법문화는 흔히 해당 법공동체의 법학과 법실무의 이념적 중요성에 대한 보다 구체적인 연구의 시원으로서, 공동체의 신념과 가치, 이해관계와 관습의 복합적인 총체로 설명된다.[69] 이러한 법문화적 요소들은 형법에도 투영되는데, 형법 또한 넓은 의미의 문화의 산물이라고 할 수 있기 때문이다.[70] 과학기술의 발달로 인하여 다양한 위험원들이 창출되었고 이에 대한 예측과 예방이 어려워지면서 현대의 사회를 위험사회로 명명하곤 한다. 이에 따라 사회안전 논의가 활발하게 진행되지만 우리나라의 경우 위험사회의 위험원보다는 위험사회의 등장 전부터 존재했던 여러 강력범죄들로부터의 안전에도 초점이 맞춰지고 있다.[71] 두 위험원 모두에 대하여

---

69) “법체계에 대한 공중의 지식과 태도 그리고 행동양식,” 또는 “총체적 문화와 관련된 관습의 본체”라는 Friedman의 견해를 발전시킨 Cotterrell, *Law, Culture and Society*, 83-96면.

70) 법은 문화적 단일성을 형성하고 실현하는 문화적 전통의 한 형태로 사회구성원의 정신이 투영된 것이라고 본 사비니의 견해를 소개한 Cotterrell, 상게서 , 103면.

71) 하태훈, “법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제 -최근 형사 관련법 개정경향을 중심으

다양한 특별형법이 제정되어 전자에는 사후적인 형벌부과에서 예방을 위한 도구로 형법이 변화했고, 후자에는 보다 강력한 처벌이 부과되기 시작하였다.[72]

새로운 위험원들 또한 정도의 문제일 뿐 인간이 통제할 수 있다는 점에서 여전히 형법이 유효하고 후자의 경우 시대상에 따라 법익의 경중판단이 변화할 수 있다는 점에서 시대문화적 현상으로 볼 수도 있다. 하지만 문제는 과잉범죄화 및 엄벌화경향에 따른 형법투입의 한계가 드러날수록 대체적 방안을 모색하는 대신 법치국가적 보장을 훼손해서라도 형법의 투입을 고집하는 데 있다.[73] 점증하는 위험원과 사회의 안전에 대한 요구의 증대는 결국 법익보호라는 형법의 임무와 국가형벌권 제한의 보루였던 죄형법정주의 및 비례성원칙의 후퇴라는 결론으로 치닫게 하게 있다. 법익 대신 영미 불법행위법의 reasonable foreseeability가 법익을 대체하는 것으로 보이는 입법이 계속됨에 따라 형법의 임무로서 법익보호가 여전히 유효한지에 대한 논의가 서서히 시작되고 있으며, 예방형법으로의 변화로 인하여 명확성원칙 등 죄형법정주의원칙의 훼손이 두드러지면서 비례성원칙의 중요성이 더욱 강조되고 있다.

법문화로서의 형법의 또 다른 측면은 시대의 문화적 가치가 형법에 투영된다는 것이다. 이 문제는 최근 문화적 정체성 개념으로 논의되기 시작했는데,[74] 공동체의 신념 혹은 도덕관에 대한 형법적 보호의 한계가 주 논점이 되고 있다.[75] 이러한 논의에서 형벌에 있어서 민주적 정당성 확보를 위한 최소한으로 문화형성을 위한 공론장의 필요성이 제기될 수 있다.

로-" 23면.

72) 하태훈, 상게논문, 24-26면.

73) 하태훈, "21세기 한국 형사법학의 과제와 전망 - 정보사회, 위험사회, 통일한국의 형법의 과제와 임무 -" 150면.

74) 문화적 정체성은 다른 공동체와 구별되는 가치체계·규범 등의 표의체계 중 자신이 해당 공동체에 대한 연대감 혹은 상호의존성을 보유하기 위한 내면화작업이라고 할 수 있다. 이러한 내면화 작용은 주관적 측면에서는 법이 개인의 가치기준 및 행위지침의 형성에 작용하는 것이고, 객관적 측면에서는 법이 구성원들이 수용하고 있는 가치체계를 보호하도록 스스로에게 명령하는 것이다. 이러한 측면에서 문화적 정체성은 문화가 구성원들에게 작용하는 장면을 포착한 개념이라고 할 수 있다.

75) 간통죄를 문화적 정체성 측면에서 분석한 글로 최민영, "간통죄 규정을 통해 본 문화적 정체성 보호와 형법," 475면 이하.

제2절 문화재보호법 체계 및 문제점

I. 문화재보호법 체계 개관

문화유산 관련 법제는 1962년 「문화재보호법」이 제정되고 단일법 체계를 유지하다가 2010년 「문화재수리 등에 관한 법률」이, 2011년에는 「매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률」이 분리 입법된 이후, 현재에는 기본법적 성격을 가진 문화재보호법을 중심으로 「고도보존 및 육성에 관한 특별법」, 「문화재보호기금법」, 「문화유산 및 자연환경에 관한 국민신탁법」, 「무형문화재 보존 및 진흥에 관한 법률」, 「한국전통문화대학교 설치법」 등이 추가로 분리 입법되었다.[76]

문화재보호법은 총 12장으로 구성되어 있고, 제1장(제1조~제5조)은 총칙으로서 입법취지와 문화재의 개념을 규정하고 있다. 제2장(제6조~제9조) 「문화재 보호 정책의 수립 및 추진」, 제3장(제10조~제22조) 「문화재 보호의 기반 조성」에서는 문화재 관련 정책 및 기반조성의 방향 및 항목을 정하고 있다. 제4장(제23조~제52조) 「국가지정문화재」는 제1절에서 지정의 대상과 절차를, 제2절에서 지정문화재에 대한 관리・허가사항・신고사항・행정명령 등 문화재의 관리와 보호에 대한 사항들을, 제3절에서 지정문화재의 공개의무와 관람료 징수에 관한 사항을, 제4절에서는 관리 및 수리 경비에 대한 지원금 등에 대해 규정하고 있다. 제5장(제53조~제59조)은 등록문화재에 대하여, 제6장(제60조~제61조)은 일반동산문화재에 대한 제반 사항을 규율하고 있다. 제7장(제62조~제66조)은 국가소유 문화재에 대하여 「국

76) 광의의 문화유산 관련 법제로는 전통사찰의 보존 및 지원에 관한 법률, 향교재산법, 박물관 및 미술관 진흥법 등까지 포괄할 수 있고, 이러한 법률들에 대하여 문화재보호법의 기본법적 지위가 명시적으로 규정되어 있지는 않지만, 각 법들이 문화재보호법의 규정들을 준용하고 있고(예를 들어 문화재수리 등에 관한 법률 제2조는 문화재보호법을 준용하여 각 문화재의 유형을 정의하고 있다), 문화재보호법 제5조가 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문화재보호법을 적용하도록 하고 있는 점을 고려해 볼 때, 문화재보호법이 다른 법률들에 대한 기본법으로서의 지위를 가졌음을 인정할 수 있다. 문화재보호법의 기본법적 성격에 대한 설명으로 정상우, “문화재보호법의 편제 개편 및 분법화 경향 연구 : 동아시아 비교를 중심으로,” 361-362면.

유재산법」 및 「물품관리법」 대신 문화재보호법이 적용되는 특례규정을 두고 있다. 제8장(제67조~제69조의3)은 국외소재문화재 환수를 위한 지원을, 제9장(제70조~제74조)은 시・도지정문화재를, 제10장(제75조~제80조)은 문화재매매업의 허가 등에 사항을, 제11장(제81조~제89조)은 문화재에 대한 권리의무의 승계 및 타법과의 관계 등 보칙을 규정하고 있다.

마지막으로 제12장(제90조~제104조)은 행정벌과 함께 형벌조항을 규정하고 있다. 제90조는 지정・가지정・등록・시도지정・일반동산문화재의 무허가수출의 죄를, 제91조는 허위지정 등 유도죄를, 제92조는 지정・가지정・일반동산문화재에 대한 손상 또는 은닉 등의 죄를, 제93조는 단체나 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 몸에 지녀 이상의 죄를 범하거나 문화재 관리자를 상해・사망에 이르게 한 행위에 대한 가중죄를, 제94조에서부터 제96조까지는 방화・일수・파괴 행위에 대한 처벌을, 제97조와 제98조는 각각 미수범과 과실범 처벌을 규정하고 있다. 제99조는 무허가 현상변경 등의 죄를 처벌하고 있으며, 제100조 이하는 행정명령 위반 및 관리행위 방해행위에 대한 형사처벌과 양벌규정, 과태료 규정을 두고 있다. 각 행위가 형법상 구성요건에 해당하는 경우, 형법상 각칙이 적용됨은 물론으로 문화재 매매 과정에서 사기나 협박 등이 있었다면 그에 따라 처벌받는다. 다만 손괴나 일수 등 행위의 경우 형법각칙에도 그 규정이 있으나 문화재보호법에서 이를 가중처벌하고 있다.

II. 문화재보호법상 문화유산의 의의

1. 문화유산의 일반적 의의

가. 문화유산과 문화재

문화재라는 용어가 처음 등장한 것은 1954년 ‘무력충돌시 문화재보호를 위한 헤이그협약’이었다. 우리나라의 경우 1950년대 이전에는 일본총독부가 제정한 「朝鮮寶物古蹟名勝記念物保存令」의 용어인 유물이나 유적, 보물이나 고적이라는

말을 사용하였으나 1962년 문화재보호법이 제정되면서 문화재라는 용어를 사용하게 되었다.[77] 문화재는 일반적으로 개인 또는 집단의 창작·관습·역사적 사건·환경적 요인에 의해 일상 혹은 문화적 삶의 중요한 표현이 농축된 유형·무형의 창조물로 정의된다.[78] 한편 유네스코협약(1970) 제1조는 고고학·선사학·역사학·문학·예술 또는 과학적으로 중요성을 가지고 있어 종교적 또는 세속적 근거에서 각국에 의해 특별히 지정된 재산이라고 정의하고 있다. 문화재(cultural property)에 대한 국제사회 및 각국의 용어는 상당히 다양한데, 같은 한자문화권 국가이지만 문물(중국)·문화재(일본)·문화자산(대만)·문화유물(북한)으로 다양하게 나타나고, 서구의 국가들도 국가유산(national heritage, 영국)·문화자원(cultural resource, 미국)로 다양하게 나타나고 있으며, 유네스코는 문화유산(cultural heritage)라는 용어를 사용하고 있다.[79]

국제적으로는 물론 우리나라의 법제에서도 문화재와 문화유산이라는 용어가 혼재되어 있으며 학계에서도 두 용어의 사용을 두고 논의가 있어왔다. 우선 문화재의 경우 보통법상의 property 개념에 기반을 두고 소유권의 배타적·독점적 사용권한을 인정하는 의미가 짙었다.[80] 1874년 브뤼셀 회의는 미국의 1863년 리버규칙을 모델로 하여 전시의 문화재의 몰수와 파괴행위를 주로 다루면서, 문화재를 "국가에 속하지만 사적 재산으로 다루어지는 것"으로 정의하여 문화재의 재화적 측면을 분명히 하였다.[81] 또한 문화재는 시장에서 책정되는 가격에 의해 가치가 매겨지는 상품의 측면이 강하게 부각된다는 견해가 제기되었다.[82] 문화재 개념에 대한 또 다른 우려는 무형적 문화자산 개념이 등장하면서부터였다. 인간문화재 등 무형적 자산에 대한 규정은 우리나라, 대만, 일본 등 동아시아 국가에 국한되어 있었으나 점차 국제적으로 유형의 문화재뿐만 아니라 문화재와 관련을 가진 정신적·지적 문화자산에 대한 관심이 높아지면서,[83] UNIDROIT 회담에서는 문화재 대신 문화

77) 전재경, 문화유산법제 개선방안연구, 20-21면.
78) Harding, "Value, Obligation and Cultural Heritage," 303면.
79) 임승빈, "문화 및 문화재 행정의 개혁의 원칙과 방향," 6면.
80) Prott & O'Keefe, "'Cultural Heritage' or 'Cultural Property'?" 309-310면.
81) Williams, *The international and national protection of movable cultural property*, 17면.
82) Prott & O'Keefe, 전게논문, 311면.

물(cultural object)라는 용어를 사용하기 시작하였고, 최근에는 유네스코를 중심으로 무형문화재를 포괄하는 문화유산이 보편적인 용어가 되어가는 추세이다.

나. 문화유산의 분류 및 보호방식

문화유산의 분류방식은 각국의 역사적·문화적 여건에 따라 다양하게 나타날 수 있으나 주로 열거방식(enumeration system)·범주화방식(categorization system)·특정화방식(classification system) 중 하나를 선택하거나 둘 이상의 방식을 혼합하여 문화유산을 분류하고 있다.[84] 열거방식은 보호대상이 될 목록을 구체적으로 지정하는 방식이다.[85] 이러한 방식을 취할 경우, 일단 입법이 되면 법적 보호가 쉽게 이루어질 수 있다는 장점이 있지만 입법자가 간과한 유형이 있는 경우에는 법의 보호망을 벗어날 수 있고 당해 국가의 고유한 문화물인 경우 외국에서 그 대상을 파악하기 어렵다는 단점을 가지고 있다.[86] 이러한 방식은 판례법 전통이 강한 영미권 국가에서 주로 채택하고 있는데,[87] 1970년 유네스코협약 제1조(a) 또한 열거방식을 채택하고 있다.[88] 범주화방식은 국가마다 차이는 있지만 보호대상에 대한 매우 일반적인 정의를 내리는 방식으로,[89] 규제의 대상이 되는 품목을 포섭하기 용이하다는 장점이 있지만 개념의 모호성 때문에 그 해석에 있어서 입장이 엇갈릴 수 있다는 단점이 있다.[90] 특정화방식은 권한을 가진 개인이나 위원회 등의 결정으로 보호대상을 정하고 그에 대하여 입법화된 보호조치를 취하는 방법이다.[91] 이러한 방식은 결정에서 제외된 품목에 대해서는 법적 보호가 어렵다는 점에서 한계를 가지나 결정과 그에 따른 목록을 작성함으로써 명확성을 확보할 수

---

83) Prott & O'Keefe, 상게논문, 311-312면.
84) Prott.& O'Keefe, *National Legal Control of Illicit Traffic in cultural Property*, 6면.
85) Prott.& O'Keefe, 상게서, 6면.
86) Prott.& O'Keefe, 상게서, 9면.
87) Prott.& O'Keefe, 상게서 6면.
88) (a) 진귀한 수집품과 동물군, 식물군, 광물군, 해부체의 표본 및 고생물학적으로 중요한 물체
89) Prott.& O'Keefe, 상게서, 7면.
90) Prott.& O'Keefe, 상게서, 9면.
91) Prott.& O'Keefe, 상게서, 8면.

있다는 장점을 지닌다.[92]

이러한 분류방법을 기초로 하여 각국의 입법례를 살펴보면 크게 중점보호제도와 대장제도로 나눌 수 있다.[93] 중점보호제도란 앞서 특정화방식에 따른 것으로 특히 보존할 필요가 있는 문화유산을 선정하여 지정이나 등록하도록 하여 이에 대해 중점적 보호를 시행하는 제도이다.[94] 우리 문화재보호법은 지정・가지정・등록 등을 통하여 중요 문화유산을 선정하고 이에 대하여 집중적인 법적용을 한다는 점에서 비록 선정되지 않은 일반동산문화재 또한 문화재보호법의 적용대상이 되고 있지만 중점보호제도를 채택한 것으로 볼 수 있다. 중점보호제도를 채택한 나라로는 일본, 대만, 독일, 미국, 프랑스 등을 들 수 있다. 대장제도란 보호대상이 될 문화유산을 모두 대장에 등재하고 그 중에서 특히 파괴 및 멸실 우려가 있는 것에 한하여 보호조치를 행하는 방식이다.[95] 영국 Ancient Monuments and Archaeological Areas Act의 경우 제1조는 국무장관에게 기준에 해당하는 모든 유물들의 목록을 작성하도록 하고 그 등급을 정해 법적 보호를 하는 대장제도를 채택하고 있다.

2. 문화재보호법상 문화재

가. 개념

문화재에 대한 우리나라의 법제를 살펴보면, 문화재 관련 기본법인 문화재보호법 제2조는 문화재를 “인위적이거나 자연적으로 형성된 국가적・민족적・세계적 유산으로서 역사적・예술적・학술적・경관적 가치가 큰 것”이라고 정의하고 있다.[96] 한편 「문화유산과 자연환경자산에 관한 국민신탁법」 제2조에서는 문화재보

92) Prott.& O’Keefe, 상게서, 8-9면.

93) 김정순, 문화유산의 지속가능한 향유를 위한 법제연구, 121면.

94) 김정순, 상게서, 121면.

95) 김정순, 상게서, 121면.

96) 민법 제255조는 무주의 동산 및 부동산에 대한 소유권취득의 예외로서 문화재의 국유를 규정하고 있는데, 동조 제1항에서 문화재의 개념을 학술, 기예 또는 고고의 중요한 재료가 되는 물건이라고 정의하고 있다.

호법상의 문화재와 문화재를 보존·보호하기 위한 보호물 및 보호구역 그리고 이에 준하여 보전할 필요가 있는 구역을 포함하여 문화유산으로 정의하고 있다. 「문화유산과 자연환경자산에 관한 국민신탁법」의 문화유산 개념이 학계에서 논의되는 문화유산의 개념과 동일하지는 않으나 문화재보호법상의 문화재 개념을 포괄하는 더 넓은 범주를 규정하고 있음을 알 수 있다.

우리나라에서도 문화재의 개념을 재물 개념으로 파악하고 있는 견해가 제시되고 있으나,[97] 무형문화재와 천연기념물까지 포괄하고 있는 우리나라의 문화재보호법의 성격상 "財"라는 용어의 사용은 그 규율 내용과 범주에 오해를 불러일으킬 우려가 있다. 또한 문화유산의 문제를 소유권 중심의 재화 개념에서 문화적·윤리적 문제 그리고 소수자의 권리 및 자기결정권의 문제로 여기는 국제적 경향을 고려할 때,[98] 문화유산이라는 용어의 사용이 적절할 것으로 판단된다.[99]

나. 분류 방식

(1) 지정·등록제도

1) 지정의 절차와 법적 성질

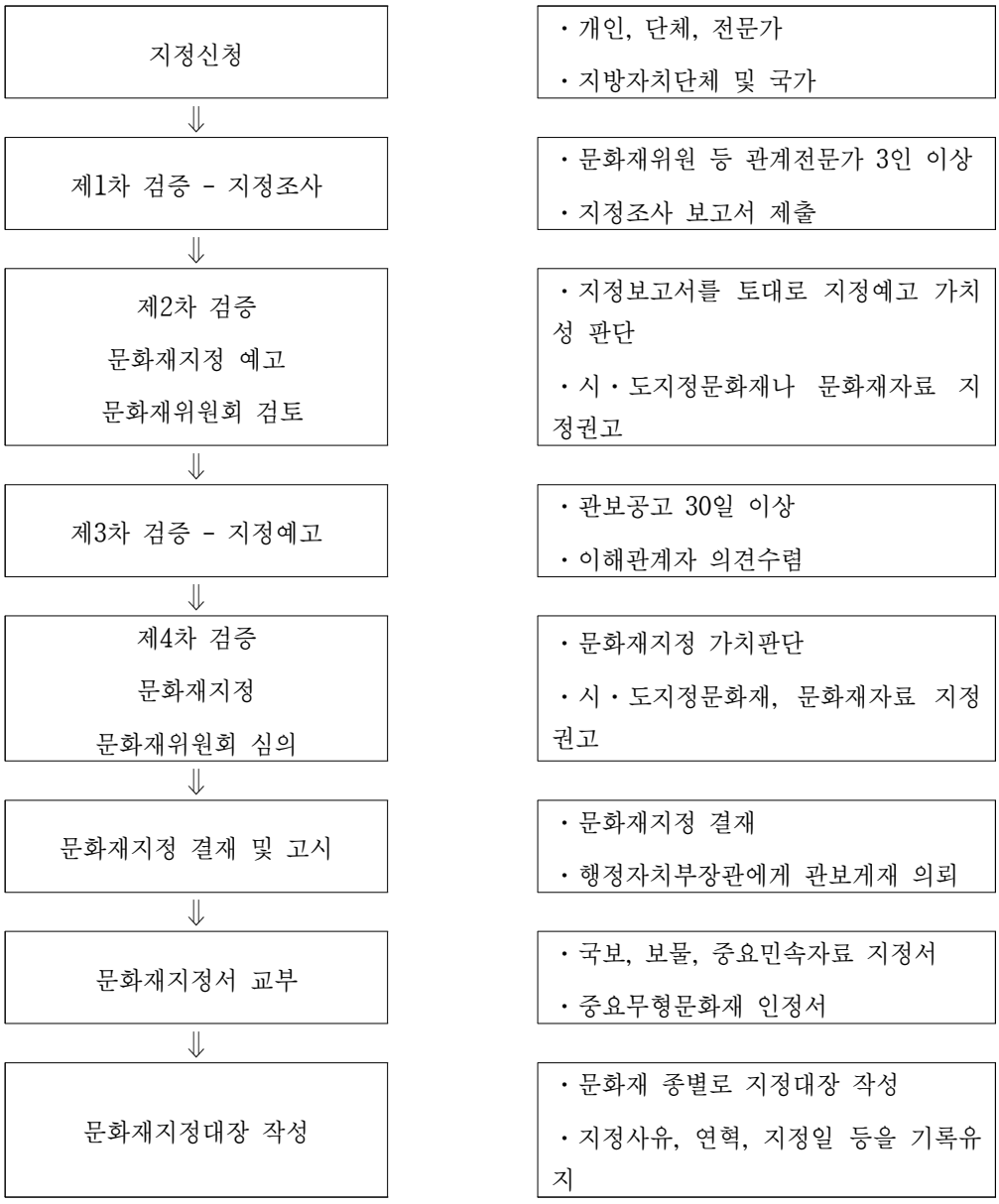
문화재보호법상의 보호는 동법의 범위에 포함되는 문화재 중 보존 및 활용의 필요성이 큰 대상을 지정이라는 행정행위를 통하여 선정·특정하여 선택된 문화재들에 대하여 더 강력하게 이루어진다. 문화재보호법 제23조 제1항은 문화재청장이 문화재위원회의 심의를 거쳐 유형문화재 중 중요한 것을 보물로 지정할 수 있도록 하였고, 제2항은 보물 중 인류문화의 관점에서 가치가 크고 유래가 드문 것을 역시 문화재위원회의 심의를 거쳐 국보로 지정할 수 있도록 하였다. 제3항은 자세한 사항은 시행령에서 규정하도록 위임하였는데, 그 절차를 도해하면 다음과 같다.

---

97) 박동석, 문화재법 총론편, 13면.

98) Daez, *Study on the Protection of the Cultural and Intellectual Property of Indigenous Peoples*, 4면.

99) 같은 의견으로 이덕인, "문화유산의 불법유출 방지와 보호규범에 대한 비판적 고찰," 563면.



<지정절차>[100]

100) 문화재청, 문화재관리과정, 12면.

문화재에 대한 지정은 이상과 같은 절차를 통해 이루어지며, ① 행정청인 문화재청의 지정행위가 ② 문화재청의 권력적인 단독행위로서 ③ 심사대상인 문화재의 지정여부라는 구체적 사실에 관하여 ④ 일반 물건을 공공목적에 의하여 물건 자체의 보존을 위하여 처분 등의 공용제한을 받게 되는 법적효과를 발생시키는[101] ⑤ 공법상 행위라는 점에서 (법률행위적) 행정행위에 해당된다.[102] 따라서 지정행위의 해제 또한 행정행위의 철회에 해당된다.

행정행위인 지정행위를 구체적으로 분류하면, 우선 지정행위는 비록 이해관계자의 의견수렴 과정이 있지만 행정청인 문화재청이 문화재위원회의 심의를 거쳐 일방적이고 강제적으로 지정하며, 해당 문화재의 보존 및 활용을 위하여 형상변경, 수리 및 반출 등에 대하여 일정한 행위의무・행위제한 및 금지를 부과하고, 보존에 드는 비용 등에 대하여 비용지원 및 행정지도가 이루어진다는 점에서 행정행위 중 하명에 해당한다.[103] 또한 제23조의 "…할 수 있다"라는 법문구 형식을 취했다는 점과 해당 문화재의 역사성, 예술성, 학술성을 기초로 그 원형을 보존하기 위한 공익상의 필요성이 지정 여부의 결정요소라는 점에서 재량행위에 속한다.[104]

2) 등록의 절차와 법적 성질

등록제도는 2001년 문화재청장이 국가지정 문화재 등으로 지정되지 않은 근대문화유산 등 건조물이나 기념물의 보존과 활용을 위하여 필요한 경우에는 이들을 등록하여 현상변경 등의 행위에 대하여 지도・조언・권고할 수 있도록 하고, 그 수리・관리 등에 필요한 경비를 지원할 수 있도록 함으로써 문화재로서의 가치가 있는 건조물이나 기념물의 보존과 활용의 증대를 목적으로 신설되었다.[105] 문화재

---

101) 문화재의 법적 성질을 보존공물로 보는 견해로, 길준규, "문화재의 개념과 그 구성요건," 301면; 손진상, "문화재보호법의 문제점과 개선방안," 72면; 공물개념을 적용하지 않아도 문화재의 공공성으로부터 권리제한의 근거가 도출될 수 있다는 견해로 根木 昭, 전게서, 135면.

102) 이상의 행정행위의 개념표지에 대하여 박균성, 행정법론(상), 274-275면.

103) 하명의 요건에 대한 박균성, 상게서, 319면; 같은 견해로 강수경, "문화행정에서의 행정행위 -문화재보호법 규정을 중심으로-" 341면.

104) 지정해제를 재량행위로 본 판결로 서울행법 2010. 3. 17. 2009구합19755 판결.

105) 문화재보호법 법률 제6443호, 2001.3.28., 일부개정, 개정이유.

의 등록은 지정과 마찬가지로 문화재위원회의 심의를 거쳐 문화재청장이 등록하도록 하고 있고, 구체적인 절차는 위의 도해와 마찬가지로 이루어진다.

등록된 문화재에 대해서는 문화재청의 보존을 위한 기술 및 현상변경에 대한 지도와 감독이 이루어지며, 보존에 필요한 비용을 보조받을 수 있게 된다. 등록문화재의 무허가수출행위 및 무허가 형상변경행위는 처벌의 대상이 되나 손상 및 은닉 행위에 대해서는 처벌규정을 두지 않는 등 형사적 제재의 강도가 낮고 양도소득세 비과세 및 상속세 징수 유예, 지방세 감면 등 세제혜택이 뒤따라 제재보다는 지원조치에 가까운 성격을 가진다. 따라서 등록 역시 행정행위에 해당하고, "…할 수 있다"는 법문언과 등록여부에 대한 심사가 법률로 강제되지 않는다는 점에서 재량행위라고 할 수 있다. 제59조 등록의 말소 역시 행정행위의 철회라고 할 것이다.

등록의 경우 지정보다 제재적 성격이 옅고 급부행정적 성격이 두드러지기는 하지만, 지정행위와 마찬가지로 작위・부작위・급부 또는 수인의무를 명하는 결과를 낳는다는 점과 등록절차를 통하여 비로소 공적관계가 형성된다는 점 및 기속행위가 아닌 재량행위로 분류될 수 있다는 점에서 행정행위의 유형 중 하명에 속한다고 할 것이다.[106]

(2) 일반동산문화재에 대한 확인

문화재보호법 제60조 제1항에 따라 일반동산문화재를 국외로 반출하기 위해서는 문화재청장의 허가를 신청한 경우 문화재청장은 제60조 제5항에 따라 문화재 해당여부를 확인해야 한다. 확인을 하기 위해서는 우선 동법 시행령 제37조에 따라 배치된 문화재감정위원의 감정을 거쳐야 한다(동법 제60조의2). 감정의 결과 일반동산문화재에 해당하게 되면 동법 제60조 제1항 따라 문화교류 목적으로 반출 후

106) 일본의 경우 등록문화재에는 지정문화재에 비하여 완화된 제재를 가하고 있다. 국외반출에 대하여 형사적 규제가 없고, 행정청의 지도 위반행위에 대하여 행정벌 이상의 형사제재가 없는 등 국가의 개입이 우리나라에 비하여 적은 편이다. 따라서 일본의 경우 등록을 하명으로 분류하기에는 무리가 있고 확인이나 공증 등에 해당된다고 볼 수 있을 것이다. 우리나라 문화재보호법상 등록의 성격을 공증으로 보는 견해로 강수경, 전게논문, 342-343면.

10년 내에 반입하거나 외국의 박물관 등에서 국내에서 구입 또는 기증받아 반출하는 경우 중 하나에 해당할 경우에만 허가를 받을 수 있게 된다.

일반동산문화재에 대한 확인은 지정 및 등록과 마찬가지로 행정행위의 성질을 가지고 있다. 다만 확인에 의하여 해당 물건의 법적 성질 및 효과가 달라지지 않고, 일반동산문화재에 부과되는 각종 제재나 급부는 확인행위를 통해 발생되는 것이 아니라 문화재보호법상의 법률규정에 의해 발생하는 것이며, 해당 물건이 문화재에 속하는지 여부라는 특정한 사실의 존부에 대해 의문이 있는 경우 행정청인 문화재청이 공권적으로 확인하는 행위라는 점에서 지정·등록과는 달리 확인행위에 해당한다고 할 것이다.[107]

(3) 구체적 분류 형태

1) 시·도지정문화재

특별시장·광역시장·도지사가 국가지정문화재로 지정되지 아니한 문화재 중 보존가치가 있다고 인정되는 것을 지방자치단체(시·도)의 조례에 의하여 시·도지정문화재로 지정할 수 있다(제70조 제1항). 시·도지정문화재로 지정되지는 아니하였으나 향토보존상 필요성이 인정되는 경우 시·도지사는 문화재자료로 지정할 수 있다(동조 제2항). 또한 문화재청장은 문화재위원회의 심의를 거쳐 필요성이 인정되는 문화재에 대하여 시·도지사에게 시·도지정문화재나 문화재자료로 지정하여 보존할 것을 권고할 수 있고, 해당 시·도지사는 그 권고를 받은 날부터 1년 안에 법 제71조제1항에 따른 시·도문화재위원회의 심의를 거쳐 지정 여부를 결정하여야 한다(동법 시행령 제39조 제3항). 해당 시·도지사는 특별한 사유가 있는 때를 제외하고는 문화재 지정절차 이행 후 문화재청장에게 보고하여야 한다(동조 제3항).

시·도지정문화재는 유형문화재·무형문화재·기념물 및 민속문화재 등 4개 유형으로 구분된다.[108] 유형문화재에는 건조물·전적(典籍)·서적·고문서·회화·

107) 확인행위의 요건에 대하여 박균성, 전게서, 337-338면.

조각・공예품 등 유형의 문화소산으로서 역사적・학술적 가치가 큰 것과 이에 준하는 고고자료가 포함된다(제2조 제1항 제1호). 무형문화재는 여러 세대에 걸쳐 전승되어 온 무형의 문화적 유산 중 역사적・학술적・예술적・기술적 가치가 있는 것으로, 지역의 사회문화적 환경 또는 한국의 전통문화를 대표하면서 그 전형을 유지하고 있는 것을 의미한다. 무형문화재에는 ① 전통적 공연・예술, ② 공예・미술 등에 관한 전통기술, ③ 한의약 및 농경・어로 등에 관한 전통지식, ④ 구전 전통 및 표현, ⑤ 의식주 등 전통적 생활관습, ⑥ 민간신앙 등 사회적 의식, ⑦ 전통적 놀이・축제 및 기예・문예 등이 포함된다(동조 동항 제2호). 기념물에 대해서는 예시적 입법형식을 취하고 있는데, 기념물에 속하는 것들로는 ① 절터・옛무덤・조개무덤・성터・궁터・가마터・유물포함층 등의 사적지와 특별히 기념이 될 만한 시설물로서 역사적・학술적 가치가 큰 것, ② 경치 좋은 곳(경승지)로서 예술적 가치가 크고 경관이 뛰어난 것, ③ 동물(서식지,번식지,도래지를 포함한다)・식물(자생지를 포함한다)・지형・지질・광물・동굴・생물학적 생성물・특별한 자연현상으로서 역사적・경관적 또는 학술적 가치가 큰 것들이 포함된다(동조 동항 제3호). 마지막으로 민속문화재에는 의식주・생업・신앙・연중행사 등에 관한 풍속・ 관습과 이에 사용되는 의복・기구・가옥 등으로서 국민생활의 추이를 이해함에 있어서 필수불가결한 것들이 속한다(동조 동항 제4호).

2) 국가지정문화재

문화재청장은 문화재위원회의 심의를 거쳐 유형문화재 중 중요한 것을 보물로 지정할 수 있고(제23조 제1항), 보물에 해당하는 문화재 중 인류문화의 관점에서 볼 때 그 가치가 크고 유례가 드문 것을 문화위원회의 심의를 거쳐 국보로 지정할 수 있다(제23조 제2항). 국가지정문화재는 국보・보물・국가무형문화재(제23조)・사적・명승・천연기념물(제25조) 및 중요민속문화재(제26조) 등 7개 유형으로 구분된다. 국보의 지정기준으로는 ① 보물에 해당하는 문화재 중 특히 역사적・학술

108) 문화재보호법상의 분류기준인 유형문화재, 무형문화재, 기념물, 민속자료는 그 하위개념으로 또 다시 유형과 무형문화재로 나뉘므로 동산문화재와 부동산문화재로 분류하는 방법을 제안하는 김수갑, “우리나라에서의 문화재보호정책의 현황 및 개선방향,” 170면.

적・예술적 가치가 큰 것, ② 보물에 해당하는 문화재 중 제작 연대가 오래되었으며, 그 시대의 대표적인 것으로서 특히 보존가치가 큰 것, ③ 보물에 해당하는 문화재 중 제작의장(製作意匠)이나 제작기술이 특히 우수하여 그 유례가 적은 것, ④ 보물에 해당하는 문화재 중 형태・품질・제재(製材)・용도가 현저히 특이한 것, ⑤ 보물에 해당하는 문화재 중 특히 저명한 인물과 관련이 깊거나 그가 제작한 것이 제시되고 있다(동법 시행령 [별표1]).

문화재청장은 국가가 지정할만한 가치가 있다고 인정되는 문화재가 지정 전에 원형보존을 위한 긴급한 필요가 있고 문화재위원회의 심의를 거칠 시간적 여유가 없는 경우에 중요문화재로 가지정할 수 있다(제32조 제1항). 가지정된 문화재에 대하여 6개월 내에 국가지정문화재로의 지정이 이루어지지 않은 경우 해제된 것으로 간주된다(동조 제3항).

3) 등록문화재

문화재청장은 문화재위원회의 심의를 거쳐 지정문화재가 아닌 문화재 중 건설・제작・형성된 후 50년 이상이 지난 것으로서, ① 역사・문화・예술・사회・경제・종교・생활 등 각 분야에서 기념이 되거나 상징적 가치가 있는 것, ② 지역의 역사・문화적 배경이 되고 있으며, 그 가치가 일반에 널리 알려진 것, ③ 기술발전 또는 예술적 사조 등 그 시대를 반영하거나 이해하는 데에 중요한 가치를 지니고 있는 것(동법 시행규칙 제34조 제1항) 중 어느 하나에 해당하고, 보존과 활용을 위한 조치가 특별히 필요한 경우 등록문화재로 등록할 수 있다(동법 제53조 제1항).[109] 다만 긴급한 보호조치가 필요한 경우에는 50년 이상이 지나지 아니한 것이라도 등록문화재로 등록할 수 있다(동법 시행규칙 제34조 제1항 단서). 등록제도는 근대문화유산의 보호 필요성이 커지면서 2001년 처음 도입되었다.[110] 현재 등

109) 일본에서는 1996년부터 등록제도를 시행하고 있는데, 기본적인 구조 및 외관을 해치지 않을 경우 내부 시설물의 보수나 정비, 현대화는 허가 없이 신고만으로 가능하게 하여 제재보다는 신고·지도·조언·권고를 기본 성격으로 한다는 면에서 높은 평가를 받은 바 있다. 이에 대한 설명으로 김춘환, “문화재보호법에 있어서의 문화재보호,” 481면.

110) 2001년 3.28. 일부개정, 개정이유.

록문화재로는 남대문로 한국전력 사옥(등록 제1호), 철원 노동당사(등록 제22호), 경의선 장단역 증기기관차(등록 제78호), 백범 김구 혈의 일괄(등록 제439호) 등이 있다. 현행 등록제도는 지정되지 아니한 제작된 지 50년 이상인 동산에 속하는 문화재에 대하여 소유자 또는 점유자가 문화공보부에 의무적으로 등록하도록 하였으나 실효성이 없이 1984년 개정 때 폐지된 (강제)등록제도와는 관련이 없다.

4) 비지정문화재

문화재보호법 또는 시·도의 조례에 의하여 지정되지 아니한 문화재 중 보존할 만한 가치가 있는 문화재로서 일반동산문화재와 매장문화재가 있다. 매장문화재에는 ①토지 또는 수중에 매장되거나 분포되어 있는 유형의 문화재, ② 건조물 등에 포장(包藏)되어 있는 유형의 문화재, ③ 지표·지중·수중 등에 생성·퇴적되어 있는 천연동굴·화석, 그 밖에 대통령령으로 정하는 지질학적인 가치가 큰 것들이 포함된다(매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률, 제2조).

일반동산문화재란 문화재보호법 또는 시·도의 조례에 의하여 지정되지 아니한 전적·서적·판목· 회화·조각·공예품·고고자료 및 민속문화재 등 역사상·예술상 보존가치가 있는 문화재로서 국외 수출 또는 반출 금지 규정이 준용된다(제60조 제1항). 지정되지 않은 문화재의 경우 소유자가 도난을 우려하거나 정부의 관리 감독 기피하여 공개하지 않거나 매장문화재의 발굴 또는 은밀한 거래를 통하여 획득한 경우에는 그 소재를 파악하기 어려워 문화재보호법이 지정·등록 등의 제도로 보호할 수 있는 문화재의 범위는 한정적일 수밖에 없다. 따라서 일반동산문화재 중에서도 기존의 지정문화재보다 역사적·예술적 가치가 큰 것이 있을 가능성이 높아 차후 지정가능성을 배제할 수 없으므로, 지정여부를 가지고 문화재 가치의 경중을 판단할 수는 없다.[111]

다. 요건

111) 헌법재판소 2000.6.29. 자98헌바67 결정.

(1) 역사성 : 시간적·공간적 구성요건

문화재보호법 제2조는 문화재의 가치판단의 중요한 요건으로 "역사적 가치"를 제시하고 있다. 여기에서 역사성이란 두 가지 측면에서 이해할 수 있는데, 하나는 시간적 개념으로 "전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달을 기하고 국민의 문화적 향상을 도모함과 아울러 인류문화의 발전에 기여"하기 위해 보존과 활용의 필요성이 인정되는 것을 의미하고,[112] 다른 하나는 공간적 개념으로 문화재의 범위를 우리나라의 것으로 한정할 것인지의 문제이다.

현재 문화재보호법 및 관계법령은 역사상 가치를 판별할 기준이나 예시를 전혀 제공하지 않고 있고, 판례에서도 구체적인 판단기준을 판시한 바 없다.[113] 따라서 건전한 법상식을 가진 사람은 물론이고 법관마저도 역사적 가치의 유무와 정도를 정확하게 판단하기 어렵다.[114] 역사적 가치 판단이 중요한 이유는 문화재보호법이 역사적·예술적·학술적 가치가 "큰" 것을 문화재로 포섭하고 있기 때문에 단지 역사적 가치가 존재한다는 피상적인 판단뿐만 아니라 그 가치의 중요성에 대한 심사까지도 이루어져야 하기 때문이다.

미국의 경우 유적지 국가등록부(National Register of Historic Places)의 역사성과 관련된 요건으로 '역사에 의미있는 기여를 한 사건과의 관련성,' '역사상 의미있는 인물의 삶과의 관련성,' '독특한 성격의 건축형태, 기간 또는 방법을 나타내거나 높은 예술적 가치를 소유하거나 대단한 예술가의 작품을 대표하거나, 의미심장하고 훌륭한 단체를 대표하는 것,' '선사시대 또는 유사시대에 관한 중요한 정보의 산출성'을 들고 있어 우리 문화재보호법상 기준보다는 좀 더 구체적인 기준을 제시하고 있다.[115]

독일의 경우 역사성에 대한 기준이 보다 더 자세하게 제시되고 있다. 만하임 행

112) 헌법재판소 2000.6.29. 자98헌바67 결정, 다수의견.

113) 문화재보호법은 일반동산문화재 및 등록문화재에 대해서만 50년이라는 객관적 시간요건을 두고 있지만 50년이 지나지 않은 물건이라도 역사적·예술적·학술적 가치가 있다면 일반동산문화재 또는 등록문화재로 인정될 수 있어 역사적 가치를 해석하는 충분한 기준이라고 할 수 없다.

114) 헌법재판소 2000.6.29. 자98헌바67 결정, 반대의견.

115) http://www.nps.gov/history/nr/listing.htm.

정법원은 기념물의 역사성을 회상가치, 연상가치, 주장가치로 구분하고 회상가치란 유명한 사람 또는 유명한 사건과 관련된 경우를, 연상가치란 특정 시대의 사회적·문화적·정치적 의미를 담고 있는 경우를, 주장가치란 역사적인 발전을 읽어낼 수 있거나 경험할 수 있는 경우를 의미한다고 정의하였다.[116] 이탈리아의 경우 문화재 및 경관법 제12조 제1항은 동산의 경우 50년, 부동산의 경우 70년이 지나면 감정을 받도록 하여 법적 보호의 대상이 될 수 있도록 하였다.[117]

공간적 구성요건은 문화재를 우리나라의 것으로 한정시킬 수 있는지 여부에 관한 문제이다. 구문화재보호법(법률 제2468호)은 제2조에서 유형·무형문화재에 대하여 문화적 소산으로서 "우리나라" 역사상 또는 예술상 가치가 큰 것으로 정의하였다가 이후 "우리나라"를 삭제하였다. 문화재보호법의 취지가 민족문화 발전에 국한되어있지 않다는 점을 상기해 볼 때, 구법의 "우리나라"라는 해당물건과 우리나라의 관련성을 강조한 의미이지 반드시 우리나라에서 산출된 문화재로 한정한다는 뜻으로 새길 수는 없다고 생각된다. 판례도 구법의 "우리나라"라는 문구가 삭제되었다고 하여 구법을 적용할 때 우리나라 문화재로 국한시킬 이유가 없다고 판단한 바 있다.[118] 문화재보호법 시행령 제36조 제1항은 외국문화재를 일반동산문화재에 포함시키고 있다.

(2) 예술성·학술성 : 가치판단적 구성요건

문화재에 대한 가치판단적 구성요건으로 문화재보호법이 제시하고 있는 것은 예술적·학술적 가치이다. 문화재보호법과 판례는 역사적 가치에서와 마찬가지로 구체적인 예술적·학술적 가치에 대한 구체적인 기준을 제시하고 있지는 않다. 다만 문화재보호법 시행규칙 별표2 [일반동산문화재의 구체적인 범위]에서는 예술적 가치에 대한 간접적인 기준을 찾아볼 수 있다.

---

116) VGH Mannheim, NJW 1991, 2509. (길준규, 전게논문, 296-297면에서 재인용)

117) 김민동, "이탈리아 문화재 및 경관재법에서의 '문화재'개념," 326-327면.

118) 신안군 앞바다에서 선박을 인양하면서 청나라 도자기를 불법적으로 건져낸 사건에 대한 판결로 대법원 1984.5.29. 선고 83도2680 판결.

별표2는 일반동산문화재의 범위에서 제외되는 대상을 기술하면서 “다작으로 인해 동일한 성격과 가치를 가진 작품이 많이 남아 있어서 대체될 수 있는 것,” “작가 또는 제작연대가 불분명하여 제작기법이 졸렬하며 특이성이 없어 역사적·학술적·예술적 가치가 없는 것”이라는 기준을 제시하고 있다. 여기서 예술적 가치의 요소를 추출해보면, ① 대량생산으로 고유성이 훼손되지 않았을 것, ② 예술적 기법이 뛰어날 것, ③ 독창적일 것을 들 수 있다. 학술적 가치의 요소로는 작가 또는 제작연대가 분명하여 제작된 시대를 표상할 것이라는 요건을 들 수 있다. 독일의 경우에는 기념물보호에 필요한 학술적 가치는 한 시기의 특정한 지식상황에 대한 증거를 의미한다고 판결한 바 있다.[119] 별표2에 따르면 문화재는 예술적 가치에 대한 이 세 가지 요소를 모두 충족시켜야 하며, 역사적 가치와 예술적 가치, 학술적 가치의 관계에서는 3가지 가치가 모두 인정되어야 하는지는 분명하지 않다. 다만 해석상 3가지 가치 중 하나는 반드시 존재해야 하며, 그 가치의 정도에 따라서 지정행위 등 문화재보호법상 보호의 정도가 차이를 보일 것으로 생각된다.

(3) 보존의 필요성

문화재를 다른 물건, 특히 예술품과 비교하여 더 강력한 법적보호의 대상으로 두는 것은 문화재의 가치가 단순히 개인의 선호 문제를 넘어 법공동체, 더 나아가 네이션의 문화와 정체성과 관련이 깊기 때문이다. 문화재는 시간의 흐름과 함께 공동체에 총체적 기억으로 남아 공동체의 역사를 담아내는 증거와 같은 역할을 한다.[120] 이러한 총체적 기억이 미치는 범위가 지역인지, 국가인지, 아니면 전 세계적인지에 따라서 문화재의 보호주체가 다양하게 증가할 수 있을 것이다.

현재 문화재법상 이러한 보존의 필요성을 판단하는 주체는 제8조에 근거한 문화재위원회 및 동법 시행규칙 제44조에 따른 문화재위원회 위원 등이다. 문화재위원회는 국가지정문화재에 관련한 사항을 관장하고 문화재위원회 위원은 일반동산문화재 해당여부를 위한 감정을 실시할 수 있다. 지정문화재의 경우 국가가 관리의

119) VGH Mannheim, NJW 1991, 2509. (길준규, 전게논문, 296-297면에서 재인용)
120) 박동석, 문화재법 총론편, 32면.

주체 중 하나이기 때문에 위와 같은 보존의 필요성을 판단의 주체로서 인정할 수 있으나, 일반동산문화재의 경우에는 국가의 확인을 받기 전까지는 보존필요성 판단의 주체가 개인이고, 확인을 기점으로 하여 국가로 이양된다고 볼 수 있기 때문에 영국과 같은 국회의 승인 등 보존의 필요성을 공론화할 수 있는 장치가 필요하다고 할 것이다.

(4) 보론 : 분리된 일부의 대상적격

문화재보호법은 민법 제98조에 해당하는 물건, 즉 제99조의 동산과 부동산에 국한하지 않고 자연경관이나 동식물, 그리고 지식・기술・공연 등 무형의 문화유산까지도 광범위하게 포괄하고 있다. 이러한 광범위한 규정방식은 일본과 더불어 우리나라의 입법의 고유한 특징이다.[121]

문화재보호법상의 보호객체인 문화재 중 유형문화재의 경우 민법 제98조상의 물건의 개념과 어떤 관계를 갖는지 살펴볼 필요가 있다. 문화재 경매에서 古書의 낱장이 고가에 낙찰되거나 형사처벌을 피하기 위하여 문화재를 분해하여 각 부분을 따로 판매하는 탈법적 행위가 존재하기 때문이다.[122] 민법 제98조의 물건은 물권의 객체로서 독립할 물건일 것을 요건으로 한다. 물건의 일부나 구성부분은 원칙적으로 물권의 객체가 될 수 없고, 물건의 독립성 여부는 결국 사회관념에 따라 판단된다. 가령 책의 경우 민법의 강학상 개념인 단일물에 속하여 형체상 단일한 일체를 이루어 각 구성부분은 개성을 잃고 있는 하나의 물건으로 취급된다. 문화재보호법 제90조의 경우 무허가수출행위를 처벌하고 있는데, 이때 고서의 일부분을 분해하여 따로 밀반출하려 한 경우와 같이 문화재의 일부분이 범행의 객체가 되었을 때 해당 조항의 구성요건에 포섭될 수 있는지 문제가 될 수 있다.

민법상 물권성립의 기초로서 물건의 독립성을 인정하는 것은, 물건의 일부나 집

121) 신의기·박현호·이준우·장민선, 범죄예방을 위한 환경설계의 제도화 방안(IV) : 공원 및 문화재 관련시설 범죄예방을 중심으로 - 문화재의 효율적 활용과 재난예방 -, 49면.

122) "'사라진 국보' 훈민정음 해례본, 영영 사라지나? " KBS 인터넷뉴스, 2015.3.24.; "Fragment of Gutenberg Bible expected to top $500,000 at auction," the Guardian, 2015.6.11.

단 위에 하나의 물권을 인정하면 그 공시가 곤란하거나 공시를 혼란케 할 것을 우려한 취지라고 할 수 있다. 따라서 그 취지상 이러한 민법상 물건의 개념을 다른 법률에 동일하게 적용할 필요성은 크지 않다고 할 수 있다. 민법의 개념을 형법에서 차용할 것인지 여부는 형법의 독자성과 관련된 문제로서, 민법의 판단에 형법이 구속된다고 볼 수는 없고, 규범의 통일성은 다른 법률에서 허용하는 행위를 형법이 처벌할 수는 없다는 의미로 새기는 편이 적절하기 때문이다.[123]

다만 죄형법정주의 원칙상 문화재보호법상의 지정이 이루어진 문화재의 일부를 분리하여 유출했을 경우 훼손행위에 대한 판단은 별도로 하고, 무허가수출 등의 벌칙규정에서 객체의 동일성을 무리하게 확장하는 것은 문제가 될 수 있다. 만약 분리된 부분만으로도 이하의 구성요건을 충족시켜 사회관념상 그 가치를 인정할 수 있다면, 민법상 단일물・합성물・부합・가공 등의 법리를 굳이 따를 필요 없이 문화재보호법상 지정 등의 효과가 각 부분에도 미치는 것으로 해석할 수 있을 것이다.

지정문화재에 대해서는 아무런 규정이 없으나 일반동산문화재의 범위에 대한 문화재보호법 시행규칙 별표2[124]에서는 일반조각 및 불교조각, 근대조각의 단편도 명문이 있다면 문화재의 대상에서 제외되지 않는다고 정하고 있는 사실도 문화재의 일부에 대해서도 법률의 효력이 분리된 일부분까지 미친다는 근거가 될 수 있다. 문화재보호법상 선의취득규정 배제에 대한 제87조 제5항을 제외하고는 민법규정을 배제하는 조항이 없지만, 입법론적으로 지정행위가 미치는 범위에 대한 규정을 명확히 하는 것이 필요할 것으로 보인다.

3. 문화재보호법상 형벌조항 검토

가. 문화유산 관련 범죄에 대한 최근 경향

최근 형법의 영역이 물질적이고 가시적인 영역을 넘어서서 문화와 같은 정신

123) 배종대, 형법각론, 222면.
124) 부록 참조

적・감성적 영역에까지 확장되고 있다. 비록 직접적으로 물리적 피해를 발생시키는 것은 아니지만 산업 및 기술의 발전으로 인한 개인들의 삶의 양식의 변화, 전통적으로 사회경제적・정서적 공감의 기본단위가 되었던 공동체의 변질 및 붕괴현상은 공동체적 소통과 협력, 기술적 수준과 문화적 재생산의 불균형을 발생시키고 있다. 이를 두고 이른바 "문화적 위험사회화"가 급속도로 진행되고 있다고 보는 견해까지 등장하고 있다.[125] 위험사회의 개념에 문화적 요소를 포함하는 것에 대해서는 이론의 여지가 있겠지만, 사회문화적 위험은 대중문화나 광의의 문화에서뿐만 아니라 예술이나 문화유산에 대한 지능적・조직적 범죄의 다양화 및 확산에서도 쉽게 감지할 수 있다.

보충성의 원칙과 비례성 원칙을 바탕으로 사회 각 영역에 대하여 비범죄화 논의가 활발하게 진행되는 최근 형법 학계의 경향과는 달리 국제법 분야에서는 국제기구 및 협정을 통해 각종 위법성을 띤 행위들을 범죄로 규정하고 각 회원국의 입법부가 범죄화하거나 처벌을 강화하도록 권고・강제하는 흐름을 보이고 있다. 협약이나 규약의 이행에 대한 강제수단 마련이 용이하지 않은 국제법의 특성상 범죄화와 형벌강화는 각국의 이행을 담보하는 유용한 수단이었다. 국제법의 이러한 태도는 전쟁범죄나 인권침해적 범죄 등 전통적으로 중요범죄로 분류되어왔던 영역에서뿐만 아니라 이제까지 전통적 형법이 크게 관심을 두지 않았던 형법과 민법, 상법 등의 경계영역 혹은 문화 등 법적 조명을 받지 못했던 분야에까지 확장되고 있다.[126]

문화유산 관련범죄에 대해서도 국제기구 혹은 협약의 형사적 대응은 점진적으로 강화되어왔다.[127] 세계 제2차 대전동안 무분별한 도심 폭격으로 발생한 대규모의 문화유적 파괴를 반성하는 취지로 무력충돌 상황에서의 문화재 보호에 관한 최초의 협약인 1954년 헤이그 협약이 체결되었다. 동 협약 제1조는 문화유산의 범위

---

125) 심광현, 전게논문, 54-56면.

126) Manacorda, "Criminal Law Protection of Cultural Heritage: An International Perspective," 18면.

127) 헤이그협약 이전의 문화유산에 관한 협약 국제규범의 변천사에 대해서는 김현주, "무력충돌 시 문화재 보호에 관한 헤이그협약의 제정 배경과 발전," 95-100면; Manacorda, 전게논문, 25-36면 참조.

를 “예술적・역사적・고고학적으로 중요한 동산 또는 부동산”으로 광범위하게 정의하고, 평시의 일반적 보호의무(1954년 헤이그협약 제3조)와 문화유산을 위험에 노출시킬 수 있는 목적으로 사용하거나 이에 대한 적대행위를 방지할 의무(1954년 헤이그협약 제4조 제2항)를 체결 당사국에 부여하였다. 1954년 헤이그협약은 위와 같은 의무를 부여하는 조항들을 두고 각국에게 의무위반 시 이에 대한 형벌을 가하기 위한 조치를 취하도록 하였지만(1954년 헤이그협약 제28조), 위반행위의 구체적 태양이나 형벌의 종류 및 정도에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다.

이후 1999년에는 1954년 헤이그조약 제2의정서를 채택하여 문화재의 개념 및 형벌에 관한 사항을 구체화하여 이전의 협약을 보완하였다. 우선 행위유형을 구체화하여 광범위한 파괴행위, 문화유산을 목표로 한 공격행위, 문화유산에 대한 절도・약탈・횡령・적대행위를 중대한 위반으로 간주하고(제2의정서 제15조 제1항), 이러한 행위에 대해서는 협약 당사국에게 국내법상 형사처벌할 것을 의무화하였다. 또한 이 중 광범위한 파괴행위와 보호를 강화한 문화유산에 대한 공격, 문화유산 및 그 인접시설을 군사적 목적으로 사용하는 행위에 대해서는 행위자가 외국인이고 범죄행위지가 국외에서 발생한 경우에도 당해 행위자가 자국 영토 내에 있는 경우에는 관할권을 인정하는 보편관할권을 인정하였다(제2의정서 제16조).

관할권에 대하여는 2003년 국제형사재판소가 설립됨에 따라서 국제적 무력분쟁이 아니더라도 군사적 목적으로 사용되지 않고 있는 역사적 기념건조물에 대하여 고의로 공격을 하는 경우 전쟁범죄로 간주하여(로마규정 제8조 제2항), 관할권을 가진 국가가 형사적 조치를 취하지 않는 경우 국제형사재판소의 관할을 인정하여 문화유산 관련 범죄에 대한 형사처벌의 가능성을 높였다.[128] 국제형사재판소는 2002년 로마규정 발효 이전의 행위에 대하여는 소급하여 재판할 수 없지만(로마규정 제24조 제1항), 로마규정 발효이후에 발생한 관할범죄에 대해서는 어떠한 시효도 적용하지 않도록 하여(로마규정 제29조), 국제정세와 밀접한 관련이 있어 범죄발생과 재판시의 간격이 큰 무력충돌 중 문화유산 관련 범죄에 대한 재판권 행사를 현실화하였다. 정확하게 문화유산에 관한 내용은 아니었지만 구 유고슬라비아

128) 로마규정 제 5조 제1항은 국제형사재판소의 관할범죄를 국제공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄, 즉 집단살해죄·인도에 반한 죄·전쟁범죄·침략범죄에 한정하였다.

국제형사재판에서는 민족문화말살(ethnocide)을 언급하여 문화적 영역까지도 국제형사재판소의 관할이 확장될 수 있는 실마리를 남겼다고 평가할 수 있다. 또한 국제법 학계에서도 문화영역에서의 제노사이드, 즉 문화 제노사이드(cultural genocide) 개념 도입이 주장되고 있다.[129]

문화유산에 대한 처벌을 실질화하고 강화하는 국제적 경향은 우리나라에서도 나타나고 있다. 1962년 문화재보호법 제정 시에는 지정·가지정문화재의 무허가수출을 15년 이하의 징역이나 금고 또는 150만환 이하의 벌금(동법 제59조 제1항), 일반동산문화재의 무허가수출에 대해서는 100만환 이하의 벌금으로만 규제하였는데(동법 제59조), 1970년 제6차 개정에서는 지정·가지정의 경우 5년 이상의 유기징역과 필요적 몰수 규정을 두어 형벌을 강화하였고, 일반동산문화재의 경우에는 1년 이상의 유기징역과 필요적 몰수규정을 두어 벌금이 아닌 유기징역으로 처벌하도록 하였다(동법 제59조).[130] 이 개정에서 형벌의 강화가 대대적으로 이루어졌는데, 손상·은닉행위에 대한 법정형을 강화하고(제60조), 예비·음모행위에 대한 처벌규정을 신설하였다. 1973년 개정에서는 위 무허가수출행위를 중개한 자에 대한 처벌규정을 신설하였고(동조 101조), 업무상 과실이나 중대한 과실로 도굴 등으로 취득한 물건을 양도·취득·운반·보관하거나 일수의 죄의 결과를 발생시키킨 경우에는 가중처벌하는 규정을 두었다(제67조).

나. 문화재보호법상 형벌조항에 대한 전반적 고찰

(1) 체계 및 성격

---

129) Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation Analysis of Government, Proposals for Redress,* 83-85면.

130) 우리나라의 문화재보호법이 일본 법제를 상당부분 차용하였으나, 1984년 비지정동산문화재에 대한 의무등록제도를 폐지하고, 일반동산문화재의 무허가수출에 대한 형사처벌을 한다는 점에서, 문부과학대신이 중요문화재 이외의 유형문화재를 등록할 수 있도록 하고(제57조), 중요문화재 및 등록문화재 이외의 유형문화재에 대하여는 소유자가 문화청장관에게 수리 및 관리에 대한 지도를 요청할 수 있도록 했을 뿐(제70조) 이에 대한 무허가반출을 따로 처벌하지 않는 일본의 문화재보호법과 차이를 보인다.

제90조(무허가수출 등의 죄) ① 제39조제1항 본문(제59조제2항과 제74조제1항에 따라 준용하는 경우를 포함한다)을 위반하여 지정문화재 또는 가지정문화재를 국외로 수출 또는 반출하거나 제39조제1항 단서 및 제2항(제59조제2항과 제74조제1항에 따라 준용하는 경우를 포함한다)에 따라 반출한 문화재를 기한 내에 다시 반입하지 아니한 자는 5년 이상의 유기징역에 처하고 그 문화재는 몰수한다.

② 제60조제1항을 위반하여 문화재를 국외로 수출 또는 반출하거나 반출한 문화재를 다시 반입하지 아니한 자는 3년 이상의 유기징역에 처하고 그 문화재는 몰수한다.

③ 제1항 또는 제2항을 위반하여 국외로 수출 또는 반출하는 정(情)을 알고 해당 문화재를 양도·양수 또는 중개한 자는 3년 이상의 유기징역에 처하고 그 문화재는 몰수한다.

제91조(허위 지정 등 유도죄) 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지정문화재 또는 가지정문화재로 지정하게 한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

제92조(손상 또는 은닉 등의 죄) ① 국가지정문화재(국가무형문화재는 제외한다)를 손상, 절취 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다. <개정 2015.3.27.>

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

1. 제1항에 규정된 것 외의 지정문화재 또는 가지정문화재(건조물은 제외한다)를 손상, 절취 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 자

2. 일반동산문화재인 것을 알고 일반동산문화재를 손상, 절취 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 자

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이상의 유기징역이나 2천만원 이상 1억5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제35조제1항제1호에 따른 현상변경의 허가나 변경허가를 받지 아니하고 천연기념물을 박제 또는 표본으로 제작한 자

[표1] 주요 형벌조항

문화유산 관련 범죄는 형식적인 측면에서는 협의로는 기본법인 문화재보호법과 2000년 이후 분리 입법된 관련 법률들이 정하고 있는 범죄구성요건 전부라고 할 수 있고,[131] 문화재보호법이 형법배제규정을 두고 있지 않으므로 광의로는 문화유

131) 문화재보호법은 1962년 제정 이후 단일법 체제를 유지하다가 2000년 이후 문화재정책과 관련된 부수법률들이-「고도 보존에 관한 특별법(2004)」, 「문화유산과 자연환경자산에 관한 국민신탁법(2006)」, 「문화재보호기금법(2009)」- 별도로 제정되었다. 2010년에는 문화재보호법 규정 자체를 분리하여 「매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률」과 「문화재수리

산을 대상으로 문화재보호법 및 형법상 범죄의 구성요건을 포함한다. 실질적으로는 문화재보호법의 기본원칙인 원형유지 및 문화유산의 고유한 가치를 침해하는 행위 일체라고 정의할 수 있다.[132]

문화유산 관련 범죄의 특징으로는 첫째 범죄의 국제성과 조직성을 들 수 있다. 최근 두 국가 이상에 걸쳐 발생하는 소위 국제범죄가 증가하는 추세를 보이고 있는데, 마약·자금세탁 등과 함께 유형의 문화유산의 약탈·불법반출 및 밀거래도 마찬가지로 늘어나고 있다. 이러한 증가 현상의 원인으로는 이동수단의 다양화 및 신속성으로 인하여 국가 간 이동이 편리해지고, 인터넷 상거래의 활성화로 거래업자와의 접촉이 즉각적으로 이루어질 수 있고 출처불명의 문화재에 대한 판로 개척이 이전보다 용이해졌다는 것을 들 수 있다.[133] 또한 국가마다 사법제도가 차이를 보이고 있는 가운데, 선의의 매수인을 보호하는 법제를 가지고 있는 경우 문화재 밀거래를 활성화시킬 가능성이 있다.[134]

둘째, 불법적 거래 또한 합법적 거래와 동일한 판매경로를 통해 이루어진다는 점이다. 경매회사나 갤러리, 문화재 전문 판매상은 고의 혹은 과실로 불법반출된 문화재를 거래하는 경우가 종종 발생하기 때문이다.[135] 셋째, 문화재보호법상의 벌칙규정들은 강한 행정종속성을 갖고 있다. 많은 행정법상 벌칙규정들이 행정종속성을 갖고 있지만, 문화재보호법의 경우 시행령이나 시행규칙으로의 백지형법 문제 정도를 넘어 재량행위적 행정행위의 가치판단에 기속되고 있다. 무허가수출행위의 경우 행정청의 지정행위는 물론이고 사후의 일반동산에 대한 확인에까지 전적으로 행정청의 판단에 기속된다. 따라서 죄형법정주의의 심각한 문제를 초래할 수 있다는 우려가 있다.

넷째, 침해의 비가시성을 들 수 있다. 몇몇 잘 알려진 문화유산에 대한 훼손의

등에 관한 법률」을 입법하였고, 2015년에는 「무형문화재 보전 및 진흥에 관한 법률」을 분리 입법하였다.

132) 박기석, “문화재범죄의 실태와 대책,” 40면.

133) 오프라인 상의 옥션 외의 인터넷 상거래 사이트를 통한 불법 거래가 증가한다는 자료를 제시하는 Brodie, Neil, ″The Market in Iraqi antiquities 1980-2008,″ 67-68면.

134) Lalive,.“The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects”.

135) Massy, “The Antiquity Art Market: Between Legality and Illegality,” 732-735면.

경우를 제외하고는 문화유산의 훼손 및 반출에 의하여 직접적으로 문화적 손실을 느끼는 사람이 많지 않고, 설사 그 사실이 널리 알려진다고 하더라도 물리적 손실이 발생하지는 않는다. 마지막으로 문화재보호법은 문화재에 해당하는지 여부에 대한 1차적 결정권자를 소유자 등 개인으로 강제하여 법적용 대상자에 대한 심미적・도덕적 기준을 다른 법에서보다 높게 책정하고 있는 것으로 보인다.

문화재보호법이 규정하는 범죄행위를 살펴보면 무허가수출행위와 허가를 받고 반출하였으나 기간 내에 반입하지 않은 행위(제90조 제1항, 제2항), 무허가 수출을 알선하거나 그에 제공된 문화재를 양도・양수한 행위(제90조 제3항), 허위로 문화재를 지정하게 한 행위(제91조), 문화재를 손상・절취・은닉한 행위(제92조), 문화재관리인을 사상케 한 행위(제93조 제2항), 지정・가지정문화재 등에 대한 일수행위(제95조, 제96조), 현상변경 등 무허가 행위(제99조), 행정명령 위반행위(제100조), 지시불응・관리자의 과실로 인한 멸실・훼손 등 관리행위 방해행위(제101조)가 있다. 형법상 각칙이 적용됨은 물론으로 문화재 매매 과정에서 사기나 협박 등이 있었다면 그에 따라 처벌받는다. 다만 손괴나 일수 등 행위의 경우 형법각칙에도 그 규정이 있으나 문화재보호법에서 이를 가중처벌하고 있다.

(2) 문제점

문화재보호법의 주된 목적은 문화재를 원형 그대로 보존하는 것, 즉 문화유산을 보호하는 것이다. 따라서 문화재보호법상 벌칙규정 또한 처벌보다는 보호를 위한 예방에 초점이 맞춰져야 할 것이다. 하지만 현행 문화재보호법상 형벌조항들은 법정형을 강화하여 위하에 의한 예방적 효과를 기대하는 것으로 보이지만, 형법의 신중한 적용이라는 형법적 고려는 물론이고 문화재의 원형보존과 향유 및 인류문화의 발전이라는 문화재보호법의 취지도 충분히 반영하지 못하고 있다.

우선 문화재보호법상 형벌조항의 각 범죄구성요건이 개별화되지 못하고 각 행위의 불법성이 차이를 가질 수 있음에도 불구하고 일률적으로 규정되어 있다는 점을 지적할 수 있다.[136] 예를 들어 문화재보호법 제92조는 문화유산에 대한 손상・

136) 문화재보호법상 벌칙규정에 행위유형에 대한 구체적 분류가 미비하다는 의견으로 이덕인,

은닉・절취행위를 하나의 범죄구성요건으로 규정하고 있다. 이 규정은 각 행위유형이 아닌 범죄의 대상이 된 문화유산의 행정적 보호 정도에 따라 국가지정과 그 외의 지정문화재 그리고 일반문화재로 나누고 이를 기준으로 법정형에 차등을 두고 있다. 형법에서는 절취행위에 대해서는 제329조에서 6년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금으로, 손괴 및 은닉 기타 방법으로 효용을 해하는 경우에는 제366조에서 3년 이하의 징역 또는 7백만 원 이하의 벌금으로 규정하여 행위의 불법성에 따라 법정형에 차등을 두고 있다. 반면 문화재보호법은 이종의 행위유형을 하나의 구성요건처럼 포섭하고 국가지정문화재에 대해서는 3년 이상의 유기징역, 그 외의 지정문화재 또는 가지정문화재, 일반동산문화재의 경우에는 2년 이상의 유기징역으로 처벌하고 있다.

문화재보호법이 형법을 특별히 배제하고 있지 않음에도 불구하고, 형법에서 명백히 그 불법성 및 비난가능성에 따라 법정형에 차등을 둔 행위를 굳이 하나의 구성요건으로 파악하여 동일한 법정형을 두고 있는 것은 문화유산 관련 범죄의 처벌 및 예방을 위한 가장 기본적인 법률인 형법이 제시하는 기준을 일탈하는 것이라고 볼 수 있다. 또한 문화재라는 객체의 특수한 성질을 반영한 입법이라고 이해한다고 하더라도 국가지정 및 그 외의 지정・가지정에 대해 법정형을 차등을 두는 기준이 일관되지 않고 단순히 행정적 중요성 및 편이성에만 따른 분류라고 볼 수밖에 없다. 문화재보호법 제92조 제1항은 국가지정문화재를, 제2항은 그 외의 지정 및 가지정・일반동산문화재를 규제하고 있는데, 문화재의 내재적 가치를 중심으로 한 것이라면 지정 여부만을 가지고 구분하는 것이 적절하지 않고, 지정행위로 인하여 행위자가 문화재에 해당됨을 인식할 개연성의 정도가 차이가 있다는 점을 근거로 한다고 해도 동조 제2항의 지정 및 가지정문화재와 행위당시 아직 문화재 해당 여부가 판명되지 않은 일반동산문화재에 대한 법정형을 2년 이상의 유기징역으로 함께 규정한다는 점을 납득하기 어렵다.

행위객체 및 행위태양에 대한 구체적 고찰보다는 문화유산 관련 범죄에 대한 형벌을 가중을 우선하는 취지는 문화재보호법 제93조 제2항과 매장문화재 보호 및

전게논문, 546-547면.

조사에 관한 법률 제32조 제2항에서도 나타난다.[137] 문화재보호법 제93조 제1항은 단체나 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 몸에 지녀서 무허가수출 등의 죄(제90조), 허위 지정 등 유도죄(제91조), 손상・은닉・절취 등의 죄(제92조)의 죄를 범한 경우 정한 형의 2분의 1까지 가중하도록 하고, 제2항에서는 제1항의 죄를 범하는 과정에서 문화재 관리자를 상해에 이르게 한 경우 무기 또는 5년의 징역, 사망에 이르게 한 때에는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 하고 있다.

형법 제369조는 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 손괴의 죄를 행한 경우 5년 이하의 징역, 1천만 원 이하의 벌금을 정하고 있고, 제368조는 손괴행위의 과정에서 사람의 신체 및 생명에 위험을 발생하게 한 경우에는 1년 이상 10년 이하의 징역을, 상해에 이르게 한 경우에는 1년 이상의 징역, 사망에 이르게 한 때에는 3년 이상의 징역을 규정하고 있다. 또한 제144조의 특수공무방해죄는 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 공무집행방해 등의 죄를 범한 경우에는 정한 형의 2분의 1까지 가중하고 있으며, 공무원에게 상해를 가한 경우에는 3년 이상의 유기징역, 사망에 이르게 한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 하고 있다. 형법은 단체 다중의 위력 및 위험한 물건의 휴대의 행위태양으로 적법한 공무를 집행하는 공무원에게 상해 및 사망의 결과를 발생시킨 경우 하한을 규정하는 방식을 취함으로써, 제258조의2 특수상해죄가 비공무원에 대하여 상해의 결과를 발생시킨 경우 1년 이상 10년 이하의 징역, 중상해의 결과를 발생시킨 경우 2년 이상 20년 이하의 징역으로 처벌하는 것에 비하여 가중처벌하고 있다. 이는 사람의 신체와 생명이라는 법익 이외에 적법한 공무의 안전한 수행이라는 공무집행방해죄의 부가적인 법익을 고려한 입법이라고 할 수 있다.[138]

---

137) **매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률 제32조(가중죄)** ① 단체나 다중(多衆)의 위력(威力)을 보이거나 위험한 물건을 몸에 지녀서 제31조의 죄를 범하면 같은 조에서 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

② 제1항의 죄를 범하여 지정문화재나 가지정문화재를 관리 또는 보호하는 사람을 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

138) 배종대, 형법각론, 855면.

문화재보호법 제93조의 문화재 관리자에 대한 규정이 범죄의 객체가 일반인인지 공무를 수행하는 자인지를 구분하여 후자의 경우 부가적인 법익보호의 필요가 불법성 가중의 근거이고 이에 따라 법정형을 강화한 것이라고 보더라도,[139] 형법 제144조에서 보호하는 공무보다 문화재 보호 및 관리가 더 중한 공익적 의미를 갖는다고 볼 근거가 부족하다는 면에서 문화재보호법에서 상해의 결과가 발생한 경우에도 사망의 결과가 발생한 경우와 마찬가지로 5년 이상의 유기징역으로 처벌하도록 하여 형법보다 법정형을 강화한 것은 법체계의 통일적인 불법성 판단을 저해하는 입법이라고 할 수 있다.

이러한 문화유산에 대한 구체적 행위유형 분류 및 형법과의 통일성 있는 정비의 부족은 두 가지 문제점을 발생시켰다. 첫 번째 문제점은 선택형의 부재이다. 문화재보호법 제90조 및 제92조 제1항과 제2항은 국가지정・그 외의 지정・일반동산문화재를 구분하지 않고 일률적으로 유기징역만을 부과하고 있어 구체적 사건을 판단하는 법관의 양형 재량을 침해하고 있고,[140] 행위 당시까지 문화재 해당되는지 판별되지 않은 일반동산문화재의 경우까지 행위자가 상습범이거나 영업범인지 여부를 묻지 않고 일괄하여 징역형만을 규정한 것은 행위의 불법성과 비교형량해 보았을 때 과도한 처벌이라고 할 수 있다.

또 다른 문제점은 문화재의 유형별・행위유형별 분석의 부족으로 인해 처벌의 공백이 발생한다는 점이다.[141] 문화재보호법 제92조 제1항은 국가지정문화재에 대

---

139) 사람의 생명을 양적·질적으로 교량할 수 없어 문화유산을 관리·보호하는 자에 대한 생명·신체의 보호 강화가 불합리하다는 주장으로 이덕인, 전게논문, 549면.

140) 1962년 제정법에서는 무허가수출행위에 대하여 지정 및 가지정 문화재의 경우에는 징역형 및 벌금형을, 일반동산문화재에 대해서는 벌금형만을 부과했었다. 일본의 문화재보호법이 중요문화재나 등록문화재에 해당되지 않은 문화재의 경우에는 별다른 처벌규정을 두지 않고, 대만의 문화자산보존법도 제63조에서 국보 및 중요유물이 아닌 일반유물을 구분하고는 있으나 일반유물의 경우에는 별도의 처벌규정을 두고 있지 않음을 비교하면, 우리나라의 문화재보호법의 엄벌화 경향을 확인할 수 있다; 헌재 결정은 일반동산문화재의 무허가수출행위에 대한 형벌조항에 대하여 합헌결정을 내리면서도 그 가치에 대한 개별적 판단여지를 두지 않고 형종선택의 가능성을 차단하는 위 조항에 대하여 형벌개별화 원칙 위반의 우려가 있음을 지적한 바 있다. 하지만 이러한 지적사항을 고려한 입법이 이루어진 바는 없다. 위 조항의 실질적 법치국가원리 위반 우려를 나타낸 결정으로 헌법재판소 2000.6.29. 자 98헌바67 결정.

141) 이러한 문화재보호법상 체계내적 모순을 지적한 윤동호, 특별형법전의 정비를 위한 기초연구, 240-241면.

한 손상・절취・은닉의 방법으로 그 효용을 해한 행위를 처벌하고, 제2항은 그 외의 지정문화재 및 가지정문화재에 대한 동일한 방법의 행위에 대해 처벌하고 있으나 건조물은 제외하고 있다. 한편 동법 제94조는 지정 및 가지정 건조물에 대한 방화・일수・파괴의 죄를 규정하고 있는데, 지정・가지정 문화재인 건조물에 대하여 방화 및 일수 이외의 방법으로 파괴에까지는 이르지 않았으나 훼손의 결과를 야기한 경우에는 처벌조항이 부재하다. 지정・가지정 문화재인 건조물에 대한 파괴에 이르지 않은 훼손, 즉 손괴의 경우에는 형법 제366조의 손괴죄가 적용될 수 있음은 분명하나, 문화재에 대한 범죄 전반을 망라하고자 하는 문화재보호법의 취지에 비추어 볼 때 입법의 불비라고 판단할 수 있을 것이다.

4. 문화유산에 대한 학제적 연구의 필요성

이상의 문화재보호법상 형벌조항의 문제점은 문화유산의 규범적 의미를 규명하지 못한 오류에서 발생한다. 문화유산이 규범적 보호를 받기 위해서는 보호의 대상을 명확히 하는 과정이 선행되어야 함에도 불구하고, 현행 문화재보호법상 문화유산의 보호의 정도는 지정・등록 등 행정적 기준에 따라 결정되고 있고,[142] 각 문화유산의 문화적 의미 및 가치에 대한 고려는 반영하고 있지 않다. 사회학이나 미학 그리고 박물관학 등에서조차 문화유산의 개념 범위가 유동적이라는 점에서 명확성 확보의 한계를 인정할 수밖에 없다.[143] 하지만 개념 및 특성의 불명확성은 문화유산에 대해 발생할 수 있는 범죄행위를 행위유형과 보호법익에 따라 개별화하지 못함으로써 동일한 행위유형에 대한 형법상 불법판단을 가중해야 할 근거와 가중의

142) 문화재보호법상 유형문화재에 대한 행정청의 관리 및 보조금 지원 등은 지정문화재에 집중되어 있고, 지정이 이루어지지 않은 경우에는 그 가치가 상당하더라도 관리의 대상이 되지 않는다. 현행 문화재보호법이 중점보호주의 정책에 입각한 보호를 하고 있다고 이해하더라도, 형벌조항은 중점보호의 대상이 아닌 일반동산문화재에 대해서도 동일한 행위에 대한 형법상 불법판단보다 가중하고 있다는 점에서 모순이 발생한다.

143) 문화유산의 범위를 공동체의 정체성과 관련된 것으로 한정하는 견해로 Moustakas, “Group Rights in Cultural Property: Justifying Stirict Inalienability,” 1179면; 문화유산에 대한 적극적 정의는 물론 예술품과의 구별도 용이하지 않으므로 문화유산에 대한 규범적 유사성을 통해 간접적으로 정의하려는 견해로 Sarah Harding, “Value, Obligtion, and Cultural Heritage,” 302-304면.

정도를 합리적으로 설정하는 작업을 어렵게 하고 있다.

문화재보호법상 형벌조항의 법정형이 동일 행위에 대한 형법상 법정형보다 가중되어 있음에도 불구하고, 문화유산을 형법적으로 보호해야 하는 이유로 그 보호의 정도 및 보호의 대상이 되는 문화유산의 범위를 구체적으로 공론화하는 경우는 많지 않다. 특히 문화유산이라는 감정가치를 보호대상으로 하는 영역에 대한 규범적 이해의 미비는, 입법의 과정에서 적절한 기준을 가지고 형법의 개입 여부를 결정하기보다 국가 등 집단 내부의 여론이나 외부에 대한 감정적 판단을 통해 해결방안을 찾는 오류를 발생시킬 우려가 있다. 즉, 사실적 상황과 규범적 해석이 충분히 동일화되지 못하고,[144] 사실적 상황의 필요에 의하거나 그 필요성조차 충분히 입증되지 못한 채 규범화과정이 실질적으로 생략될 위험성이 농후하다.[145]

문화재보호법을 입법하면서 사실적 필요성 혹은 역사적 당위성을 이유로 정치영역에 전가하였던 문화유산의 형법적 보호의 근거 및 보호의 정도 설정을 검토하기 위해서는 문화의 의미와 이에 대한 법적 개입의 성격을 살펴보고, 문화유산이 다른 문화영역과 규범적 차이를 보이는 지점을 규명할 필요가 있다. 특히 문화유산 보호의 근거로서 제시한 감정가치의 의의를 법철학 등 다양한 각도에서 분석할 필요가 있다. 이를 위해서는 문화와 규범 간의 관계에 대한 사회과학적 이론과 문화유산에 대한 인문학적 고찰이 필수적이다. 이러한 접근방식은 법학의 체계중심적 사고를 보완하고자 하는 사안중심적 방식이라고 할 수 있을 것이다.[146] 이러한 접

144) 사태(Sachverhalt)의 확정-규범의 해석이라는 법적용 과정은 존재와 당위라는 이질적 대상의 결합이라는 과제를 낳고, 이 둘은 법의 목적(ratio iuris) 안에서 “상응하도록” 정제되어야 하며, 이 과정에서 “동일화(Gleichsetzung)”된 사태들을 법규범으로 요약하여 법효과를 부여하는 것이 입법자의 역할이라는 설명으로 카우프만, 법철학, 66-70면; 따라서 다양한 사실사태들의 동일성을 발견하고 分族(grouping)하는 과정이 바로 규범화과정이라고 할 수 있다.

145) 카우프만은 실증주의가 입법을 정치의 영역으로 치부하고 법학을 실정 법률로부터 구체적인 법을 획득하는 작업으로 한정하는 오류를 범했다고 지적하고 있다. 이에 대한 설명으로 카우프만, 상게서, 67면.

146) 로마의 법학은 사안 중심적 성격을 가지고 있었으나 근대 이후 체계 중심적 법학으로 변화하였고, 체계 중심적 법학은 독자적 논증방식과 가치중립성을 획득하였으나 점차 체계 성립의 기초가 된 철학적 근거가 약해졌다. 그 결과로 법의 내용이 경직되었고 변화에 대한 유연성이 저하되었다. 따라서 규범과 사태의 상응성 제고를 위해서는 체계 중심적 사고의 성과를 유지하되 구체적 사안을 중심으로 법이념을 수립하는 보완책이 필요하다. 사안 중심적 사고의 역사적 변화와 체계 중심적 사고의 한계에 대한 서술로 서을오, “인문학으로서의 법학:

근방식은 주로 환경법 영역에서 발전해 온 바 있다.[147]

다른 한편으로는 수익적·관리적 행정과 침익적 행정 간의 규범적 차이를 충분히 인식의 부족도 원인이 될 수 있다. 수익적·관리적 행정의 경우 법률의 명확성 심사기준이 침익적 행정의 경우와는 동일할 수 없고, 수익적 행정에 있어서의 불균등성은 정책적 필요에 의한 정당화 가능성이 상대적으로 높은 데 반하여 침익적 행정의 경우에는 심각한 기본권 침해를 발생시킨다는 점을 행정법 내 형벌조항에 충분히 반영하지 못한 것으로 보인다. 행정관리상의 용어가 그대로 형벌조항에 준용됨으로써 충분히 구체화·유형화되지 못한 행정편의적 개념정의 혹은 분류기준만이 존재할 경우 형벌조항의 위헌성 문제까지 불러올 수 있다. 따라서 법학 간 학제적 연구의 필요성도 제기된다.

체계적 사고와 문제 중심적 사고의 간격," 55-58면.

147) 이러한 연구로 조홍식, "環境法 素描 : 環境法의 原理,實際,方法論에 관한 實驗的 考察," 318면 이하.

제3절 문화유산의 형법적 보호를 위한 전제

Ⅰ. 일반 문화영역과의 차이

1. 문화유산의 비개인성

문화, 전통, 예술, 문화유산 등의 개념은 물리적이고 가시적이라기보다는 정신적이고 불확정적이라는 것이 보편적인 견해이다. 하지만 문화는 실재하지는 않더라도 현실적이다. 문화는 물건들과의 관계 속에서 발현되는 행위 및 개체의 총체이므로 형이상학의 영역에 속한다고는 말할 수 없으며 인간생활세계의 한 현상이라고 할 수 있을 것이다.[148] 넓은 의미에서의 문화는 정치나 경제영역까지 포함하겠지만, 우선 이 글의 목적상 사회기능적인 분야 외에 구성원의 "관심을 사로잡고 감동을 주는" 역할을 하는 부분으로 한정한다.[149]

문화영역이 생성과 향유의 주체는 각 영역에 따라 차이를 보인다. 여기에서 문화의 각 영역에 있어서 인간의 생활세계를 물건 및 행위에 투영시키는 주체, 즉 생성과 향유의 주체 그리고 통제의 주체가 누구인지 확인할 필요가 있다. 예술·학문 등 대부분의 문화영역에서는 개인의 취향·사상 등을 자유롭게 표현하고 이에 대한 공감은 전적으로 개인에게 맡겨진다.[150] 예를 들어, 예술의 생성과 향유는 집단보다는 개인의 취향과 사상에 근거한다. 창작자와 감상자 간의 공감이 문제될 뿐, 이러한 공감이 집단화될 필요는 없다. 오히려 집단에 근거할 경우 정치적·선동적·상업적 목적에 의하여 예술의 본래적 의미가 퇴색될 우려가 발생한다. 우리 헌법도 개인의 정신적 보호영역에 예술의 자유를 위치시키고 있다.

예술품에는 창작자의 독창성 및 사상이 투영되기 때문에 미국의 moral rights

148) 아렌트, 과거와 미래사이, 278면.

149) 아렌트, 상게서, 274면.

150) 사회윤리, 가족 등 사회체계 등도 광의의 문화에 포함되며, 이 역시 비개인적 성격을 가지지만 앞에서 문화의 개념을 "관심을 사로잡고 감동을 주는" 소위 정서적 분야에 한정지은 바 있다; 헌법은 문화의 영역 중 예술과 학문에 대해 주로 개인적 공권으로 파악하고 있다.

와 같이 일반 물건과는 다른 법원리가 적용되는 경우가 있다.[151] 문화유산과 예술품은 긴밀히 연관되어 있기는 하지만 결코 동일하지는 않다.[152] 예술품으로 인정받기 어렵거나 예술적 가치가 미미한 경우에도 문화유산에는 포함될 수 있기 때문이다. 또한 문화유산과 예술품의 관계를 조명하는 것은 비록 예술품의 개념 또한 불확정적이라는 점에서 한계를 가지지만, 문화유산의 개념을 예술품과의 구별을 통하여 보다 명확히 할 수 있다는 점에서 논의의 실익이 있다.

문화유산에 있어서 예술성이 필요충분조건은 아니지만, 문화유산에 대한 형법적 보호가 가중되는 반면, 예술품은 형법상 일반재물로 다루어지고 있다. 예술품이 그 가치로 인하여 일반 재물과 구분되고 있음에도 불구하고, 예술품에 대한 형법적 개입은 자제되는 반면 문화유산에 대해서는 비교적 적극적으로 이루어진다는 점에서 해당 물건의 본유적 가치(intrinsic value)가 개입의 근거가 될 수 없음은 분명해졌다. 오히려 예술품과 문화유산의 가장 큰 차이라고 할 수 있는 생성·향유의 집단성과 그 집단성이 형성되기 위한 근거인 공론화와 승인이 개입의 근거로서 의미를 가진다.

---

151) moral rights 개념은 저작권과는 구분되는 정신적이고 비경제적이며 개인적 권리를 의미한다. 저작권과 moral rights의 차이는 첫째, 저작권은 법률에 의해 비로소 보장되는 권리이고 moral rights는 자연권적 성격을 갖는다. 둘째, 저작권에 대해서는 국가의 적극적인 개입이 이루어지지만 moral rights의 경우에는 자연권적 성격상 최소한의 개입만 이루어진다. 또한 저작권은 재산권적 성격을 갖지만 moral rights는 인격권의 일종으로 취급된다. 이에 대한 설명으로 Gerstenblith, Patty, *Art, Cultural Heritage, and the Law,* 169면; moral rights의 주요내용으로는 귀속권(right of attribution)과 동일성 유지권(right of integrity)을 들 수 있다. 귀속권이란 원작자의 이름의 여부와 상관없이 타인이 그 예술품을 자신의 것으로 귀속시키거나 변형을 가하는 행위 및 타인의 예술품에 자신의 이름이 쓰이는 것으로부터 원작자를 보호하는 권리이고, 동일성 유지권은 예술품이 양도된 후에도 원작자에게 예술품의 변형이나 훼손을 방지할 권리이다. 미국의 경우 이러한 내용이 주로 계약법리를 통하여 보장되었으나, 1990년 시각예술가권리법(the Visual Artists Rights Act)이 제정되면서 본격적으로 시각예술에 있어서 예술품을 보통법상 재산법(property law)의 예외적 경우로 다루고 있다.

152) 예술품의 법적 개념은 주로 관세 및 조세에 관한 법률에 나타나있다. 우리나라의 경우 관세법 별표 제21부 [예술품·수집품·골동품] 제97류 제2목과 제3목은 예술품의 생산방식을 기계적인 방법이나 대량생산이 아니라 예술가의 손으로 직접 제작한 경우로 한정하고 있고, 미국의 관세법도 예술품의 요건으로 독창성과 전적으로 수작업에 의할 것을 규정하고 있다(United States International Trade Commission, Harmonized Traff Schedule of the United States(2016 HTSA Basic Edition) Section XXI [Works of Art, Collectors' Pieces and Antiques]). 미국의 법제상 예술품 개념에 대한 설명으로 Duboff, "Changing Art Customs: Removing the Tariff Barriers," 46-48면.

문화유산에 있어서 문화는 공동의 역사와 경험 속에서 축적된다. 따라서 그러한 공동의 역사와 경험을 공유할 수 있는 집단이 문화의 생성과 향유의 주체라고 할 수 있다. 집단의 이러한 공유를 가능하게 하는 것들 중 가장 중요한 요소로는 언어를 꼽을 수 있다.[153] 이러한 이유 때문에 문화의 향유 주체를 민족으로 환원하는 경향이 지배적이었다. 공동의 역사와 경험의 공유를 통한 '공감'을 형성할 수 있기 위해서는 언어가 매우 중요한 역할을 수행하지만, 이를 민족이라는 개념으로 한정하는 것은 성급한 것일 수 있다. 보편적으로 민족의 개념에는 언어 외에도 인종, 지역 등의 구별기준이 작용하고 있고 언어의 동일성이 문화적 동일성의 필요충분조건은 아니기 때문이다.[154] 한편 문화의 향유 주체를 국가로 상정하는 것은 사회 각 영역에 공공성을 부여하는 국가의 개념이 19세기 입헌국가 이후에야 탄생되었다는 점에서 적절하지 않다.[155]

따라서 공감 형성의 집단은 국가에 한정되지 않고, 언어를 중요한 매개수단으로 하지만 민족의 경계를 넘어설 수 있다. 이러한 집단은 실체를 갖지 않는 '상상력'의 영역에 있으며-여기서 상상력이란 강제되지 않은 상태에서 다른 구성원들의 입장이 되어 생각하는 공감작업을 의미한다-, 이 집단을 국가(state)와 구분되는 "네이션(nation)"이라고 명명하는 견해가 있다.[156] 굳이 민족 및 국가와 구별되는 네이션이라는 개념을 도입한 이유는 현대사회에서는 사회 각 영역의 산출물이 국가로 귀속되는 경향성을 보이지만 문화의 경우에는 그 산출물이 국가나 민족에 귀속된다고 단언할 수 없고 그 귀속주체는 시대나 문화의 종류에 따라 유동적이기 때문이다.[157]

---

153) 인간의 감성에도 이성이 작용하여 감성은 결국 이성으로 귀결되며, 감성의 영역을 이성의 영역으로 견인하는 것은 언어이고, 이러한 언어의 공동체로서 민족(Volk) 개념을 제시한 헤르더, 언어의 기원에 대하여, 97면.

154) 법적으로 의미있는 문화공동체 형성의 조건으로 안정적 지속성, 애착, 외부와의 경계를 제시하는 Cotterrell, 전게서, 70-72.

155) 근대국가를 이전의 국가와 근본적으로 구분하는 것은 헌법과 법률이 창출하는 일관된 질서에 의해 작동한다고 보는 폿지, 근대국가의 발전, 141-162면.

156) 시장의 교환을 중심으로 국가와 네이션, 시장의 관계를 조명하고, 네이션(nation)을 민족이 아닌 상상의 공동체로 상정하는 견해로, 가라타니 고진, 네이션과 미학, 31-48면.

157) 예를 들어 한자문화권에서 유학은 중국의 국경을 넘어 전파되었고, 중국에 근접한 각 국가들의 중요한 정치철학으로 자리 잡았다. 이 국가들이 모두 단일한 민족에 뿌리는 둔 것도 아

문화유산 역시 문화의 한 영역으로서 공동의 역사와 경험 그리고 미적 감수성이 투영된 물건 또는 행위가 단순하게 필요에 의해 생성되고 소비되어 사라지지 않고 상당한 시간을 존재함으로써 상대적 영구성을 획득한 것으로, 문화영역의 생성 및 향유 주체인 네이션의 총체성이 뚜렷하게 드러난다. 문화유산의 상대적 영구성은 개개인의 혹은 총합적인 미적 가치판단에 의한 것이 아니라 집단성에 근거하기 때문이다.

이와 같이 문화의 생성과 향유의 주체를 '네이션'이라고 상정하더라도 네이션이 문화영역에 대한 통제적 개입의 주체가 되지는 않는다. 특히 근대국가의 성립 이후 현대사회에서 국가의 개입 영역은 인류역사상 가장 광범위하게 확장되고 있다. 이는 문화영역에도 마찬가지여서 국가는 법과 행정이라는 도구를 통해 후견과 통제의 목적으로 개입하고 있다. 즉 문화영역이 국가권력이 존재하지 않는 외부의 공간에 위치하는 것은 아니다.[158] 통신과 교통의 발달로 개입의 주체는 국가를 구성원으로 하는 국제사회로 확장되기도 한다.

문화영역에서는 생성 및 향유의 주체와 통제의 주체가 일치하지 않기 때문에, 국가가 문화영역에 개입하기 위해서는 특별한 절차가 요구된다. 역사와 경험, 미적 감수성에 대한 '공감'을 매개로 형성된 문화의 주체, 즉 네이션의 영역에 국가가 개입하기 위해서는 그 공감을 공유할 수 있는 일정한 절차, 즉 공론화 작업이 필요하다. 여기서 공감의 공유 주체는 개개인의 단순한 합이 아니라 공감을 통해 형성된 또 하나의 총체적 주체이다. 따라서 국가는 정치영역에서처럼 네이션의 구성원들을 포섭하여 다수결 등의 총합적(aggregative) 방식으로 공론화 작업을 펼칠 것이 아니라 공론화를 통해 총체적(associative) 공감을 창출할 수 있는 소통적 접근을 할 필요가 있다. 이러한 총체적 공감을 배제한 채 무리하게 국가(state)의 영역에 위치한 형법이 전면적으로 문화영역에 개입하게 되면, 국가사회주의 형법에서와 같이 결국 문화영역의 가장 중요한 구성원리인 자율성이 심각하게 훼손된다. 결국 문화영역을 정치적 목적에 복속시켜 문화영역의 내재적이고 독립적인 가치를 상실시키고 단순한 수단으로 전락시키는 결과를 낳을 위험성이 증대한다.[159]

니었고, 시대에 따라 유교문화권의 영역은 끊임없이 변화하였다.

158) 홍영기, "국가권력의 한계, 어디에서 비롯되는가," 210-211면.

2. 법적 개입의 요구

가. 문화유산 보호의 근거

(1) 검토의 필요성

문화재보호법 및 그 관계법령에 의해 문화재 보존 및 관리, 활용을 위한 각종 제도들이 보장되고 이러한 제도들의 이행을 담보하기 위하여 행정적 규제는 물론이고 형사제재까지 부과되고 있다. 일반적으로 문화영역의 자율성보장을 위하여 제재적 접근을 지양하고 주로 문화적 기반형성에 치중하는 것과는 큰 차이를 보이고 있다. 이러한 문화유산에 관련된 규제적 제재의 근거가 무엇인지 생각해볼 필요가 있다.

우선 문화행정 자체에 대한 보호라고 할 경우, 형사벌 이상의 제재는 정당화되기 어렵다. 일본의 문화재보호법의 경우 국가의 지정 및 등록행위가 이루어지지 않은 일반동산문화재의 경우 무허가수출이나 훼손 등의 행위에 대하여 별도로 형사처벌을 하지 않고 다만 행정지도위반 등의 행위에 대한 행정벌만을 예정하고 있다는 점에서 일반동산문화재에 대한 규제적 제재의 대상은 문화행정 자체에 국한하고 있다고 볼 수 있다. 하지만 우리나라 문화재보호법의 경우 국가행정작용인 지정유무를 가리지 않고 유형의 문화유산 전반에 대한 형사제재를 규정하고 있어 문화행정 외의 제재이유라고 볼 수 있는 문화재보호법의 취지인 문화유산의 보존, 즉 문화유산 자체가 보호의 대상이 될 수 있다고 볼 수 있다. 물론 문화유산에 대한 공동체 구성원의 심미적 감정과 공동체적 정체성도 보호의 대상이라고 할 수 있으나 이것만으로는 동일한 행위에 대한 가중적 형벌부과의 근거로 부족하다고 할 수 있다. 따라서 문화유산의 보호 근거에 대한 이론을 살펴 볼 필요가 있다.

문화유산을 국가의 역사적·총체적 사상의 상징물로 여기고 이에 대한 보호에 크게 의문을 품지 않았던 유럽 국가들과는 달리 여러 문화권에서 온 이민자들로 구성된 비교적 신생국가였던 미국이나 캐나다를 중심으로 문화유산의 의미와 그 규범적 보호 가능성에 대한 이론적 논의들이 활발하게 이루어진 바 있다.

---

159) 아렌트, 상게서, 289면.

(2) 일반이론

도덕주의 이론(Moralist Theory)은 문화유산이 보호가치를 가지는 이유는 그 자체의 내재적 가치가 문화적 경험과 문화발전의 필수적 요소라는 점에 그치지 않고, 문화유산 침탈 등을 자행했던 집단들이 과거의 잘못을 반성하고 약소국을 존중하며 더 이상의 불법행위를 자행하지 않을 것을 다짐하는 계기를 마련해주기 때문이다.[160] 따라서 문화유산을 불법약탈한 경우 보상이나 반환보다는 미래적 의미의 사회정의와 공공의 접근성 제고가 더 중요한 화두가 된다.[161] 도덕주의 이론에 대한 비판으로는 법적 논증이 아닌 윤리주의적 접근이라는 점과 법을 도덕성을 회복하기 위한 수단으로 보고 있다는 점을 지적하는 견해들이 있다.[162]

국제주의 또는 후견주의 이론(International, Paternalist Theory)은 문화유산을 특정한 민족이나 국가의 것이 아니라 인류 공동의 것으로 간주한다. 약탈된 문화유산이라고 하더라도 그 보호에 적합한 환경과 기술을 가진 나라가 보유하는 것이 인류적 관점에서 더 바람직하다고 보고,[163] 풍부한 문화자원을 가진 국가들은 전지구적인 관점에서 유산을 기꺼이 공유해야 한다고 주장한다. 국제주의 이론에 기반하여 후에 시장이론(Market Theory)가 등장하는데, 시장이론의 경우 문화유산 또한 다른 재화들과 마찬가지로 시장원리에 의해 거래되도록 하자고 주장하면서 소유자는 가격의 변동에 따라 문화유산의 거래를 계속할 것이므로 공공의 접근성에 별다른 문제가 없다고 본다.[164] 시장이론은 문화유산의 가치를 온전히 가격을 중심으로 파악하는데, 이는 우리나라의 판례에서도 쉽게 찾아볼 수 있다.[165] 이에 반하

160) Harding, "Justifying Repatriation of Native American Cultural Property," 768-773면.

161) 도덕주의 이론은 이름은 유사하지만 앞서 원작자에게 귀속권과 동일성 유지권을 부여하는 moral rights와는 정반대의 입장이다. 오히려 공공의 접근성을 저해하는 개인의 재산권이나 비재산권적 권리에 반대하며 사회적 정의(social justice)를 구현하고자 한다. 이에 대한 설명으로 Sax, *Playing Darts With Rembrandt : Public and Private Rights in Cultural Trasures*, 22-34면.

162) Hutt, "Cultural Property Law Theory : A Comparative Assessment of Contemporary Thought," 20면.

163) Merryman, "The Public Interest in Cultural Property," 353-355면.

164) 이러한 견해에 대한 설명으로 Hutt, 전게논문, 29면.

165) 헌법재판소 2000. 6. 29. 자98헌바67 결정.

여 민족주의 이론(National Theory)은 문화유산은 양도할 수 없고, 원산지에 있을 때 가장 문화적 가치가 높다고 본다. 민족주의 이론에서 문화재의 보호의 근거는 민족의 정신적·역사적 영역의 증거라는 데 있다. 이러한 견해는 유네스코 등 최근 국제기구들에서 많이 채택하고 있는 추세이다. 우리나라 등 각국의 무허가수출행위를 금지하고 이에 대하여 형사처벌을 하는 것도 이러한 견해에 뿌리를 두고 있다.

재산법 이론(Property Law Theory)은 소유권에 관한 법리에 바탕을 두고 있다. 민족주의 이론이나 도덕주의 이론 모두 정당한 소유권자를 판명하는 데에서부터 논의를 시작하고 있다.[166] 최근 moral rights 등 원작자의 권리를 보호하기 위한 수단들과 공공의 접근성을 제고하려는 움직임이 활발해지면서 보통법상의 재산법 이론에 수정을 가하는 시도가 증가하고 있다. 특히나 약탈된 문화재의 경우 서류 등 그 증거가 충분하지 않아 정당한 소유권자를 판명하는 데 어려움이 있다.

나. 평가

국제주의 이론과 시장주의 이론의 경우 문화유산을 다른 재화들과 구별하지 못했다는 면에서 한계를 갖는다. 국제주의 이론은 문화유산을 인류 공동의 문화적 충족을 위한 도구로서 사고하고 있고 다른 재화와의 차이를 설명하지 못한다. 시장주의 이론의 경우 문화재의 가격적 측면에 초점을 맞추고 있어 보석이나 문화유산이 아닌 예술품들과의 차이를 만들어내지 못해 문화유산에 대한 가중적 보호를 충분히 설명하지 못한다.[167] 민족주의 이론의 경우 문화유산을 정치적 맥락에서 파악하는 문제점이 있다. 문화유산 자체의 의미에 대해서 파악하기보다는 민족적 정체성의 확인을 위한 도구로 사고함으로써 국제주의와 마찬가지의 한계점을 갖는다. 또한 민족주의 이론의 경우 문화유산 관련 소송의 관할권과 관련하여 반환에 관한 충분한 증거자료와 협약 등 법제적 뒷받침이 없다면 설사 원산국 법원에서 재판을 하더라도 반환의무국이 재판 결과를 이행할 것이라 기대하기는 어려울 것이라는 점에서 규범적 근거로 삼기가 쉽지 않다. 또한 대부분의 이론들이 문화재의 보호가

166) 이러한 견해에 대한 설명으로 Hutt, 전게논문, 24면.
167) 가격중심의 접근법에 대한 비판으로 이덕인, 전게논문, 542면.

치에 대한 논증보다는 문화재반환 등 개별적 행위유형에 대한 설명에 치우치고 있다. 따라서 문화유산의 가치의 연원이 무엇이고 어떠한 과정을 통해 형성되어왔는지를 설명하고 있는 도덕주의 이론이 문화재보호법의 취지 및 문화유산 해당성에 대한 근본적인 질문에 가장 적합한 답을 제시하고 있다고 할 수 있다.

II. 형법상 구체적 논의 지점

앞에서 살펴본 바와 같이 문화유산에 대한 형법적 보호는 해당 물건이나 행위 자체라는 일종의 물질성에 기초하였다기보다는 공통의 역사적・미학적・문학적 경험에 기초하며, 문화유산에 대한 공감의 형성 및 문화재 해당성 판단과 향유의 주체도 개인이 아닌 집단이라는 점에서 예술 등 일반 문화영역과 차이를 보인다. 따라서 문화유산에 대한 형법적 보호는 집단이 가지는 공감의 보호라고 할 수 있으며, 이는 재산이나 신체와 구별되는 감정가치라고 할 수 있을 것이다.

이러한 감정가치는 현실적으로 존재하고 이를 보호하기 위한 입법이 이루어지고 있음에도 불구하고, 심정형법 극복이라는 형법의 성과 유지 및 객관성・물질성 확보를 통한 법적안정성 달성 등의 이유로 형법에서는 크게 논의된 바가 없다. 하지만 전문영역의 확대로 인한 사회의 복잡화로 인하여 규범이 사태를 따라잡지 못하고, 보호영역의 미확정으로 인한 여론 등 정서적 이유의 입법이 심심치 않게 이루어지고 있다. 따라서 감정가치를 형법으로 보호할 수 있는지, 보호의 근거를 인정할 경우 그 보호정도는 신체 및 재산 등 전통적 형법의 보호대상과 비교하여 어떻게 설정할 것인지의 문제를 논의할 필요성이 있다. 이하에서는 이러한 필요성을 바탕으로 문화재보호법상 형벌조항의 문제점 및 개선방향을 법익론과 명확성, 그리고 비례성원칙에 근거하여 검토하도록 한다.

제3장 문화재보호법 위반죄의 보호법익

제1절 문화재보호법상 보호대상의 특수성

Ⅰ. 문화유산보호에 대한 법익론의 한계와 보완 방향

1. 문화재보호법 위반죄의 특수 상황

20세기 이후 산업의 발달과 국가 간 교류의 증대 등으로 경제・정치・생활영역 등으로 단순화될 수 있었던 근대법의 사회적 환경이 변화를 겪고 있다. 위험사회의 등장으로 환경 및 보건 등 인류 발전의 가능성과 함께 개인 혹은 공동체에 위해한 결과를 가져올 가능성을 함께 담지하고 있는 영역들이 새롭게 발견되었다.[1] 이에

1) 형법이 존재할 수 있는 "공간"을 상정한다면, 공간은 법익의 존재 조건이 된다. 칸트에 의하면 공간은 인식의 근저에 있는 선험적 표상이며, 경험과 함께 발현되는 인식 이전의 경험을 가능하게 하는 직관의 형식이라고 할 수 있다. 칸트의 이론을 적용하면 형법의 공간은 "주어지는" 무한의 의미를 가지며, 이러한 공간이 있기 때문에 그 외적 표상으로서 법익이 현상적으로 나타날 수 있다. 인간은 이러한 선험적 조건 속에서 경험과 "더불어" 인식할 수 있게 된다. 즉, 법익은 주어진 무한의 공간에서 이미 선재하고, 직관의 형식을 채우는 경험과 더불어 인식의 대상으로 현상화된다. 칸트의 공간개념에 대하여 칸트, 순수이성비판, 75-81면; 하지만 이러한 개념은 선재하는 공간에 인간의 경험 및 인식을 통하여 법익을 채워나가는 일종의 발견 및 제작의 의미로, 무한한 신이 예비한 것들을 인간이 발견하고 획득한다는 기독교적 세계관에서 비롯된 것으로 보인다. 칸트의 이론에 따르면 주어진 도면에 기하학적 도형을 그리는 정도의 의미를 벗어날 수 없으며, 새로운 법익이 형성되고 자리를 잡는 "과정"을 간과하게 된다. 현재까지 근대형법의 법익론 또한 이러한 전제 위에 성립한 것으로 보인다. 하지만 새로운 법익의 발견은 주어진 공간 속에서 발견하는 것이 아니라 경험이라는 과정을 통하여 잠재성을 지니고 있던 공간을 확장해나가는 작업이다. 새로운 법익을 이해하기 위해서는 칸트와 같이 공간에서 시간을 배제하여 기하학적 순수성을 지키며 역사성을 탈락시키는 것이 아니라 "경험"이라는 과정을 중심에 놓고 공동체의 대화와 형성의지를 통해 공간을 확장시켜나가는 것으로 이해할 필요가 있다. 따라서 공간이라는 개념보다는 "장소"라는 개념이 더 적합하며, 장소의 발견은 선형적 시간관에 입각한 기하학적인 공간이 아니라 과거에서 현재를 거쳐 미래로 나가는 방향성을 가진 "지속되는 시간" 속에서 경험을 통하여 잠재적 확장성을 실현하는 것으로 보는 것이 옳을 것이다. 기하학적 공간개념과 시간의 지속성 및 잠재적 공간개념을 제시하는 베르그손, 의식에 직접 주어진 것들에 관한 시론, 97면 이하; 따라서

따라 사회의 하부체계의 작동방식과 기능을 보호하기 위한 입법이 이루어졌고, 이를 강제하기 위한 수단으로 형법이 동원되기 시작했다.[2] 이렇게 형법이 특정 사회의 하부체계를 직접 보호하거나, 이를 규율하는 다른 법의 기능을 보조하는 역할을 수행하면서 기존의 법익이론으로는 포섭할 수 없는 분야에까지 형벌조항의 제정목적이 무엇인지를 충분히 검토하기 이전에 입법화되는 경향이 나타났다.[3] 사회의 각 영역을 담당하는 전문적인 법률들은 판덱텐 체계를 기초로 하여 정형화된 분석방법으로 법률을 해석하고 구체적 사안에 적용하는 기본법률들과는 달리 구체적 타당성을 확보하기 위한 사안중심적인 규율형식을 갖기 때문에, 하나의 영역에서 기본법률과 전문법률이 경합적으로 적용될 경우에 법률해석과 적용범위 등에 있어 충돌을 일으킬 수밖에 없다.[4]

예를 들어 보편적 법익 및 전문영역에서의 사안중심적 입법과 관련하여 가장 활발한 논의가 이루어졌던 환경영역의 경우, 행위의 가벌성 판단이 행정법상의 평가 혹은 행정행위에 종속되어 있어 형법이 환경에 대한 독자적 법익을 인정하기보다는 행정명령 위반 등의 행위를 저지하는 역할에 그친다는 점을 이유로 법익론의 위기 더 나아가 법익론의 전면적 폐기 논의까지 제기되고 있다.[5] 이에 대하여 행정적 기능보호에 머무는 것이 아니라 행정행위의 목적이 형법의 보호법익 안에 포섭되어 간접적으로 법익관련성을 갖는다는 반대 견해도 주장된다.[6]

새로운 법익영역의 발견은 동태적으로 이것을 형법의 영역에 위치지울 것인지에 대한 형성의 과정이라고 새길 수 있을 것이다. 이 글에서는 이러한 입장을 전제로 법익에 대한 구체적 내용을 전개할 것이다.

2) 이상돈, 기초법학, 533면.

3) 전문영역의 법률들은 법학 고유의 수직적 정합성을 위한 해석의 틀을 벗어나 일관된 규범적 해석이 난해한 각 영역의 고유한 지식과 이론을 법률에 포함시킴으로써 법도그마틱에 근거한 접근이 어려워졌다. 법도그마틱의 발전은 다양한 사회과학 및 인문과학에 근거했다기보다는 고유의 정신과학적 해석방법에 기초하여 이루어졌기 때문이다. 이에 대한 설명으로 이상돈, 기초법학, 558-559면; 하쎄머, 형법정책 : 법치국가와 형법, 16-20면.

4) 구체적 영역에서의 사안중심적 입법이 영미의 판례법에 기초한 입법방식과 같은 맥락에 있다고 설명하는 이상돈, 기초법학, 547-549면.

5) 법익론 폐기를 주장하는 Stratenwerth의 견해를 소개하는 안동준, “법익론의 생성, 발전과 변환,” 403-404면.

6) Martin, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, S. 189 (김성은, “행정종속성과 형법적 환경보호,” 799면에서 재인용).

하지만 행정법의 통제대상이 되는 행위는 환경과 관련된 개인 간의 재산권 분쟁 및 경제적 이익조정 그리고 공공이익 사이의 교량을 위해 행정청이 수립한 기준에 어긋나는 것일 뿐 형법에서 규율하는 사회윤리적 반가치 등 행동규범을 위반한 것이라고 볼 수 없다. 환경보호를 목적으로 하는 행정법이 모든 환경오염물질의 배출이 금지되는 것은 아니며, 설사 환경오염의 위험이 있다고 하더라도 지역경제의 발전이나 산업의 성장 혹은 생활의 편리 등을 이유로 행정청이 정한 수위를 넘지 않는 한도 내에서 허용하고 있다. 만약 환경보호가 형법상 법익으로 인정된다면 생태계에 피해를 주는 행위를 선택적으로 처벌하는 결과를 발생시켜 법익의 일관된 보호를 목적으로 하는 형법의 취지와 부합하지 않게 된다. 따라서 행정법률의 규율대상 및 목적이 형법상 보호법익과 간접적 관련성을 맺는다고 일반화하기는 힘들다. 각 사회영역 및 주체들 간의 이익조정을 통한 기능적 효율성 제고를 목표로 하는 행정법과 일상세계의 행위규범 수립과 보호를 중심으로 하는 형법을 무리하게 교차시킬 경우 형법을 사회기능 효율성 제고를 위한 수단으로 전락시킬 위험이 있다.[7)]

문화재보호법 위반죄의 경우 환경형법과 마찬가지로 행정법과 형법의 교차점에 위치하므로 위에서 설명한 문제점들을 동일하게 담지하고 있다. 특이할 점은 문화재보허법이 문화유산의 보존과 향유를 제재의 목적으로 하며, 이때 그 위반죄에 있어서 해당 물건 자체의 재산적 성격은 우선적 고려의 대상이라고 볼 수 없다는 점이다. 이 지점에서 보호법익 확정에 어려움을 겪었던 환경형법보다도 더 형법적 제재 근거 발견의 어려움을 겪게 된다. 문화재보호법의 보호법익의 전적인 비물질성으로 인하여 정책적 결정 외의 근거 발견이 어렵기 때문이다. 즉 감정가치로 표현되는 정서적 영역에 대한 형법적 보호가 가능한가라는 질문이 제기된다.[8)]

---

7) 이상돈, 기초법학, 558면.

8) 감정가치라는 용어는 주로 경제학에서 시장가치와 대비되는 개념으로 사용되었으나, 사회학에서는 개인과 사회의 의사소통방식을 설명하려는 소재로 사용되곤 하였다. 뒤르켐은 사회의 개인에 대한 우월성을 바탕으로 집합적 에너지는 물리적으로 승화할 수 있다고 보고 집단적 감정이 외부로 재현(외부성)되고 이를 통해 구성원들에게 가시화(강제성)되는 감정가치의 집단화 및 객관화가 가능하다고 보았다. 뒤르켐 이론을 비판적으로 발전시킨 모스의 견해를 소개하는 박정호, “마르셀 모스의 『증여론』- 증여의 사회학적 본질과 기능 그리고 호혜성의 원리에 대하여,” 14-17면; 감정가치라는 용어가 법학에서 직접적으로 사용된 경우는 거의 없

2. 기존 법익론의 한계

이처럼 행정기능 자체만을 법익으로 할 경우에는 기존 법익론의 한계가 뚜렷해지며 기능적 측면을 강조하여 간접적 법익관련성을 인정할 경우에는 일관적 규제가 어렵다는 점에서 인격적 법익론 개념이 등장하였다. 인격적 법익론은 형법적 보호대상을 인격의 보호의 가능조건까지로 한정짓는다.[9] 근대형법의 근간인 자유주의적 국가론에 의거하여 보편적 법익도 인간의 이익과 관련을 가질 때에만 형법의 영역으로 포섭될 수 있으며, 이에 따라 자연히 개인적 법익이 보편적 법익보다 우선한다.[10] 하지만 이러한 인격적 법익론은 법익의 담지자인 "인간"을 개인에 한정함으로써 개인의 이익에 대한 민법상 권리보호와 형법적 법익보호의 차이를 분명하게 설명하지 못한다는 단점을 가진다.[11]

다음으로 인격적 법익론은 보편적 법익에 해당하는 것들 중 인간에게 이익이 되고 가치를 갖는 것만을 법익으로 포섭하면서도 대강의 범위만을 인정하여 언제든지 입법자의 재량이 개입할 수 있는 개방성만을 보장할 뿐 이익이나 가치의 규범적 의미에 대한 설명을 하지 못하여 이 또한 재차 해석을 필요로 하는 개념이다.[12] 인간에게 이익이 되는 가치가 무엇인지 그 내용을 확정하지 못함으로써, 심정적 피해의 경우 물리적 피해를 구분하여 그 심정적 피해를 범죄화할 수 있을 것인지에 대한 판단기준을 제시하지 못한다. 즉, 인간에게 이익이 된다면 모두 형법적 법익으로 포섭할 수 있는 것인지 아니면 어느 정도의 관련성을 가져야 하는 것인지 강도의 기준도 제시하지 못하고 있다. 마지막으로 인격적 법익론은 자유주의 사상에 입각하여 개인적 법익에 우선성을 부여하는 태도를 고수한다.

근대형법은 개인의 주관적 권리에 대해서만 보호법익으로서의 적격을 부여하며, 여기서 주관적 권리란 개인 간의 분쟁 차원이 아닌 사회적으로 유해한 침해로 평

지만, "감정"의 법익 포섭문제를 다룬 경우는 존재한다. 이러한 예로 Hirsch, "새로운 범죄유형 (특히 환경범죄)에 대한 투쟁수단으로서의 형법," 194면.

9) 하쎄머, 전게서, 346-347면.

10) 하쎄머, 전게서, 347-348면.

11) 양천수, "인격적 법익론 - 의미와 한계 그리고 재구성 가능성 -" 287면.

12) 양천수, 상게논문, 291-292면.

가될 수 있어야 한다.[13] 여기서 사회가 개인과는 구분되는 독자적 실재를 가지는 것은 아니며, 사회적·국가적 법익은 주관적 권리의 보호와 분배 및 조정을 위한 부차적이고 파생적인 법익으로서 자리매김 한다.[14] 근대형법적 기초에 충실한 인격적 법익론은 법익의 본래적 의미는 어떠한 가치에 대한 사회의 평가라는 점에서 이러한 평가가 역사적·환경적 변화에 따라 유동적일 수 있다는 점을 간과하였다.[15]

예를 들어 계급사회였던 17세기까지만 하더라도 폭력행위의 불법성은 그 행위 자체만으로 평가받지 못하였다.[16] 평민계층이 귀족에게 폭행당했다는 이유로 법에 호소할 수 없었고, 폭행행위보다는 계급사회의 질서를 교란하는 행위가 더 강한 법적 제재를 받곤 하였다.[17] 같은 폭행행위 중에서도 강간은 노상강도보다 훨씬 경하게 처벌되었고 재물에 대한 죄보다도 경하게 처벌되었다. 따라서 법의 보호 영역으로 포섭되기보다는 여성이 속한 집안의 남성에 대한 경제적 손실로 취급하여 민사의 영역에서 해결되기 일쑤였다.[18] 강간죄를 개인의 도덕적 죄악에서 형사처벌의 대상으로 포섭한 것은 프랑스혁명이 지난 후였다.[19] 주관적 권리침해로서의 법익의 개념이 변화해온 것처럼 보편적 법익도 사회변화에 따라 유동적으로 법익개념에 편입될 수 있다고 새겨야 할 것이다. 법익개념의 유동성은 단순히 보편적 법익을 형법상 보호법익에 편입시키는지 여부에만 있는 것이 아니라 양적인 비율은 물론이고 그 우선성 인정여부까지에도 적용된다.[20] 인격적 법익론은 이처럼 법익의 역사성을 외면하고 자유주의적 규범의 완결성을 추구함으로써 현대사회가 낳는 새로운 문제점들에 대한 대처방안으로서 형법의 적합성을 약화시킨다.

현실적 필요에 의하여 기존의 근대형법상 법익에 포섭되지 못하는 법익들을 보

---

13) 이상돈, 형법학 - 형법이론과 형법정책-, 17-18면.
14) 이상돈, 상게서, 18면.
15) Hirsch, 전게논문, 193면.
16) 비가렐로, 강간의 역사, 35면.
17) 비가렐로, 상게서, 38-40면.
18) 비가렐로, 상게서, 36-37면.
19) 비가렐로, 상게서, 136-141면.
20) Hirsch, 전게논문, 193면.

편적 법익이라고 칭하고 그에 대한 구체적인 윤곽만을 그린 다음 기존의 법익론을 무리하게 대입하거나 느슨한 유추적용을 시도함으로써 법익론은 스스로의 입지를 좁힌 것으로 보인다.[21] 이러한 태도는 전통적 형법이론의 틀에 따른 해석이 모순적일 경우에는 행정형법 혹은 부수형법이라는 이름으로 따로 분류하고 원칙에서 벗어나는 특이한 상황으로 치부하는 결과를 낳았다. 하지만 현실적으로는 형법전의 양을 크게 넘어서는 형사처벌규정이 행정법 영역에서 입법되는 역전상황이 벌어지고 있다. 특히 보편적 법익 개념의 모호성을 틈타 보호법익을 확정할 수 없음에도 불구하고 대상에 대한 인간의 감정가치만을 보호대상으로 하는 경우는, 인격적 법익론의 확장적 해석을 통한 인정이 가능하기는 하지만,[22] 그 특성을 파악하여 근거와 한계를 개별적으로 파악하지 못하고 있는 실정이다.

하지만 이러한 법익개념의 변화 요구에 신속한 대처방안을 내놓지 못한다고 하여 형법상 보호법익개념을 포기할 수는 없다. 법익은 형벌의 근거이자 한계로서 여전히 유효하며, 특히 형벌의 목적 및 형법상 불법의 내용을 형성하는 중요한 역할을 수행한다. 법익개념의 포기는 민사법상의 권리보호와는 다른 차원의 형법의 독자적 사회보호 역할을 인정하지 않는 것이며, 결과적으로 가벌성의 범위를 지나치게 확장하는 오류를 범할 수 있다.[23] 더군다나 법익개념의 유동성을 고려하면 보편적 법익의 생성 및 확대 자체가 죄형법정주의의 근간을 흔드는 현상이라고 단언할 수는 없다.[24]

---

21) 현대사회에 새롭게 등장한 영역에서 근대형법의 한계가 나타날 때, 근대형법의 지나친 고수는 문제해결에 도움이 되지 않는다는 설명으로 Hirsch, 상게논문, 205면.

22) Hirsch, 상게논문, 193면.

23) Hirsch, 상게논문, 194-195면.

24) Hirsch, 상게논문, 192-193면; 개인의 주관적 권리로 국한한다고 해도 법익의 채택과정이 사회의 윤리·도덕적 의사소통 구조에 머물고 있다면 법익보호원칙에 충실할 수 없으므로 보편적 법익의 도입 및 확대 자체가 법익보호원칙의 위기를 갖고 오는 것은 아니라는 견해로 이상돈, 형법학, 41-42면.

3. 보완의 방향

가. 감정가치와 법익의 관계 재조명

이제까지 법익론은 보편적 법익에 대하여 소요죄의 보호법익인 '공공의 안전'과 같이 사회적 상태 혹은 기능 자체를 보호법익으로 삼거나 보편적 법익을 개인 법익으로 환원하여 이론 구성하는 방식을 전개하였다. 후자의 경우, 앞에서 살펴본 바와 같이 개인과의 직접적·간접적 관련성은 법익 자체의 내재적 개념이고, 관련성을 이유로 법익의 무한확장이 가능하다는 점에서 한계를 갖는다. 전자 역시 법익의 개인관련성을 간과하였다는 점과 단순한 사회질서의 침해를 사회규범 위반으로 평가할 위험성을 갖는다는 점이 문제된다.[25]

보편적 법익을 무리하게 개인적 법익으로 환원할 경우, 구체적이고 물리적인 국가의 기능이나 상태를 대상으로 하지 않고 앞에서 언급한 소요죄와 같이 "공공"에 대한 보호 등 대상이 모호할 경우에는 결국 공중의 감정가치의 보호로 귀결되는 위험이 있다. 특히 명예훼손죄와 같이 개인의 감정이 아니라 문화유산 영역에서와 같이 확정할 수 없는 집단의 가치판단 및 감정에 대한 보호의 경우, 감정가치는 사회윤리와 유사한 것으로 이해될 소지가 있다.[26] 하지만 자유주의 법학이 법익과 준별하고자 했던 사회윤리에 (공중의) 감정가치를 포함시키는 것은, 사회윤리가 당부당의 영역임에 반하여 감정가치는 쾌불쾌의 영역이라는 점에서 무리가 있다.

한편 감정가치를 형법이 보호한다는 것과 감정을 형사처벌의 대상으로 한다는 것을 구별할 필요가 있다. 후자는 심정반가치 혹은 공동체에 대한 의무침해를 형사처벌의 근거로 삼는 일종의 심정형법이고,[27] 전자는 형벌의 보호대상으로서 감정가

---

25) 梅崎進哉, "個人の保護と社會法益の構造," 173-174면.

26) 공연음란죄 등 외설죄를 예로 하여 공공의 감정가치 침해는 결국 사회규범이 아닌 사회질서 위반의 환언이라고 설명하는 梅崎進哉, 상게논문,"174면.

27) 벨첼은 형벌조항의 실질은 법익보호라고 단순화할 수 없고, 오히려 적법한 심정가치(Gesinnungswete)를 유지하는 데 있다고 보았다. 그의 입장에 따르면 범죄의 본질은 법질서에 반하는 심정가치에서 발견할 수 있으며, 법익보호는 이에 부수하는 지위를 가질 뿐이다. 이에 대하여 Welzel Hans, "Über den substantiellen Begriff des Strafgesetz," *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, de Gruyter, 1975, 229면.

치와 법익과의 관계를 밝히는 작업이 된다. 따라서 감정가치를 논의하기 위해서는 감정가치와 사회윤리의 관계, 그리고 심정반가치와의 구별을 먼저 살펴볼 필요가 있다.

나. 법익 주체의 세분화

지금의 법익론의 한계를 극복하고 형벌의 근거와 한계로서의 역할에 충실하기 위한 방안으로 우선 전통적으로 보호법익으로 보았던 “사회적으로 유해할 정도의 주관적 권리의 침해”에서 “사회” 개념을 개인의 합계가 아닌 독립적 개체로 보는 새로운 관점의 정립이 시도될 필요가 있다. 마약범죄의 보호법익인 국민의 건강의 경우와 같이 개인의 주관적 공권의 집합이라고 볼 수 있는 경우도 있지만, 문화유산에 대한 범죄나 폐지되기는 했지만 간통죄 처벌이나 존속살인에 대한 가중처벌 등 문화적 정체성에 대한 범죄 그리고 미국의 애국법이나 우리나라의 국가보안법 혹은 국교가 있는 경우 신성모독법 등은 단순한 개인의 집합으로는 설명되지 않는 성격의 법익주체가 설정된다. 따라서 개인 및 개인의 집합을 넘어서는 법익주체가 성립할 수 있는지, 그 성립의 근거는 무엇인지 조망할 필요가 있다.

다. 자율지향적 접근

법익개념을 정태적으로 파악하여 법적안정성을 추구하는 작업 외에, 법익이 동태적으로 공동체 내에서 형성되어 가는 과정을 포착하는 작업도 필요하다.[28] 사회의 복잡화와 그에 따른 형법 규범 영역의 확대가 가져온 법익개념의 혼돈은 기존의 일상생활영역의 규범으로서의 독자성을 고수하거나 법익개념을 포기함으로써 일상생활영역을 탈출하는 양자택일의 문제라고 단순화시킬 수 없다.[29] 이러한 극단적 시각은 근본규범에 터잡은 수직적 해석, 즉 규범적 순수성을 지키려는 시도에서

---

28) 형법의 보호 내용을 형성하는 법익과 이러한 법익의 수립을 위한 형법의 임무는 구별된다. 이에 대한 내용으로, 이상돈, 형법학, 49면.

29) 이상돈, 기초법학, 561면.

발생하는 것이고, 이러한 시도가 근대형법의 발전을 가지고 온 공로는 충분히 인식할 수 있지만 당시와는 비교할 수 없이 사회 하부체계가 다양화되고 그 나름의 작동원리를 가지고 있다는 점을 고려할 때 각 영역의 자율성을 최대한 보장하는 접근법이 요구된다.

사회 각 분야의 성장은 전체 사회의 질서에 부합하도록 스스로를 적응시킴으로써 이루어지는 것이 아니라 자신의 고유의 영역에 적절한 원리를 구성원들의 규범적 관점 교환을 통해 발견하고 풍부화시킴으로써 이루어진다.[30] 따라서 형법의 임무는 각 영역의 자율성과 독자성을 최대한 보장하는 가운데 규범 자체의 보호를 목적으로 하는 것이 아니라 규범을 형성하는 과정의 자율성 보장이다. 형법이 새로운 영역에서 그 보호법익을 설정하는 과정은 고권적이고 후견적인 일방적 결정이 아니라 그 영역에서 보호되어야 할 구체적인 이익 및 가치가 무엇인가를 토론하고 조율함으로써 진행된다.

수범자들의 협력적 의사소통이 공적인 공간에서 이루어진다는 전제 하에 그 영역의 작동방식과 기능을 숙지한 전문가들이 그 의사소통의 방향성을 조정하고 한계를 설정하고 제도화하여야 한다.[31] 수범자들의 의사소통이 단순한 도구적·경제적 효율성 및 해당 영역의 배타적 이해추구로 흐르지 않도록 전문가들은 그 한계를 설정할 필요가 있는데, 이때 설정해야 할 한계의 내용으로 가장 중요한 것은 문제해결을 위한 이성적 논의가 아닌 윤리·도덕적 응징으로 흐르는 것을 막는 일이다. 근래 아동성범죄에 대한 가중처벌 논의나 동물보호법 등 새로운 영역 도입논의에 있어서 규범의 목적을 분명히 설정하고 문제해결의 방안으로서 형법의 도입을 논하는 것이 아니라 감성적 여론형성에 따라 방향과 중력을 잊은 듯 일관되지 않은 형사규정 제정과 법정형 결정이 이루어지고 있다. 형법이 입법자의 정치적 도구로 사용될 경우 외교 등 정치적 과정 혹은 행정법이나 민사법 등 다른 법률에서 조율 가능한 사안들도 형법의 영역으로 편입하여 형법이 최우선 수단 혹은 유일한 수단으로 자리매김하면서 보충성을 해치게 되고, 결국 개인 책임에 윤리·도덕적 평가까지 더함으로써 과도한 기본권 제약의 결과를 발생시킨다.

---

30) 이상돈, 법이론 - 법인식의 사회적 지평과 근대성, 28-29면.

31) 이상돈, 형법학, 60면.

새로운 영역에서의 법익발견을 위한 이성적 대화는 일차적으로 자율적 해결가능성을 타진하는 작업이다. 스포츠중개재판소와 같이 일정 부분 형법의 영역으로 보이는 사안이더라도 영역 내부의 자율적 관리가 투명하고 나름의 공정성을 가지고 진행된다면, 그리고 그 운영의 공정성을 담보하기 위한 구성원 및 국가의 감시와 감독이 가능하다면 이러한 자율적 해결방안을 모색하고 운영하는 것이 가장 바람직하다. 이때 기본법률들과 전문영역의 법률들의 관계는 기본법률의 해석원칙이 수직적으로 적용되는 구조가 아니라 서로 간의 수평적 관계를 전제로 하여 전문영역의 독자성과 자율성을 최대한 인정하는 방향으로 설정되어야 할 것이다.[32] 기본법률로서의 형법의 역할은 산재한 전문영역의 법률들 간의 질서를 세우는 것인데, 우선 각 영역의 보호되어야 하는 가치를 확정하고 이에 대한 가치평가를 통하여 영역들을 분류하고 이를 교량하는 절차를 관장하는 것이다.[33]

이차적으로는 형법의 보충성과 책임원칙이라는 형사입법의 한계원리를 확인하는 과정이다. 윤리·도덕적 접근법에서 벗어나 이성적이고 합리적인 대화를 통하여 기본권 침해의 정도가 약한 다른 법적 수단들을 모색하는 공적대화의 장을 만드는 것이 중요하다. 예를 들어 환경오염물질을 배출하는 산업의 경우 위험발생의 가능성과 함께 산업발달 및 생활의 질적향상에 기여하는 성격을 겸유하여 위해가 아닌 위험의 영역에 머물러 있는 것이라면,[34] 무조건적인 형법의 투여보다는 오염방지를 위한 시설마련을 행정법에서 입법화하거나 피해자에 대한 민사적 보상체계를 세우는 등의 방법이 선행되어야 할 것이다. 그리고 윤리·도덕적 응징의 배제는 개인의 책임과 사회적 관리 미숙 및 소홀의 과오를 구분하여 개인에게 후자의 과책까지 부과하지는 않도록 하는 역할을 할 것이다.

마지막으로 이러한 대화의 목적이 과거 행위에 대한 책임규명 이외에 해당 영

32) 이상돈, 기초법학, 559-560면.

33) 이상돈, 기초법학, 533-534면.

34) 많은 분야에서 위험의 개념을 구분하여 이해하고 있는데, 금융학의 경우 risk와 danger를 구분하면서, risk는 미래의 긍정적 결과와 부정적 결과 모두를 예측하는 유동적 개념으로서 이를 수행하면 기대수익의 증가라는 보상을 기대할 수 있는 수용적 위험이지만, danger의 경우에는 부정적 결과만이 발생하며 이를 수행한다고 하여 긍정적 보상이 뒤따르지 않는 회피의 대상이 된다. 이에 대하여 김진호, 금융이야기, 136면.

역의 문제지점들을 축소시키는 방향으로 이루어져야 함을 공감하는 역할을 기대할 수 있다. 형법이 문제해결의 실용성 확보에 실패하는 순간 단순한 정책적 실패에 그치는 것이 아니라 개인에 대해서는 회복불가능한 기본권 침해를, 사회적으로는 자율적 해결능력의 손상을 낳는다.[35] 이러한 형법의 도구적 합리성은 앞서 언급한 보충성 원칙의 충분한 고려를 통해 확보할 수 있으며, 보충성 원칙의 충분한 고려는 자율지향적 접근 방식을 통해 성취될 수 있다.

II. 보편적 법익의 구체화를 위한 방법론

법익론의 보완 방향을 바탕으로 문화재보호법상 형벌조항의 보호영역을 확정하기 위해서는 감정가치의 의미와 보편적 법익의 범주를 구체화할 필요가 있다. 이러한 작업을 위한 방법론으로 형법상 가치・이익・법익의 구별 및 위해의 결과와 주체의 관계에 대한 파인버그의 접근법 및 보편적 법익으로부터 개인적 성질을 제거함으로써 보편적 법익개념의 실질화를 꾀하는 헤펜델의 접근법이 도움이 될 것으로 본다.

1. 가치, 이익, 법익의 구별 : Feinberg의 방법론

가. 법적 보호가 가능한 이익의 범주

파인버그는 이익(interests)과 욕구(wants)를 구별하면서, 이익은 보유주체가 특정한 결과물에 대하여 일정한 응분(stake)을 가질 때 인정되는 개념이라고 정의하고 있다.[36] 반면 욕구는 이익과는 국면을 달리하는 개념으로 자신에게 주어진 응분 등 객관적 상황과는 관계없이 주체가 주관적으로 믿거나 바라는 상태, 즉 선호를 의미하며, 욕구와 이익은 반드시 상관성을 가진다고 할 수 없다.[37] 주체는 '이

35) 이상돈, 형법학, 57-58면.
36) Feinberg, *Harm to Others*, 38면.
37) Feinberg, Harm to Others, 38면.

익’의 포기를 ‘욕구’할 수도 있으며 객관적으로 응분을 가지지 않더라도 ‘이익’을 ‘욕구’할 수도 있다.[38] 한편 가치는 이익과의 관계에 있어서 다른 이익과의 교량을 위한 상대적 의의를 지니며, 어떠한 이익의 본유적 가치(intrinsic value)를 절대적으로 확정하기는 어렵다고 보고 있다.[39]

파인버그는 이러한 개념정의를 바탕으로 즉각적 욕구(passing wants)-도구적 욕구(instrumental wants)-최저수준 보장의 이익(welfare interest)-종국적 이익(focal interest)로 이익의 네트워크 개념을 분설하고 있다.[40] 즉각적인 욕구는 ‘무엇이 먹고싶다’와 같이 욕구에 따른 행위지침이 표시되지 않은 내면의 영역으로 규범적으로는 큰 의미를 가지지 않고, 이를 바탕으로 한 도구적 욕구 이상의 단계만이 규범적 의의를 가진다. 도구적 욕구란 보다 상위의 목표로 진행하기 위한 수단이나 필요조건으로서의 의미를 지닌다. 여기서 상위의 목표란 주로 최저수준 보장의 이익 및 종국적 이익을 의미하지만, 다른 상위의 도구적 욕구를 목표로 하는 도구적 욕구의 성립이 가능하다. 최저수준 보장의 이익이란 정신적·물질적·경제적 자산의 최소한을 유지하거나 획득하려는 이익이고, 삶의 질을 향상시키는데 도움이 된다면 정치적 자유도 이에 포함될 수 있다. 최저수준 보장의 이익은 종국적 이익에 도달하기 위한 필요조건이며, 충분조건은 아니라는 점에서 종국적 이익과의 관계에 있어서는 도구성을 가지게 된다. 마지막으로 종국적 이익은 필연적 보편성을 갖는 것은 아니며, 자기준거적(self-regarding), 타인준거적(other-regarding) 또는 공공성 지향적 (publicity oriented) 성격으로 다양하게 나뉜다.

---

38) 이러한 파인버그의 욕구에 관한 개념정의는 이익과 욕구를 단계화하고 가치를 규범적 해석의 대상에서 희석시켰다는 점에서 일반적인 영미 윤리학 이론과는 차이점을 갖는다. 예를 들어 스캔론의 경우, 합리적 의사결정에 있어서 특정한 결과를 바라는 욕구가 중요한 근거가 되기 위해서는 쾌를 추구하는 입장이나 도덕적 선 추구나 이해추구의 입장을 분명하게 제시해야한다고 보았다. 욕구는 원칙적으로 합리적 의사결정의 이유가 될 수 없다고 보았다. 이러한 욕구(선호)는 공리주의적 입장에서 쾌의 극대화 방향으로 나가게 되고, 쾌를 선택하는 관점으로서 도덕은 일정한 가치체계를 통하여 범주화된다. 이에 대한 설명으로 Scanlon, *The Difficulty of Tolerance : Essays in Political Philosophy*, 185-186면.

39) Feinberg, *Harm to Others*, 59면.

40) Feinberg, *Harm to Others*, 55-61면.

파인버그는 이러한 욕구 및 이익 개념이 선형적인 단계화의 모습을 가지는 것은 아니며 촘촘한 네트워크로 연결되어 있다고 보았다. 따라서 종국적 이익도 다른 종국적 이익과의 관계에서 최저수준보장의 이익으로 파악될 수 있다. 파인버그가 이러한 이익의 네트워크를 강조한 이유는 법적으로 보호가능한 이익의 범위와 상호 간의 교량을 위해서였다. 파인버그에 따르면 위의 이익들의 침해될 경우 목표 달성을 위한 다른 선택의 가능성이 차단된다는 점에서 범죄의 심각성을 판단할 수 있다고 보았다. 즉, 종국적 이익이 가치의 서열상 가장 상위에 위치하지만, 형법은 종국적 이익의 침해를 보호하기 보다는 종국적 이익 달성에 필수적인 최저수준보장 이익을 보호함으로써 종국적 이익 달성에 기여한다는 것이다.[41]

이러한 파인버그의 분석은 적어도 최저수준보장의 이익의 침해가 있어야 형법이 개입할 수 있다는 한계를 설정하였다는 점에서 의의를 찾을 수 있고, 문화유산과 관련해서는 문화유산이 최저수준보장의 이익에 해당하는지 아니면 종국적 이익에 해당하는지 구별하여 형법적 개입의 가능성을 검토하는 기회를 제공하는 실익이 있다. 문화유산의 보호를 공동체의 집단적 감정의 보호라는 종국적 이익을 위한 최저수준보장 이익이라고 보는 것은 최저수준보장 이익의 확장 형태라고 할 수 있다.[42] 파인버그는 최저수준보장 이익이 확장된 경우에는 그 이익의 범위가 개인에 따라 유동적이기 때문에 법적 개입의 자제가 요청된다고 보았다.[43]

---

41) Feinberg, *Harm to Others*, 62면.

42) 문화유산의 보호가 집단의 감정가치 보호를 위한 최저수준 유지 기능을 갖는다면, 문화유산을 포괄하는 일반적 의미의 문화적 최저조건 유지를 위한 행정행위는 도구적 성격으로 평가될 수밖에 없어 무리한 추론이라고 볼 수 있다. 최저수준보장 이익의 확장에 대한 설명으로 Feinberg, *Harm to Others*, 62면.

43) 파인버그는 확장된 최저수준보장 이익의 예로 아이에게는 1페니가 최저수준보장 이익으로 평가될 수 있지만 백만장자에게 있어 1000달러는 아이의 1페니의 가치도 가지지 못한다는 사례를 들고 있다. 최저수준보장 이익이 확장되는 경우 개인차에 따른 유동성으로 인하여 객관성이 확보되지 않아 법적 개입이 자제되어야 한다는 주장으로 Feinberg, *Harm to Others*, 62-63면.

나. 위해 및 형법상 보호되는 이익의 세분화

파인버그는 형법상 보호되는 최저수준보장 이익 및 위해를 이익의 주체와 위해의 관계, 그리고 위해의 귀속 주체를 고려하여 세분화하였다.[44] 파인버그가 제시하는 개념들로는 총합적 위해(aggregative harms), 누적적 위해(accumulative harms), 공공이익(public interest)이 있다.[45]

총합적 위해는 음주운전, 총기소지와 같이 전체적으로는 위해성이 있는 행위로 평가될 수 있으나 특정한 경우·주체의 경우에는 위해가 발생하지 않는 경우를 의미한다.[46] 전체 수범자에 대한 금지는 위해를 제거하는 효과를 발생시키지만, 위해가 발생하지 않고 오히려 그 행위의 필요성이 인정되는 경우까지 금지하는 결과를 낳기 때문에 개별적 심사와 그에 따른 금지가 장려되는 영역이다. 이 사안에서는 주로 행정적인 특허·면허 제도가 직접적인 해결책이 되며, 이때 심사기준의 자의성을 방지하기 위해서는 금지의 목적과 대상이 객관적이고 명확하게 규정되어야 한다.

누적적 위해는 적은 수의 행위는 일반적으로 위해를 발생시키지 않지만, 보편적으로 행해질 경우 사회적 위해가 발생하는 영역이다.[47] 파인버그는 이를 두 가지로 분류하고 있는데, 대부분의 사람들이 금지되는 행동이 자신에게 이익이 되지 않는다고 판단한다면 이는 형법적 제재의 대상이 아지만, 자신에게 이익이 되지만 도덕성과 시민의식에 근거하여 해당 행위를 자제하고 있는 것이라면, 이 영역에 대해서

---

44) 파인버그는 위해를 이익의 침해(setback to interest)라고 보고, 이익의 성격이 위해에 반영된다고 보기 때문에 이익의 세분화와 위해의 세분화를 관계지어 생각하는 것이 적절하다고 본다. 위해(harm)의 정의 및 이익과의 관계에 대하여 Feinberg, *Harm to Others*, 31면 이하.

45) 이 외에도 파인버그는 imitative harms 개념을 제시하는데, 나의 행동으로 인하여 위해가 발생하지는 않지만 이를 모방하거나 기초하여 통제할 수 없는 제3자의 행위가 위해를 발생한 경우를 가리킨다. 이는 조건설에 따른 책임을 지울 수 있느냐의 문제로, 파인버그는 이러한 위해는 민사법의 영역이라고 설명하고 있다.

46) 총합적 위해에 대한 설명으로 Feinberg, *Harm to Others*, 193-198면.

47) 누적적 위해에 대한 설명으로 Feinberg, *Harm to Others*, 225-227면.

는 위해성 원리에 근거한 형사제재가 가능하다고 보았다. 이 영역의 경우 위해로 전환되는 임계점 설정이 매우 중요하며, 입법자는 임계점을 기준으로 한 양적 판단과 준수필요성을 고려해야 한다. 파인버그는 이 영역의 대표적인 예로 환경오염을 들고 있다.[48)]

공공이익은 두 가지 방식으로 정의되고 있다.[49)] 하나는 우물에 독을 타 그 물을 마실 경우나 공공건물에 폭탄을 설치한 경우와 같이 동일한 종류의 이익(건강, 생명)이 대다수의 개인들에게 인정되지만, 그 발생은 모두에 대하여 이루어지지 않고 다만 그 발생가능성만을 공유하는 경우이다. 다른 하나는 전쟁이나 경제성장・저하와 같이 모두에게 공통적으로 일어나는 경우이다. 다만 이러한 경우에 있어서도 개인이 체감하는 정도는 상이할 수 있다. 파인버그는 공공이익의 경우 그 위해의 규모에 근거하여 더욱 엄격한 도덕적 심사를 받게 되므로 다른 개인적 위해 발생의 경우보다 무거운 처벌이 정당화될 수 있다고 보았다.

문화유산에 대한 감정가치는 가분적이거나 누적적이지 않고, 공동체 전체에 동일한 영향을 미치나 그 체감의 정도는 상이할 수 있다는 점에서 공공이익에 속한다고 볼 수 있다. 파인버그의 견해를 일관하면 공공이익의 침해는 개인적 이익의 침해보다 가중된 처벌의 대상이 될 수 있다고 하였으나, 파인버그는 어디까지가 물질적이고 가시적인 분야에 국한하고 있고,[50)] 감정가치는 정서보호원리에서 따로 검토하고 있다는 점에서 이러한 분류가 문화재보호법에 직접 적용되기는 어렵다고 본다. 다만 파인버그는 공공이익을 분류함에 있어 법익의 주체로서 개인과 집단을 구별하여 이익 및 위해의 귀속 양태를 분석했다는 점에서 시사점을 준다.

---

48) Feinberg, *Harm to Others*, 227-232면.

49) 공공이익에 대한 설명으로 Feinberg, *Harm to Others*, 63-64면.

50) 파인버그의 공공이익 개념은 우리의 보편적 법익 개념과 유사하다고 할 수 있지만, 보편적 법익의 단면들은 다른 위해 및 이익 개념에서도 나타나므로 동일하게 파악하기는 어렵다.

2. 보편적 법익의 실질화 : Hefendehl의 방법론

헤펜델은 형법상 법익이론이 현대사회에서 한계점을 내보이고 있지만, 여전히 형사입법에 있어서 효과적인 제한 원리로 기능한다고 보았다. 헤펜델은 새로운 범죄 양식이 출현한 영역들에서는 헌법을 근거로 형사입법의 정당성을 찾을 수 있다는 입장이다. 또한 그는 가벌성의 범위를 재정비하기 위하여 집합적 법익(Kollective Rechtgüter) 개념을 도입하였는데, 전통적 법익이론에서처럼 포괄적이고 일관된 원리의 하향식 적용 대신,[51] 개별적인 범죄행위들에 대한 분석으로부터 시작하여 비전형적 유형들까지 포괄할 수 있는 실질적 법익개념 성립을 목표로 하고 있다.[52]

가. 보편적 법익에서 개인적 요소의 제거

헤펜델의 집합적 법익 개념은 보편적 법익 중 개인적 법익으로 환원될 수 있는 것들을 제외한 나머지를 모두 포괄하는 개념이다.[53] 헤펜델은 집합적 법익을 개인에 대한 보호와 분리하여 국가기본조건보호(Schutz staatlicher Rahmenbedingungen)라고 명명하고, 이를 국가 자체에 대한 보호, 헌법에 근거한 사회기능과 질서에 대한 보호, 개인인 수범자와의 접촉점 세 가지 층위로 분류하고

---

51) 포괄적 원리의 적용은 복잡한 현대의 사회질서 속에서 동질적인 질서를 발견하고 그에 기반하여 공통의 법익개념을 추출하는 것이 불가능에 가깝고, 무엇이 핵심형법(Kernstraferecht)인지에 대하여 전통적 법익이론조차도 분명한 정의를 내린 바 없으며, 보호대상의 범위를 설정하는 한계기능에 있어서도 유용하지 못하기 때문이라는 근거를 제시하고 있다. 이에 대하여 Hefendehl, *Kollective Rechtgüter im Strafrecht*, 20-22면.

52) Hefendehl, *Kollective Rechtgüter im Strafrecht*, 1-2면; 법익과 범죄개념은 유형개념(Typusbegriff)에 속하는 것으로서, 이러한 헌법적 실질화 요소들의 형성방향에 따라 사실행위와 법익개념의 관계가 조절됨으로써 유형성이 완성된다. 이에 대한 설명으로 Hefendehl, 상게서 238면; 유형개념을 법에 도입할 경우 목적론적 법적용과 유사한 효과를 발생시키며 법개념의 적용영역을 그 비유형성에 비추어 제한하게 된다. 유형개념은 그 자체가 유동적이기 때문에 불확정개념의 하위영역이나 규범적 개념의 하위영역에 위치하며 규범개념 사이의 연관성을 제시한다. 이에 대한 설명으로 엥기쉬, 법학방법론, 181-182면.

53) Hefendehl, 전게서, 112면. 또한 헤펜델은 집합적 법익개념의 연구방법은 근원적이고 초법률적인 법익개념을 배제하고 우선 법률상 보호되는 법익을 대상으로 하는 데에서 시작해야 한다고 보았다. 이에 대한 설명으로 Hefendehl, 상게서, 18면.

있다.[54] 첫 번째 층위에 대해서는 국가소유의 자원에 대한 침해, 국민건강이나 교통안전 등의 예를 들고 있고, 두 번째 층위에 대해서는 "(경제질서·국가기능에 대한) 신뢰"라는 개념을 강조하고 있다. 마지막 층위는 조세 등 개인의 기본권과 직접 충돌하는 영역에 해당한다.

헤펜델의 국가기본조건보호라는 개념은 파인버그와 달리 누적적 법익과 총체적 법익을 굳이 구분하고 있지는 않다. 물론 누적적 법익의 경우 개인의 법익으로 치환될 수 있는 부분이 다수 존재하기 때문에 집합적 법익 개념에서 제외하고 있지만,[55] 마약사용금지와 같이 국민건강이라는 집합성의 표면화가 가능한 경우에는 집합적 법익으로 포괄하고 있다. 이와 같이 헤펜델은 법익의 주체를 기준으로 보편적 법익을 분류하였다기보다는 국가의 기능에 관련된 영역과 개인의 영역을 구분하는 것에 초점을 맞춘 것으로 해석된다. 또한 보편적 법익을 영역별로 구분하려고 시도했다기보다는 국가의 기능과 헌법상 요청을 분류하는 것에 의의를 둔 것으로 보인다.

나. 법익 근거의 세분화

헤펜델은 전통적 법익이론이 고수해 온 모든 범죄를 포괄하는 보편적 개념으로 이해하는 태도에서의 탈피를 시도한다.[56] 한편으로 법익의 근본적 의미는 그대로 고수하여 전통적 법익이론의 성과를 계수할 필요성을 강조하면서, 실정법의 고찰을 통하여 상위법에 존재하는 법익의 근거를 찾고 이를 다시 실정법에 적용하는 해석학적 순환을 통하여 법익개념의 아래로부터의 실질화를 꾀할 수 있다고 본다.[57] 이러한 실질화 영역은 고정된 것이 아니라 그 범위가 유동적이며, 입법자가 그 범위를 확정지을 실정법적·형사정책적 근거를 찾기 어려운 경우에는 헌법을 통한 실질화 작업이 이루어진다.[58]

---

54) Hefendehl, 상게서, 112-113면.

55) 환경오염범죄의 경우 각 개인이 입는 피해의 차이는 있지만 개인적 법익의 침해는 분명하다고 보고 있다. 이에 대하여 Hefendehl, 상게서, 62-63면.

56) Hefendehl, 상게서, 27면.

57) Hefendehl, 상게서, 20-22면.

헌법적 실질화의 첫 번째 기준은 형법의 보호법적 특징으로부터 도출된다.[59] 결과의 발생이 없는 순수한 의무위반 개념, 즉 사회에 뿌리내린 가치 또는 행동표상(Verhaltensvorstellungen)에 위반하는 행위범(Verhaltensdelikte)을 형사처벌하는 것 자체를 헌법위반이라고 할 수는 없으나 그 적용이 제한적으로 이루어져야 한다는 점이다.[60]

두 번째 헌법적 실질화 기준은 헌법과 국가행위의 인격적 형상화는 모든 가치의 최상위에 위치하며 국가 또한 이를 바탕으로 성립한다는 사실이다.[61] 헤펜델은 집합적 법익에 있어서 공동체 이익에 우선순위를 두는 것이 원시적으로 헌법에 합치되지 않는 태도라고 평가하는 것은, 이에 반대로 모든 집합적 법익이 개인에게 직접적으로 귀속될 수 있어야 한다는 논리와 마찬가지로 정당화될 수 없다고 보았다.[62] 이원론적 법익개념은 국가에 대한 이해가 변화함에 따라서 확장된 의미의 집합적 제도까지 시민의 이익을 위한 본래적 법익으로 인정하기 때문이다.[63] 헌법은 집합적 제도 중 무엇을 어디까지 법익으로 인정할 것인가에 대한 체계론적 기준을 결정한다.[64] 이원론적 법익 개념의 두 구성요소의 경계는 이러한 방식으로 헌법에 의하여 설정되는 것이지 개인적 법익에 속하는지 혹은 집합적 법익에 속하는지에 따라 설정되는 것이 아니다.[65] 집합적 법익에도 인격적 구성요건이 자리 잡고 있으며, 다만 국가의 기능적 법익(Funktionsrechtsgüter)에 의해 약화될 뿐이다.[66]

마지막으로 헌법적 실질화의 기준은 비례성의 원칙이다. 비례성원칙은 입법의 한계를 제시한다는 면에서 중요한 의의를 가지지만, 그간 법익보호와 관련하여 그 역할이 크게 주목받지 못하였다.[67] 비례성원칙의 적합성 심사를 통하여 불법구조를

---

58) Hefendehl, 상게서, 42-43면.
59) Hefendehl, 상게서, 48-49면.
60) Hefendehl, 상게서, 52-59면.
61) Hefendehl, 상게서, 59면.
62) Hefendehl, 상게서, 68-69면.
63) Hefendehl, 상게서, 74-75면.
64) Hefendehl, 상게서, 77면.
65) Hefendehl, 상게서, 78면.
66) Hefendehl, 상게서, 81-83면.

집합적 법익과 연관시키고, 개별화·세분화된 범죄행위가 실제로 당해 법익을 침해하는지 여부 및 그 침해 방식과 정황을 분석하게 된다.[68] 필요성 심사에서는 형법의 보충성과 관련되어 형법과 동질적인 효과를 갖는 대안이 존재하는지 검토해야 하며, 그 자체로 법익보호를 위한 수단을 내재한 경우를 제외하고는 헌법적 층위에서 동질적 대안을 찾기 어려운 광범위한 영역이 존재하게 된다.[69] 좁은 의미의 비례성은 원칙적으로 보호사상에 모순되는 원리로서 형법의 전치를 억제하는 원리로 기능한다. 이에 따라 구성요건적 금지가 일반적인 사회적 금지로 취급될 수는 없고, 보충성원칙에 의하여 형법적 개입이 배제된 경우에는 더 효과적인 대안이 제시되어야 한다.[70]

다. 시사점

헤펜델의 보편적 법익의 실질화 이론은 개인적 요소를 최대한 제거하여 보편적 법익의 원형을 발견하고자 한 점에서 첫 번째 의의를 찾을 수 있다. 또한 법익의 근거를 헌법을 통해 찾음으로써 현대형법이 실정법의 입법취지를 법익과 동일시하는 경향성을 극복하고자 하였다.[71] 이러한 헤펜델의 방법론은 법익의 근거를 실질화하고, 헌법적 제한을 통해 법익개념의 형해화를 막으려는 시도로 평가될 수 있다. 다만 법익의 근거를 헌법 전체로 두어 헌법상 기본권과 헌법질서의 차이를 분명히 하지 못했다는 점에서 한계를 보이고 있다.

---

67) Hefendehl, 상게서, 83면.

68) Hefendehl, 상게서, 147면.

69) Hefendehl, 상게서, 208-209면.

70) Hefendehl, 상게서, 250-252면.

71) Hefendehl, 상게서, 116-117면; 헤펜델은 현행 보편적 법익 개념에서 집합적 법익 개념을 추출해내는 기준으로 비소모성(Nicht-Abnutzbarkeit)과 비분배성(Nicht-Distributivität) 개념을 제시하고 있다. 집합적 법익 개념은 잠재적으로 모든 사회구성원들에 대하여 확장되어 적용될 수 있는 반면에 비소모성 기준이 모든 영역에 적합한 것은 아니며 각 영역의 특징에 따라 비소모성 기준이 충족되는데, 환경의 경우 비소모성에 적합하지 않은 대표적인 영역이다. 이에 대한 설명으로 Hefendehl, 상게서, 132-133면; 비분배성은 금융안전과 같은 경우처럼 사회구성원들이 그 법익을 이용하도록 강제될 때 유용한 기준이 된다. 이에 대한 설명으로 Hefendehl, 상게서, 113면; 헤펜델의 비소모성과 비분배성을 각각 '소모불가능성'과 '분배불가능성'으로 번역한 Hefendehl, "법익과 범죄구조의 실질화," 217면.

문화재보호법의 경우, 후술하겠지만 기본권이 아닌 헌법상 질서조항 중 하나인 문화국가원리에서 법익을 도출하는데, 이러한 헌법상 원리에 기초한 형벌권 행사는 헌법의 특별한 보호를 받는 기본권의 침해를 동반하기 때문에 헤펜델의 이론틀만으로는 설명이 부족할 수 있다. 다만 개인적 요소의 분리를 통하여 집합적 법익 개념을 추출해내고, 입법목적 단독으로 법익화시키는 경향성을 헌법적 근거를 찾음으로써 극복하였으며, 헌법적 제한의 필요성을 강조했다는 점에서 문화유산에 대한 형법적 보호의 근거를 발견하는 새로운 접근방법을 제시했다고 할 수 있다.

다만 헤펜델은 평화범죄나 국가 명예훼손 등 감정가치를 법익으로 포섭하는 것에 대하여 회의적이다.[72] 다만 이러한 경우 사회구성원의 참여를 통하여 형법적 제재가 정당화될 가능성은 인정하고 있다. 감정가치를 형법상 보호법익으로 하기 위해서는 사회적 공감대 형성이 필수적이기 때문이다. 이러한 헤펜델의 감정가치에 대한 형법적 포섭 조건 제시는 집단적 공감을 통해 형성되는 문화유산영역의 형법적 보호 요건에 중요한 시사점을 주고 있다.

3. 소결

법익의 주체로서 개인과 사회의 의미를 확정하고 법익을 단순한 결과가 아닌 과정적 의미에서 고찰함으로써 법익의 세분화의 기틀을 마련할 수 있다. 새로운 영역에서 혹은 기존의 영역에서 법익의 편입과 퇴출을 논할 때 법익개념의 유동성을 근거로 하여 보편적 법익의 폭넓은 인정할 수 있다. 하지만 이제까지와 같이 개인적 공권을 제외한 나머지 영역을 보편적 법익이라고 추상적으로 분류하기보다는 법익의 외연적 윤곽을 확실히 하고 그 내용에 있어서 형법적 보호의 필요성 정도를 단계화할 수 있도록 세분화하는 작업이 동반되어야 한다.[73] 현재의 법익이론은 형법적 개입의 한계를 설정하는 기능을 수행하고 있고, 법익의 유동성으로부터 세분화의 필요성을 도출할 수는 있으나 당해 영역을 형법적으로 포함시킬 수 있는지라는 근본적인 물음에는 충분한 답을 제시하지 못하고 있다.[74] 따라서 세분화의 기

72) Hefendehl, 전게서, 331-334면.
73) Hirsch, 전게논문, 193면.

준을 마련하기 위해서는 기존의 법익론에 대한 보충이 필요하다.

영미의 경우 보통법의 판례이론을 중심으로 입법이 이루어지는 경향을 보이고 있어 사안중심적 입법의 전통이 대륙법계에 비하여 오래 이어져왔다. 또한 각 영역에 있어서 합법성심사의 기준을 별도로 마련하고 있으며, 무엇보다 일정 영역의 법적 규제의 필요성 특히 형법의 투입여부에 대한 이론적 고찰이 비교적 활발하게 진행되어왔다. 이렇게 사안중심의 합리적 문제해결을 목적으로 하고 행위의 결과 및 법적규제의 결과를 중시하는 영미의 이론을 고찰함으로써 기존의 법익이론의 한계를 극복하고 보다 현실적인 세분화 기준 마련을 모색하고자 한다.

이러한 세분화 작업을 통하여 산재해 있는 형법규정들을 아우를 수 있는 하나의 정합적 질서를 꾀할 수 있다. 기존의 법익이론은 새로운 영역의 형법적 투입의 근거를 밝히는 데 한계를 보이고 있어 형법상 법익이론의 일관된 적용이 불가능한 상태로 판단된다. 각 영역의 자율성은 존중하되, 형법적 개입의 근거 및 한계를 제시할 수 있다면 기능적 효율성 및 규범적 일관성을 모두 성취할 수 있을 것이다. 또한 행정법의 형벌규정들을 단순히 행정작용을 보호하는 것이 아니라 그에 대한 형법의 보호법익의 의미를 밝히는 과정을 통하여 법익의 내용의 실질화를 꾀할 수 있다. 마지막으로 이러한 세분화 작업은 형법 투입의 근거 및 한계를 설정하는 데 그치지 않고, 세분화에 따른 형법 개입의 강도를 조절함으로써 죄형법정주의의 명확성원칙이나 비례성원칙의 심사강도를 조절하는 데 도움을 줄 수 있을 것이라 기대한다.

74) Hirsch, 상게논문, 194면.

제2절 감정가치의 포섭과 한계

I. 감정가치의 의의

형법상 감정 및 정서는 형벌의 근거로서의 심정반가치를 강조하였던 심정형법을 연상시킨다. 하지만 형벌조항의 보호대상으로서 감정가치와 형벌의 근거로서의 심정은 구분되어야 한다. 우선 혼란을 방지하기 위하여 '심정'은 법질서에 반하는 경우 이를 이유로 처벌할 수 있는가라는 문제를 제기할 때의 용어로, '감정가치'는 형법의 보호대상으로서 편입시킬 수 있을지를 법익과의 관계를 통해 조명할 때 사용하는 용어로 정한다. 또한 감정가치는 사회윤리와도 구별되어야 한다. 사회윤리의 경우 당부당의 판단을 통하여 그 안에 내재해 있는 본유적 가치(intrinsic value)로부터 의무를 도출하고 이를 형법상 의무로 전환시킬 수 있느냐의 문제라면, 감정가치는 원칙적으로 쾌불쾌의 문제로서 당부당 판단과는 직접적 관련성을 갖지 않는다.[75] 다만 감정가치가 집단적 성격을 가질 경우 사회윤리와의 구별이 용이하지는 않다는 점은 앞에서 지적한 바 있다.

감정가치의 표면화는 필연적으로 법익의 확장을 발생시킨다. 따라서 법익의 인정범위를 제한하는 장치가 요구된다. 이는 두 가지 방향으로 진행될 수 있다. 하나는 영미 정서보호원리와 위해성원리의 관계를 통하여 정서보호원리가 형사입법원리로 기능할 수 있는 공간적 영역 제한하는 것이다. 다른 하나는 감정가치의 주체에 따라 형법의 개입을 제한하는 것이다. 이하에서 다루겠지만 개인이 주체인 경우, 사회 전반에 반헌법적 정서가 팽배하여 피해자가 감정가치의 침해를 회피할 가능성이 매우 낮아 공동체와의 융화가 곤란한 상황적 조건이 요구된다. 이때의 감정가치의 침해는 히르쉬의 견해에 따르면 위해로 평가될 수 있고, 이때에만 예외적으로 범죄화가 가능하다. 주체가 집단인 경우에는 정서침해의 결과가 발생할 뿐, 위해의 결과발생 자체가 불가능하다. 따라서 원칙적으로 주체가 집단인 경우에는 감

75) 문화유산이 지닌 내재적 가치로부터 의무를 도출함으로써 문화유산의 형법적 보호의 근거를 발견하려는 견해로 Harding, "Value, Obligation and Cultural Heritage," 324-329면.

정가치 보호를 근거로 한 형사입법이 정당화될 수 없다. 하지만 감정가치의 내용이 헌법적 질서에 합치하고, 감정가치를 통한 공감의 공론장이 실질적으로 보장되어 있어 사회 전반적으로 감정가치의 대상에 대한 가치판단이 균일하게 이루어지는 경우에는 공론의 결과가 개개인의 승인으로까지 평가된다는 전제 하에 범죄화가 인정될 수 있다.

II. 감정가치의 포섭 가능성

1. Feinberg의 형사입법원리

가. 검토의 필요성

형법상 법익보호원칙은 보충성원칙과 함께 형사입법의 근거로서의 역할을 수행해왔다. 근대형법은 사회계약에 따라 개인들이 공동체 생활을 위하여 포기한 자유의 총합이 형벌권을 구성하고, 이를 위탁받은 국가는 개인이 포기하는 자유가 최소한이 되도록 권력의 행사를 제한받으면서 공공의 자유와 복지를 방어할 의무를 진다고 보았다.[76] "형벌이 정당할수록 시민의 자유의 몫은 커지게 되며," 절대적 필요성 없이 개인이 위탁한 최소한의 자유의 범위를 유월하게 되면 그 권한의 행사는 정당화될 수 없다.[77] 따라서 법익보호의 원칙과 보충성의 원칙은 개개인의 주관적 권리를 사적 침탈로부터 방어하는 한편 국가권력의 남용을 억제해왔다. 법익보호원칙은 개인의 구체적인 이익만을 형법적 법익으로 인정하면서 충분히 구체화되지 않은 법익보호를 위한 범죄화를 저지하는 역할을 하였고,[78] 보충성의 원칙은 가장 큰 기본권 침해를 발생시키는 형벌의 남용을 억제하였다. 이와 같이 법익보호원칙과 보충성의 원칙은 더 많은 자유를 위탁받아 권력을 확장하려는 것을 국가의 속성으로 보고 이로부터 시민의 자유를 지켜내는 데 더 무게중심을 실어왔다. 어떠한 영역이 범죄에 포섭될 수 있는가라는 적극적인 해석보다는 어떠한 영역이 포섭

76) 벡카리아, 범죄와 형벌, 13-15면.
77) 벡카리아, 상게서, 13면.
78) 하쎄머, 전게서, 26면.

될 수 없는가라는 소극적 해석을 통해 범죄화의 확대를 막아온 것이다.

하지만 법익이론 및 보충성원칙이 일정 영역을 형법으로 포섭할 수 있는가라는 근본적인 물음에 대하여 적극적 해답을 제시한다고 보기는 어렵다.[79] 형사법의 중요한 원칙인 죄형법정주의와 책임원칙도 마찬가지이다. 죄형법정주의는 일단 형법으로 포섭된 영역에 대한 입법과정에 있어서 자의적 해석과 법집행을 최대한 방지하는 것을 목표로 하며, 책임원칙 또한 형법으로의 포섭을 전제하고, 책임이 인정되어야 형벌을 부과하고 형벌의 범위를 행위자의 책임으로 한정하여 결과책임이나 연대책임으로부터 자유롭게 하는 역할을 수행한다.[80] 이러한 형법상 원칙들은 형벌의 제한을 통하여 형벌을 정당화하는 경향을 갖는다.[81]

하지만 형법이론의 빈 공간으로 남아있는 "범죄화" 논의는 대중의 근거 없는 형벌의 일반예방적 효과에 대한 맹신에 동조하여 정치적 수단으로서 형법을 남용하게 하는 결과를 낳았다.[82] 해당 영역의 형법개입 가능성에 대한 학문적·실무적 고찰에 앞서 언론 등에 의하여 사회적 불안감을 조성한 일종의 일탈적 행위를 윤리·도덕적 감성에 기초하여 입법 기재로 삼고 있는 것이다. 위 형법상 원칙들이 입법자에게 구체적 지침을 내리지 못함으로써 입법 이전에 고려되어야 할 사항들이 사후에야 비판의 도구로 사용되고 있으며, 이 때문에 법체계적 완결성을 갖추지 못한 법률들이 쏟아져 잦은 법개정으로까지 이어지고 있다. 따라서 이제까지 광의의 사회학에 속하는 범죄학에 위탁하였던 적극적 의미의 범죄화의 가이드라인을 형법적 차원에서 설정할 필요성이 제기된다.

이에 반하여 영미는 우리나라와 같은 대륙법계와는 달리 자유주의 혹은 가치, 정의 등을 직접적 입법의 목적으로 설정하고 사안에 적용할 수 있는 철학적·과학적·사회과학적 근거를 모색하는 방식을 취하고 있다.[83] 보통법 국가들의 경우 판

79) Hirsch, 전게논문, 196면.

80) 하태훈, "법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제 - 최근 형사 관련법 개정경향을 중심으로 -" 42-43면.

81) 사실상 폭력으로 분류되는 형벌과 정당한 형벌의 차이는 일정한 자기제한의 유무에 있다고 본 김일수, 형법질서에서 사랑의 의미, 60면.

82) 하태훈, "법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제 - 최근 형사 관련법 개정경향을 중심으로 -" 47면.

례법리가 법률의 역할을 하는 경우가 많고, 실제로 판례에서 형법학자나 철학자 혹은 심리학자들의 논문이 인용되는 등 대륙법계의 이론이나 판례에 비하여 산만하지만 현재의 사안을 거시적 안목에서 바라볼 수 있다는 장점을 가지고 있다.

보통법의 전통상 형사입법의 기초가 되는 이론들로는 위해성원리, 정서보호원리(Offence Principle),[84] 법후견주의(Legal Paternalism), 법도덕주의(Legal Moralism)가 주로 논의된다. 이중 형사입법의 중심이 되는 원리는 위해성 원리이다. 위해성 원리를 중심으로 살펴보기 전에 영미 형법의 범죄화 이론 전반을 살펴볼 필요가 있다. 나머지 원리들은 위해성 원리의 내용을 형성하거나 한계를 설정하는 역할을 수행하기 때문이다. 이하에서 각 형사입법원칙의 의미를 간략하게 살펴본 후, 위해성원칙을 중심으로 법익이론과의 관계를 살펴보도록 한다.

나. 개관

영미의 형사입법의 원리가 확고히 자리 잡은 것은 19세기 고전적 자유주의 이론가인 밀이 그의 저서 자유론에서 시민의 자유는 원칙적으로 절대적으로 인정되어야 하고 "타인에게 해악을 조장할 것이라는 사실이 예견되어야만" 그에 대한 제한이 가능하다고 천명함으로써 자유제한의 원리로 해악의 원리를 도입하면서부터였다.[85] 이후 판례와 법이론에서 위해성 원리 외에 정서보호원리, 법후견주의,

---

83) 대륙법계의 경우 개념법학·순수법학적 해석론을 지향하고 그 해석론의 구조 또한 매우 체계적이다. 따라서 철학 및 사회현상 전반을 아우르는 시야에서 형법을 조망하기보다는 미시적 도그마틱 수립을 통하여 규범의 통일성과 일관성 보장을 중요시하였다. 이에 반하여 영미법계는 학제적 연구 전통을 기초로 하여 사안중심적 접근방식을 취하여 구체적 타당성 확보에 유리한 측면이 있으나 전체 법체계의 통일적 해석이 어렵다는 난점을 보인다. 각각의 제도는 나름의 장단점을 가지고 있으며 어느 하나가 우월성을 가진다고 보기는 어렵다. 다만 우리나라의 법현실에 부합하는 법이론 정립을 위하여 보충의 필요성이 인정되는 경우에는 규범적 정합성이 떨어진다고 하더라도 검토해 볼 필요가 있을 것이다. 절차주의가 발달한 영미의 위법수사증거배제법칙의 성공적 안착이 좋은 예가 될 것이다.

84) offense principle를 "불쾌·모욕성의 원리"로 번역한 오병선, "자유제한의 원리와 도덕의 법적강제," 5면 이하; "불쾌의 원리"로 번역한 김성룡, "법익론의 현황," 1면 이하; 본 논문에서는 본래적 의미의 offense principle을 좀 더 엄격하게 해석하여 위해성원리와의 관계를 조명하려고 하므로 "정서보호원리"로 번역하도록 한다.

85) 밀, 자유론, 42-43면.

법도덕주의 개념을 발전시켰다.

(1) 정서보호원리(Offense Principle)

밀이 거시적인 차원에서 개인과 국가의 관계를 조명하고 국가 권력 행사의 한계를 설정한 바탕 위에서 파인버그는 보다 미시적인 차원에서 국가권력의 행사 중 형벌의 한계를 논하면서,[86] 사회적 위해성(harm)이 발생하지 않아도 범죄화되는 현상을 설명하면서 정서보호원리를 제시하였다. 정서보호원리란 그 행위 자체로는 범죄화의 중요요건인 위해성 수준에는 미치지 못하지만 행위로 인하여 불쾌감이나 모욕감과 같은 부정적 심리상태를 겪게 하게 함으로써 정서적 침해를 야기시켰다면 일정한 조건을 충족시킬 경우에 범죄화될 수 있다는 입법원리이다.[87]

정서의 범위는 심리적 충격으로 인한 불면증・발진・현기증 등의 신체적 증상을 제외하고, 심리적 증상을 세 가지로 나누어 슬픔・무기력・회한과 같은 심정고통(heartache)과 불안감과 같은 단순한 감정상태도 제외하고 있다.[88] 정서보호원리에서 정서란 고통의 수준에 이르지 않은 다양한 정신상태를 의미하는 것으로 당혹감・수치심・죄책감・짜증・분노・공포 등이 이에 해당한다.[89]

정서를 침해하는 행위가 범죄로 평가되기 위해서는 몇 가지 기준(balancing test)을 거쳐야 한다. 첫 번째 기준은 행위자에 관한 것으로서, 행위자가 더 낮은 수준의 정서적 침해를 야기하거나 아예 정서적 침해를 예방할 수 있는 다른 방법을 찾을 수 있었는지에 대한 대체가능성(alternative opportunity)과 그 행위가 행위자의 이해관계에 밀접한 연관을 갖는지 유무를 심사하게 된다.[90] 두 번째 기준으로는 행위가 표현의 자유와 같은 공익적 보호 필요성으로, 이러한 행위는 정서보호원리에 의한 제재 대상에 해당하지 않는다.[91] 마지막으로 입법자 및 법원 관련 기

---

86) 오세혁, 법의 한계, 7면.

87) Feinberg, *Offense to Other,* 25면.

88) Feinberg, *Harm to Other,* 46-47면.

89) Feinberg, *Harm to Other,* 46면; 다만 파인버그는 불안감과 같은 단순한 감정상태와 정서보호원리의 정서의 구분이 어려워 함께 다루어질 수 있다고 보았다.

90) Feinberg, *Offense to Other*, 44면.

준으로서, 입법 혹은 재판을 할 경우 해당 행위로 인하여 어느 정도의 정서적 침해를 입었는지를 심사해야 하는데, 이 때 침해의 강도의 기준으로는 행위결과의 강도(intense)· 행위의 지속시간(duration)·목격범위(extent)를 제시하고 있다.[92]

또한 입법자와 법원은 행위의 상대방이 상황을 회피할 가능성(reasonable avoidability)을 기준으로 그 가능성이 낮을수록 침해의 정도가 큰 것으로 평가해야 한다.[93] 행위가 정서보호원리에 의하여 범죄로 평가받기 위해서는 상기 기준들을 통하여 심각한 침해임을 인정받아야 한다.

(2) 법후견주의(Legal Paternalism)

법후견주의는 개인이 스스로 발생시키는 위험으로부터 개인을 보호할 목적으로 개인의 의사와 상관없이, 혹은 개인의 의사에 어긋나더라도 당해 개인에게 이익이 되는 방향으로 유도·제한·강제하는 국가의 행위이다.[94] 형법의 기본관인 자유주의에 입각하면, 개인은 스스로를 통제할 권한을 가지고 자신의 행동을 평가하고 결정할 권리를 가진 존재이므로 타인에게 위해를 가하지 않는다면 개인의 의사에 반하여 국가가 개입할 여지가 없다.[95] 하지만 파인버그는 행위자를 신체적·경제적·정신적 위해로부터 보호하기 위해 형법적 개입이 가능하다고 보면서,[96] 약한 후견주의(soft paternalism)와 강한 후견주의(hard paternalism)로 나누고 있다. 파인버그는 약한 후견주의는 개인의 자발적 선택에 의한 행위가 아닌 경우이거나 자발성 여부가 확인되지 않아 잠정적 개입이 필요한 경우로서 이러한 경우에는 국가가 개입하더라도 자유주의에 배치되지 않는다고 설명한다.[97] 반면 강한 후견주의는 개인이 자발적으로 행위한 경우에 법적 개입이 이루어지는 것으로서 파인버그

---

91) Feinberg, *Offense to Other*, 44면.

92) Feinberg, *Offense to Other*, 35면.

93) Feinberg, *Offense to Other*, 35면.

94) Feinberg, “Legal Paternalism,” 112-113면.

95) Kleinig, *Paternalism*, 68면.

96) Feinberg, *Harm to Self,* 4면.

97) Feinberg, *Legal Paternalism*, 118면; 파인버그는 약한 후견주의는 진정한 의미의 후견주의로 보기 어렵다고 주장한다. 이에 대하여 Feinberg, *Harm to Self*, 12면.

는 이러한 강한 후견주의도 정당화될 수 있다는 것이다.[98]

파인버그는 강한 후견주의의 정당화 요건으로서 자발성의 불완전 가능성을 들면서 위해성 원리와 연결하고 있다. 행위의 결과가 심각한 위해성을 발생시킬 경우에는 자발성의 정도도 높아지고, 결과의 위해성이 미약하다면 낮은 수준의 자발성만 있어도 개인의 자율적 선택으로 인정받을 수 있다는 것이다.[99] 강한 후견주의적 개입이 가능한 근거로서 파인버그는 제3자에 대한 잠재적 위해 가능성을 들고 있다. 파인버그는 "위수(衛戍)를 위한 최소기준(garrison thresholds)"이라는 개념을 도입하여,[100] 소수가 자발적으로 죽음을 선택한다면 개인의 자율의 문제이지만 그 수가 증가하면 사회방위에 위협이 될 수 있다고 보고,[101] 자발적 행위이고 행위의 직접적 결과가 본인에게만 미치는 것처럼 보일지라도 결국 사회방위의 기초를 흔드는 결과를 야기할 가능성을 내포하고 있으므로 형법적 개입이 정당화될 수 있다고 보았다.

이상의 법후견주의는 형법을 제외한 법적 개입의 정당화 원리는 될 수 있지만,[102] 독자적인 형사입법원리로 보기에는 무리가 있다. 우선 제3자의 잠재적 위해 우려를 위해 도입한 "위수를 위한 최소기준"은 사회적 위협이 될 정도의 양적 증가를 상정하고 있고, 자발성의 요구 정도도 위해적 결과의 정도를 기준으로 하고 있어 결국 위해성원칙으로 문제를 해결하고 있기 때문이다. 다만 범죄의 "타인성" 문제를 해결했다는 측면에서는 의의를 가진다.

(3) 법도덕주의(Legal Moralism)

법도덕주의란 어떤 행위가 위해나 정서침해의 결과를 야기하지 않더라도 다른

98) Feinberg, *Legal Paternalism*, 110면.

99) Feinberg, *Harm to Self*, 118-120면.

100) 인디언들의 공격으로 정착민들이 정착지를 지키기 위하여 전투를 하고 있는 상황을 설정하고 있다.

101) Feinberg, *Harm to Self*, 21-23면.

102) 예를 들어 자발적 의사에 기초한 안락사의 경우 환자 본인의 동의여부를 확인하는 법적 절차를 강화하는 방식의 비형법적 개입을 의미한다.

종류의 폐해(evil)을 발생시킨다면 국가가 형법적 수단을 가지고 개입하는 것이 정당화될 수 있다는 것이다.[103] 법후견주의와 함께 자유주의 법질서에 반한다는 비판을 집중적으로 받고 있지만,[104] 법후견주의는 행위로 인하여 발생할 결과에 대한 판단 및 행위 여부에 대한 선택이 행위자에게 주어지지만 법도덕주의의 경우에는 개인의 판단과는 상관없이 사회 혹은 법적 평가 기준에 따라 도덕-비도덕이 구분된다는 점에서 차이를 갖는다. 여기서 도덕과 폐해 그리고 위해성의 의미에 대해서는 다양한 의견이 제시되고 있고 실제로 많은 학자들이 서로 다른 정의를 내리고 있다.[105] 이 중에서도 데블린과 하트의 논쟁에서 법도덕주의의 중요한 논점들을 발

---

103) Feinberg, *Harmless Wrongdoing,* 3면.

104) Feinberg, *Harmless Wrongdoing*, 4면.

105) 이에 대한 견해들을 소개하는, Feinberg, *Harmless Wrongdoing*, 10-14면; 파인버그는 도덕에 대한 정의를 내리는 대신 '위해성 없는 도덕 위반(harmless immorality)'의 유형을 크게 3가지로 분류하였다. 첫 번째는 선의의 거짓말과 같이 상대방의 이해추구를 저지하거나 행복도를 감소시키는 위해를 발생시키지 않아도 상대방에게 부당한 피해를 끼치는 행위로서 파인버그는 '무해한 부당행위(harmless grievances)'라고 명명하였다. 예를 들어 국가가 개인의 이익을 증진시키기 위해 그의 자발적 결정을 무시하고 개입하는 행위는 개인의 자주권과 자발성을 저해하는 것으로 부당하게 평가된다. 두 번째는 '(타인의) 복리와 관련된 부당성 없는 폐해(welfare connected non-grievance evils)'로 두 가지 유형으로 나뉜다. 하나는 전체 공통체의 위해성은 증가하지만 그 행위가 없었더라도 삶이 개선될 개인은 존재하지 않는 경우이다. 파인버그는 데릭 파핏의 예시- 치명적인 장애를 갖고 태어날 것을 알면서도 다른 건강한 아이를 임신하도록 기다리지 않고 오히려 살아있지 않는 편이 나을 정도의 장애를 가진 아이를 임신하는 행위-를 제시하였다. 파인버그는 원칙적으로 '위해성 없는 도덕 위반'에 대한 범죄화에 찬성하지 않지만 이 예시에 대해서만큼은 예외적인 범죄화가 필요하다고 역설했다. 다른 복리와 관련된 부당성 없는 폐해의 유형은 상대방에게 해악을 끼치기는 하지만 동의가 있는 경우로 마약을 사고자하는 구매자에게 마약을 판매하는 경우가 이에 해당한다. 이 유형은 동의에 의하여 개인적 의미의 부당성은 배제되지만 해악은 발생하며 그 행위는 폐해로 평가된다. 세 번째는 '(타인의) 복리와 관련없는 부당성 없는 폐해' 또는 '막연한 폐해(free-floating evil)'로 우선 전자의 예로 파인버그는 폐해를 발생시킬 의도가 있으나 실행의 기회가 주어지지 않아 발생시키지 못한 경우, 잘못된 믿음이 있는 경우, 이유 없이 동물을 죽여 종을 말살시키는 경우 등을 예로 들고 있다. 후자의 경우로는 불공정한 이용행위(exploitation)를 들면서 불공정한 이용행위는 본래 강제적이고 기만적인 성격을 가지고 있어 피이용자에 부당한 위해를 가할 위험성을 내포하고 있으나 이러한 특성들이 나타나지 않는 경우가 존재하며, 이러한 경우에 도덕적 비난의 대상은 이용자가 이득을 취하는 방식이나 상황이라는 것이다. 앞에서 언급한 마약상의 경우가 이에 속한다. 파인버그는 위해성 없는 도덕 위반 행위를 범죄화하는 것에 원칙적으로 반대하며 다만 각 유형에서 위해성의 정도가 극심한 경우 예외적으로 범죄화할 수 있다고 보았다. 이에 대하여 Feinberg, *Harmless Wrongdoing*, 17-33면, 176-210면.

견할 수 있다.[106]

데블린은 인간은 사회를 벗어나서는 유의미한 삶을 살 수 없고, 사회는 사회구성원들이 공유한 가치가 무너지면 존속할 수 없으므로, 국가는 설사 해당 행위가 위해를 발생시키지 않더라도 사회구성원들이 공유한 가치를 지키기 위하여 범죄화하여 규제할 수 있다고 보았다. 따라서 구성원들의 자유가 희생되더라도 국가가 공동체가 공유하고 있는 도덕적 가치를 수호하기 위하여 형법과 같은 공권력을 동원하는 것이 정당화될 수 있다.

> 만약 구성원들이 선악에 대한 근본적 합의에 이르지 못한다면 사회는 형성될 수도 존속할 수도 없다. 사회는 사회구성원이 공유하는 합의를 기초로 성립하기 때문에 그 합의가 사라지면 사회는 붕괴하고 만다. 사회는 물리적으로 결합된 것이 아니라 정신적 가치의 공유를 통하여 결속하기 때문이다. 그 결속이 약해지면 사회구성원들의 이탈이 발생할 것이다. 공유된 도덕적 가치는 이러한 결속의 요건 중 하나이다. 결속의 정도가 사회의 품격을 결정하고, 사회를 벗어나서는 생존할 수 없는 인류로서는 그 대가를 치룰 수밖에 없다.[107]

하트는 데블린의 견해가 사회의 생존을 위해 보호되어야 할 구성원이 공유한 도덕적 가치의 범위를 지나치게 확장하고 있다고 비판하였다.[108] 사회를 유지하기 위해 공권력을 동원할 수 있는 사회규범은 생명・안전・재산과 같은 (물리적 의미의) 사회의 생존과 밀접하게 관련된 영역에 국한되며 그 외의 도덕적 판단의 영역은 개인에게 맡겨져 있다고 보고, 사회는 그 외의 생활양식과 관련된 영역에서 다양한 층위를 나타내는 도덕적 복잡성 속에서도 충분히 유지될 수 있다고 주장하였다.[109]

---

106) 법도덕주의에 대한 논의를 제기한 대표적인 학자로는 스테판, 드워킨 등이 있으나 이 글에서는 논지 전개상 데블린과 하트의 법도덕주의에 대한 논쟁만을 소개하도록 한다. 법도덕주의에 대한 학자들의 견해를 정리한 Feinberg, *Harmless Wrongdoing*, 133-159면.

107) Devlin, *The Enforcement of Morals*, 10면.

108) 법이 공유된 도덕적 가치를 강제할 수 있는 영역은 모든 구성원들이 공유할 수 있는 최소한(moral minimum)으로 제한되어야 하고, 서로 다른 생활양식(Way of Life)을 보이는 분야에 대해서는 법이 스스로 공유된 가치라고 판단한 기준을 강제할 수 없다는 하트의 견해로 Hart, Herbert, “Social Solidarity and the Enforcement of Morality,” 10면.

109) 하트는 공동체의 도덕적 가치의 수호를 위하여 동성애를 금지하는 입법이 가능하다는 데블

데블린으로 대표되는 전통적 법도덕주의는 사회가 공유하고 있는 가치에 대한 국가의 적극적 보호가 정당화될 수 있다고 보고 있지만, 하트가 지적했듯이 도덕은 원칙적으로 국가가 아닌 개인의 가치판단의 영역이고 국가가 개입할 수 있는 영역은 최소한으로 국한해야 국가의 전단적 공권력 투입을 방지할 수 있다고 본다. 다만 법도덕주의는 공동체의 가치가 집적되어 사회의 핵심적 존립이유가 된다면 법적 보호대상이 될 수 있다는 점을 이론화했다는 점에서 감성적 영역에 대한 형법적 보호의 현상을 설명한 정서보호원리와 마찬가지로 범죄화 대상을 범주화하여 형사입법의 범위를 구체적으로 제시한 점에서 의의를 가진다.

(4) 평가

파인버그의 형사입법원리의 가장 큰 성과는 도덕·윤리의 문제와 감정가치의 문제를 분리해냈다는 점에 있다. 윤리나 도덕의 경우 그 자체의 내재적 가치로부터 의무를 도출해 내어 형법상 의무로 인정할 수 있다는 전개가 가능하지만, 감정가치의 경우 쾌불쾌에 기반한 정서적 반응이기 때문에 의무의 도출이 용이하지 않다. 전통적 법익론의 경우 감정가치와 사회윤리를 굳이 구분하지 않고, 모욕죄 및 국가모욕죄 등과 같이 법익에 포함시키기도 하는 등 감정가치의 독자성에 주목하지 않았다. 하지만 파인버그는 통일적 이론체계의 하향식 적용이 아닌, 실제 입법의 경향을 경험적으로 고찰하여 정서적 입법이 이루어지는 장면을 포착하였다. 이러한 경험론적 고찰의 성과로서 법도덕주의와 정서보호원리의 준별이 가능할 수 있었다. 다만 정서보호원리는 개념의 유동성과 구성원 개개인이 느끼는 정도가 상이하여 법적 안정성을 해칠 우려가 있다는 점에서 독자적 형사입법원리로서 기능하기 어렵다. 이러한 문제점을 포착하여 정서보호원리를 위해성원리와 연관지어 사고하는 히르쉬의 견해를 중심으로 감정가치에 대한 형법적 보호의 근거와 한계를 검토하

린의 주장에 대하여 구성원 다수의 성적 도덕 기준을 이탈했다고 하여 처벌하는 것은 이것을 반역죄나 마찬가지로 취급하는 상당성 없는 행위라고 비판하였다. 이에 대하여 Hart, *Law, Liberty and Morality*, 1963, 50면; 데블린과 하트의 의견대립은 도덕의 범위뿐만 아니라 상대방의 동의에 기반한 위해를 발생시키는 행위의 가벌성, 가벌성 결정의 기준 등 다양한 영역에서 나타나고 있지만, 논문의 전개상 공동체(네이션)의 공유 가치와 그 보호를 목적으로 하는 형법적 강제와 관련된 도덕의 범위에 대한 논쟁만을 소개하도록 한다.

도록 한다.

다. 위해성원리(Harm Principle)에 의한 제한

> 이 에세이의 목적은 사회가 강제와 통제라는 방법으로 개인을 대하는 태도를 절대적으로 규제하는 지극히 단순한 원리를 주장하는 데 있다. 그 사용수단이 법적 형벌이라는 형태의 물질적 힘이거나 여론이라는 도덕적 강제여도 무방하다. 그 원리란 인류가 개인적으로나 집단적으로 어떤 사람의 자유에 간섭하는 것을 보장받는 유일한 근거는 자기보호(self-protection)라는 것이다. 문명사회의 어느 구성원에 대해, 그의 의사에 반해 권력을 정당하게 행사할 수 있는 유일한 목적이란, 타인에 대한 침해(harm)를 방지하는 경우뿐이다. 그 자신의 행복이란 물질적인 것이든 정신적인 것이든, 정당화의 충분한 근거가 되지 못한다. 그렇게 하는 것이 자신에게 좋다던가, 그렇게 하는 것이 자신을 더 행복하게 할 것이라던가, 그렇게 하는 것이 남들 보기에 현명하다거나 심지어 옳다는 이유로, 어떤 사람에게 그렇게 하도록, 또는 그렇게 하지 말도록 강제한다는 것은 정당할 수 없다. 그러한 것들은 그에게 충고하고 이해시키며 설득하고 부탁하는 데는 충분한 이유가 되지만, 그를 강제하거나 그가 이와 다르게 행동하는 경우 처벌할 이유가 되지는 않는다.[110]

밀로부터 시작된 전통적인 자유주의적 형법관에 따르면 형사입법의 유일한 근거는 타인에게 발생한 위해에 있다.[111] 이후 파인버그는 위해성 개념을 중심으로 하여 법후견주의와 법도덕주의의 형사입법상 한계를 설정하는 한편, 도덕적·정서적 훼손이 형사제재의 대상이 되기 위한 조건들을 제시하였다. 하지만 파인버그는 물론 그 이후에도 유해성 개념이 명확하게 정립되지는 않았으며, 현재까지도 다양한 접근이 시도되고 있다.

(1) 위해(harm)의 의미

밀은 위해성을 형사입법의 유일한 정당화 근거로 내세우면서도 위해(harm)의 내용과 범위에 대해서는 언급한 바 없다.[112] 이에 따라 위해의 개념은 법적 용어인

---

110) 밀, 자유론, 44-45면.

111) Ashworth & Horder, *Principles of Criminal Law*, 28면; 이러한 통설적 주장에 반대하여 밀의 자유론상 약한 후견주의와 불쾌·모욕의 원리(정서보호의원리)를 발견할 수 있다는 주장으로 오병선, "밀의 자유론과 해악의 원리," 54-56면.

동시에 도덕적·일상적 언어로도 사용되면서 많은 혼선을 빚었다. 파인버그는 밀에서부터 시작된 위해의 의미를 규범적으로 파악하기 위해 일상적 의미의 위해 개념을 위해의 원리에서 분리하였다. 파인버그는 우선 언어적·수사적(rhetoric) 접근을 통하여 '훼손(broken),' '손상(damaged),'과 "위해(harm)"를 구분하였다.[113] 훼손과 손상은 일상적 용어로 행위의 대상에 대하여 이익(interest)을 갖지 않더라도 발생할 수 있고,[114] 훼손 혹은 손상된 부위에 대한 이해관계를 가진 사람이 없다면 비록 훼손 및 손상의 결과가 발생하더라도 위해는 존재하지 않는다는 것이다.[115] 또한 파인버그는 위해는 행위의 대상이 아니라 그 대상에 대하여 이익을 갖고 있는 자에 대하여 발생하는 데 반하여, 훼손 및 손상은 그 대상에 대하여 발생하는 사실적 결과이고, 행위의 대상과 이익의 주체가 항상 일치하지는 않는다고 설명한다.[116]

파인버그는 위해성 원리에서 위해의 의미를 두 가지로 구분하고 있다; "타인의 이익(interest)을 저해(set back)하거나 방해(thwart)하는 것"이라는 보다 사실적인 의미의 위해와 "타인의 권리(right) 침해"를 의미하는 부당(wrong)을 뜻하는 보다 규범적인 의미의 위해로 나누고 있다.[117] 하지만 부당하지 않은 위해와 위해성 없는 부당함을 발견할 수 있는 경우가 매우 드물다는 점에서 위해성 원리에

---

112) 밀이 적극적 정의는 하지 않았지만 위해의 단편적 모습의 단서들을 여러 각도에서 조명할 수 있다는 주장이 있으나 이는 자유 행사의 조건 또는 국가 강제력 투입의 조건과 과제 등 해악의 전제나 결과의 범위 조정에 관한 문제로 보인다. 밀의 자유론에서 해악의 단편적 의미들을 발견할 수 있다는 주장으로 Elshtain, "Responses to Clark and Corcoran," 642면.

113) Feinberg, *Harm to Others*, 32-33면.

114) 파인버그는 유리창에 돌을 던져 깨뜨린 경우를 예로 들면서 훼손·손상의 결과는 유리창에 대하여 발생하였지만, (이익에 대한) 위해는 건물 소유주에게 발생하였다고 설명하고 있다. Feinberg, *Harm to Others*, 32면.

115) Feinberg, *Harm to Others*, 33면.

116) Feinberg, *Harm to Others*, 32면.

117) Feinberg, *Harm to Others*, 33-35면; Feinberg는 wrong의 의미를 법전반을 아우르는 부당이라고 판단하는 것으로 보인다. 민법 및 도덕적 부당성까지 아우르는 wrong의 개념에 대하여 Feinberg, *Harm to Others*, 105-106면; 하지만 대체로 영미 형법에서 wrong(혹은 wrongfulness)이란 대륙법상 위법성(Rechtswidrigkeit)와 유사하며, 행위와 형법 간의 관계를 조명하는 의미를 갖기 때문에 위해성 판단 다음 단계에서 이루어진다고 볼 수 있을 것이다. 이에 대해서는 Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, 77-81면.

서의 위해는 이 두 가지 의미를 겸유하는 것이라고 볼 수 있다.[118] 파인버그는 위해의 개념 요소인 이익은 "대상물의 온전한 상태(well-being)에 설정된 應分(stake)" 이며, 여기서 응분(stake)이란 "당해 사건으로 인하여 그 존재나 안전, 소유권 등이 좌우되는 것으로 당사자가 짊어질 (부정적·긍정적 의미를 겸유한) 위험(risk)의 총량" 이라고 정의하였다.[119] 개인의 이익은 자신이 가지고 있는 각 부분의 응분의 합이며, 각 개인의 이익은 사회 구성원 모두의 총합적 이익의 한 부분이다.[120] 따라서 이익의 개념은 가산적(plural)이고 그 결과로 위해도 가산적 개념으로 취급할 수 있다. 파인버그는 위해의 범위를 개인적 단계에 국한하지 않고 공공이익(public interest)에 대한 ,[121] 누적적 위해(accumulative harms),[122] 모방적 위해(imitative harms)까지로 넓히고 있다.[123]

---

118) Feinberg, *Harm to Others*, 36면.

119) Feinberg, *Harm to Others*, 33면; von Hirsch는 이익의 의미를 "합법적으로 청구할 수 있는 권능(reseouces)"이며 그 권능이란 "당사자가 상당기간 향유하는 수단(means)이자 능력(capability)"이라고 정의하고 있다. 이러한 시도는 이익 개념의 모호함을 보충하고 객관화할 수 있다는 점에서 의의를 가지나, 민사적 혹은 공법상 권리와의 구별이 어렵고(이에 따르면 결국 민사적 권리 침해의 정도가 심각할 경우 형사처벌의 대상이 된다는 결론에 다다라 형법상 이익의 독자적 판단이 어려워진다), 위해는 일종의 행위의 결과로서 규범적 판단의 전제가 되는 사실적 성격을 가지고 있음에도 불구하고 사실적 판단이어야 할 위해의 발생여부 및 범위 설정 문제의 전제로서 규범적 가치평가 개념을 사용한다는 점에서 모순이다. 또한 권능(resource)의 범위를 잠정적이고 추상적인 수준까지 확장하여 새길 수도 있겠지만 이는 다시 모호한 이익의 개념으로 되돌아가므로 새로운 개념 설정의 실익이 없다고 할 수 있다. 규범적 개념을 위해의 개념에 포함시킴으로써 발생하는 모순은 위에서 소개한 파인버그의 규범적 해악 개념에서도 나타나며, 해악의 객관적이고 결과주의적인 성격에 충실하기 위해서는 부당(wrong) 개념을 포함시키지 않은 "타인의 이익(interest)을 저해(set back)하거나 방해(thwart)하는 것"이라는 정의를 채택하는 것이 논리적이라고 판단된다. 규범적 요소와 사실적 요소가 공존하는 구체적 사건에서, 책임이나 불법성과 같은 해석을 요하는 개념들을 제거하고 순수하게 결과발생을 판단하는 과정이 필요하다는 점에서 법률조항이 그러한 역할을 수행해야 한다고 보기 때문이다. 권능(resource)을 개념요소로 하여 이익개념을 설명하는 Simester & von Hirsch, *Harm and culpability*, 2면; 하지만 이익을 권능으로 파악하던 Hirsch의 입장은 이후 수정된 것으로 보인다. 2000년대 이후 그의 저작들에서는 권능 개념 대신 파인버그의 사실적 해악 판단 개념을 적용하고 있다. 파인버그의 개념을 적용한 Hirsch의 저작으로, Simester & von Hirsch, "Rethinking the Offense Principle," 280-281면.

120) Feinberg, *Harm to Others*, 34면.

121) Feinberg, *Harm to Others*, 221-225면.

122) Feinberg, *Harm to Others*, 225-227면.

123) 파인버그는 폭력적 영화를 제작하고 상영하는 것은 그 자체로는 위해를 가한다고 할 수 없

(2) 위해성 원리의 내용

파인버그는 위해성 원리를 "① 행위자가 아닌 타인에 대해 ② 위해가 발생하는 것을 방지·제거·감소시키는 데 있어서 효율적이고 ③ 다른 가치의 침해를 증가시키지 않으면서 동일한 효율성을 가지는 대체 수단이 존재하지 않는다면 ⑤ 형사입법(국가의 개입)이 정당화될 수 있다"라고 정의하였다.[124] 위해성 원리를 적용하기 위해서는 행위에 의한 위해가 타인에 대하여 발생해야 한다.[125] 물론 파인버그는 자기 자신에 대하여 위해를 발생하는 경우에도 타인에게 해악이 발생한다고 평가될 수 있는 경우에는 형사처벌이 가능할 수 있다고 설명하지만, 이는 위해성 원리가 아니라 법후견주의에 기초하는 것이다. 행위의 상대방, 즉 위해의 주체에 국가나 사회가 포함될 수 있는지로 접근하는 견해도 있으나,[126] 이 경우 부분을 이루는 개인의 전체 국가 또는 사회에 대한 해악을 타인이라고 볼 수 있을 것인지의 문제와 개인적 이익과 국가 등 이익의 성질이 상이할 수 있다는 점을 고려할 때 문제가 있다고 생각된다. 파인버그도 위해 개념의 단계에서 위해의 인정범위를 중심으로 공공이익(public interest), 누적적 이익(accumulative interest) 등의 개념을 통하여 설명하고 있다.[127] 또한 이러한 위해의 발생을 인정하기 위해서는 해

으나 그를 모방하여 위해를 가하는 행위를 학습할 수 있다는 측면에서 일종의 간접적 위해로 분류하고 이에 대한 정책적 제재는 이익형량에 따라 이루어져야 한다고 보고 있다. 이에 대한 설명으로 Feinberg, *Harm to Others*, 232-243면.

124) Feinberg, *Harm to Others*, 26면.

125) 위해성 원리 단계에서는 아직 형법상 규범적 판단 이전의 문제이므로 타인을 피해자라고 좁게 해석할 수는 없다. 또한 피해자 개념은 미래적·잠정적인 형사정책상 피해자 개념, 형법 및 양형상 피해자 개념, 헌법상 형사피해자 개념 등 형사절차상에서 다양하게 나타나고 있어 위해성 원리에서의 타인은 보다 사실적 판단에 국한해야 할 것이다. 피해자의 다양한 규범적 의미에 대해서 김재희·박광민, "양형에 있어서 피해자의 역할," 309-310면; 파인버그 또한 타인을 피해자라고 규정할 경우 피해자에 대한 정의 방법에 따라서 동의에 의한 (타인의) 행위 혹은 자기 자신에 대한 행위의 피해자가 될 수 있는지 여부가 달라진다고 보고 둘을 구분하고 있다. 이에 대하여 Feinberg, *Harm to Others*, 117-118면.

126) Peršak, Nina, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its limits and Continental Counterparts*, 49-56면.

127) 파인버그는 공공이익 등의 개념을 개인과 위해의 관련성을 중심으로 전개하고 있다. 즉, 구체적 개인에게는 위해가 발생하지 않지만 전체적으로는 위해가 발생한다거나, 잠정적 위해 발생의 위험이 있다거나, 개인에게는 미세한 위해이지만 사회적으로는 상당한 위해가 발생하는 등의 사례를 범죄화할 수 있는지를 논증하고 있다.

당 행위가 없었을 때보다 더 좋지 않은 상황, 즉 실질적 위해의 발생이 있어야 한다.[128]

파인버그는 위해성 원리에 기초한 형사입법이 이루어지기 위해서는 형법적 개입이 위해의 방지·제거·감소에 효율적일 것을 요건으로 삼고 있는데, 이는 형법의 실효성에 관한 것이다. 일반적으로 대륙법에서는 형법을 사안 통제의 가장 강력한 수단으로 간주하고 그 실효성에 대한 논의를 적극적으로 전개하기보다는 그 최후수단성에 초점을 맞추는 경향을 보여왔다.[129] 이에 비하여 위해성 원리는 형법적 개입의 제한원리(minimalist approach) 검토에 앞서서 위해의 결과를 현실적으로 제거하거나 감소시키는 효율성 검토를 중요시하였는데, 영미 형법에서 위해성 원리는 제한의 원리이기 이전에 범죄화의 이론이자 수범자들에 대한 행위지침으로 여겨졌기 때문이다.[130] 따라서 실제로 위해의 결과를 낳거나 위해 발생의 위험성을 높이는 행위에 대해서만 형사입법이 이루어질 수 있게 되어 위해성 원리는 형사입법의 근거이자 구체적 형사규정의 제한 원리로도 기능하게 된다.[131]

산업의 발달 및 사회의 복잡화에 따라 형법의 기능이 사회안전방위 및 예방에 초점을 맞춰지고 있는 상황에서 현실적인 '위해' 개념을 강조함으로써 형법의 무리한 영역 확장을 저지하는 기능도 기대할 수 있다.[132] 형법을 적용하는 법원이

---

128) Feinberg, *Harm to Others*, 34면, 118-125면.

129) 최후수단으로서의 형법을 강조하고 타법에 의한 개입이 충분한 실효성을 가지지 못할 때 개입하는 형법은 가장 유용하다거나 현실적으로 최후수단이 되지 않더라도 수단의 적정성만 갖추면 정당화될 수 있다고 보는 것이 일반적이다. 이에 대한 설명으로 김일수, 한국형법 I, 135면.

130) Simester & Smith, "Criminalization and the Role of Theory," 4면; 형사제재는 행위자의 기본권 침해를 심화시킨다는 점 외에 형법은 행위에 대하여 사회적 반가치 판단을 내림으로써 일종의 검열(censure)의 효과를 낳는다는 점에서 민사 및 행정적 제재와 차이가 있고, 위해를 발생시키지 않는 행정위반 행위에 대하여 형사제재를 하는 것은 (형법적 의미의 위해가 발생하지 않는다는 이유로) 남용(abuse)을 억제하기 위해서라는 견해로 von Hirsch, *Censure and Sanction*, 6-20면.

131) 입법의 원리는 제한의 원리로서의 의미를 겸유한다는 Husak, "Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Law," 14면.

132) 히르쉬는 전통적인 위해성 원리에 따라 위해의 개념을 간접적이고 파생적인, 조건설에 따른 결과까지 확장하게 되는 경우(remote harm) 해당 행위의 직접적 위해 정도에 부과될 수 있는(imputation) 책임의 양을 상회하게 되어 부당하다고 보고, 이러한 경우 법후견주의 등 다른 입법원칙의 보충이 필요하다고 주장한다. 그는 마약 판매의 예를 들면서 마약 판매 및

‘의심스러운 경우 피고인의 이익으로(*in dubio pro reo*)’ 법언에 따라 충분한 증거가 없이 피고인에게 유죄를 선고할 수 없는 것과 마찬가지로 입법자도 ‘의심스러운 경우 시민자유의 이익으로(*in dubio pro libertate*)’ 법언 아래 범죄화할 정도의 심각성이 인정되지 않는다면 그 입법이 정당화될 수 없다.[133]

이러한 위해성 원리는 형법절차에서도 나타날 수 있는데, 위해성 원리의 보완원리인 *de minimis non curat lex*(법은 경미한 일에 관여하지 않는다)에 따라 해당 행위가 다른 법에 의하여 효율적으로 해결될 수 없을 정도로 “상당한” 위해를 발생시킨 경우에만 기소가 가능하기 때문이다.[134] 위해성 원리는 입증책임의 배분에도 적용될 수 있는데 이러한 상당한 위해가 발생하였음을 입증할 책임은 기소를 주장하는 검찰 측에 있다.

마지막으로 입법 및 절차상의 원리로 기능하는 위해성 원리는 우리 형법상의 결과불법(Erfolgsunrecht)과는 구별되어야 한다. 우리 형법상 구성요건해당성과 위법성을 포함한 불법은 행위불법(행위반가치)과 결과불법(결과반가치)를 요소로 하고 있는데, 이는 실정법상 규정되어 있는 조문을 기초로 한 불법구성요건해당성 단계에서 검토된다는 점에서 무엇을 형법상 불법으로 평가할 것인지를 논의하는 위해성 원리와는 단계를 달리 한다고 본다. 위해를 결과불법과 동일하게 취급할 경우, 그 행위의 결과가 형법상 불법으로 판단되는 이유는 그 위해적 결과를 형법전에서

구매 행위가 구매자의 건강을 해치고 그의 노동생산성을 저하시켜 그가 속한 기업 및 사회에 위해를 끼치게 된다는 식의 추론은 기본권 침해의 소지가 커지므로 구매자의 건강에 국한하여 법후견주의를 엄격하게 제한하여 적용하는 편이 바람직하다고 본다. 이에 대하여 von Hirsch, “Extending the Harm Principle: ‘Remote’ Harms and fair Imputation,” 259-276면.

133) Hasser와 Hanack 등의 견해를 요약하여 소개하고 있는 Jareborg, “Criminalization as Last Resort(Ultima Ratio),” 531면.

134) Ashworth & Hoder, 전게서, 33-35면; 우리 형법은 기소편의주의를 취하고 있어 제247조는 형법 제51조의 양형조건들을 참조하여 기소유예할 수 있다고 정하고 형법 제51조는 범인의 연령· 성행·지능과 환경·피해자에 대한 관계·범행의 동기·수단과 결과·범행 후의 정황을 규정하였으나 경미한 범죄에 대한 기소여부에 대하여 구체적인 규정을 두지는 않았다. 이에 반하여 독일 형사소송법 제153조의a는 경미한 범죄의 경우에 법원과 피의자의 동의를 얻어 피의자에게 일정한 조건을 부과하여 피의자가 이러한 조건들을 이행함으로써 형사소추로 인하여 얻는 이익을 벌충할 수 있다면 기소유예 할 수 있도록 하여 이 원리를 입법화하였다; 이 원리는 형사절차뿐만 아니라 입법에 있어서도 일정한 정도 이상의 위해가 발생할 경우에만 형사입법이 가능하다는 원리로 작용한다. 이에 대하여 Feinberg, *Harm to Other*, 216면.

범죄의 구성요소로 정하였기 때문이라는 의미 없는 순환론적 오류에 빠져 결국 위해성 원리는 논의의 실익을 잃게 된다.[135] 따라서 위해성 원리는 초법률적 지위를 가지고, 보충성 원칙과 마찬가지로 헌법상 원리로서 자리한다.[136] 형법은 헌법의 적용태로서 위해성 원리, 보충성 원리 등 헌법상의 원리를 지도이념으로 하여 입법의 근거로 삼고 구체적인 사건에서 법률해석의 기준을 세우게 된다.[137]

라. 소극적 접근법에 의한 제한

이상의 형사입법의 원리들은 범죄가 발생할 수 있는 영역들을 발견하고 그 경계를 확정하며 범죄화될 수 있는 행위들의 내용을 형성하는 적극적 의미를 가진다.[138] 하지만 이렇게 범죄로 평가될 수 있는 행위가 모두 형벌규정에 포섭되는 것은 아니며, 형사입법의 독자적 원칙인 소극적 접근법(the minimalist approach), 즉 보충성의 원리(criminalization as a last resort),[139] 최후수단의 원리(the principle of not criminalizing where this would be counter productive),[140] 인권보호에 입각한 처벌받지 않을 권리(the right not to be punished)[141] 등에

---

135) Peršak, 전게서, 75면.

136) 보충성원칙을 헌법상 원칙이라고 판단한 독일연방헌법재판소 판례로 BVerfGE 19, 348.

137) 이용식, “형법에 있어서 인권보호- 형법의 체계론적 검토를 중심으로 -” 279-280면.

138) 정서보호원리는 가시적이고 물리적인 위해 외의 정신의 영역에 속하는 ‘정서’ 또한 범죄의 대상이 될 수 있다고 보았으며, 법도덕주의 이론들은 법이 강제할 수 있는 도덕의 범위를 확정하려고 노력해왔다.

139) 형법의 보충성과 최후수단성을 구별하여 보충성은 형법의 적극적 개입의 여지를 남겨두며, 그에 대한 제한원리로 최후수단성을 설명하는 윤영철, “형사입법론으로서 형법의 최후수단성 원칙에 대한 고찰,” 168-169면.

140) 영미에서 최후수단성은 다른 법적 혹은 자율적 수단과의 효율성 형량을 기초로 하는데, 형법이 투입됨으로써 또 다른 사회적 위해를 발생시키거나 예를 들어 민사적 방법보다 그 효율성이 떨어질 경우 형법의 투입이 제한되어야 한다는 의미이다. 이에 반하여 대륙법계에서는 형법적 수단의 효율성을 형사사법 전반이 아닌 절차적 측면에 국한시키는 경향을 보이고 있다. 독일 연방헌법재판소의 이러한 태도를 비판하는 하쎄머, 전게서, 313-314면.

141) 후삭은 형사처벌에 내재되어 있는 검열적 성격과 인권의 침해에 주목하여 국가의 처벌을 받지 않을 권리가 성립할 수 있으며, 이에 따라 인권의 침해가 큰 형법적 수단 외의 다른 법적 수단을 발견해 낼 책임 및 형법에 포섭될 경우 범죄를 입증할 책임은 국가에게 있게 된다고 주장한다. 이에 대하여 Husak, *Overcriminalization*, 95-101면.

의하여 수범자의 자발성과 복지를 증진시키는 방향으로 형사입법 여부가 결정된다.[142]

2. 감정가치의 재조명

법익이론은 사회계약론에 기초하여 권리의 침해를 형법상 보호영역으로 포섭하는 경향성에 반대하면서 등장하였고,[143] 법체계 초월적 위치에 법익을 위치시켜 행위를 중심으로 그 개념을 순수규범화하였다.[144] 반면에 위해성 원리는 금지되는 행위가 발생시키는 결과를 중심으로 하는 결과주의적 사고의 바탕 위에서 탄생하였다.[145] 이러한 발전배경의 차이에도 불구하고 범죄화이론으로서 두 이론은 정당화될 수 있는 형사입법의 범위를 설정한다는 점에서 사실상 유사한 기능을 수행하고 있다.[146] 입법의 원리이자 해석의 원리로 작용하며, 보충성 원칙 및 최후수단성 등의 제한적 원리와 함께 작용한다.[147] 이러한 유사점에도 불구하고 두 이론은 결과의 고려단계 및 개방성에서 차이를 보인다. 위해성 원리가 우리 형법에 주는 시사점은 대략 2가지로 정리할 수 있다. 첫째, 위해성 원리는 그 자체로는 현대사회에서 제기되고 있는 범죄들을 포괄하기에 부족함이 있지만, 정서보호원리의 보완을 통하여 새로운 영역의 범죄의 포섭이 가능해진다. 특히 정서보호원리는 문화영역이나 동물보호 등 기존의 우리형법상 법익이론으로 설명하기 어려웠던 감정가치가 중요시되는 영역에 대한 형법적 개입의 당부를 판단할 수 있는 독자적인 자료를

---

142) Ashworth & Horder, *Principles of Criminal Law*, 31-35면.

143) 이러한 사례는 현재도 나타나고 있는데, 특히 부동산 이중매매와 같은 계약위반을 배임죄로 포섭하는 대법원의 판결이 대표적이다. 법익론의 역사적 발전 방향이 민법 등의 권리보호에서 규범적 개념으로 발전해왔다고 하여 형법이 민사상 권리보호에 개입하지 말아야 한다는 논리가 필연적으로 전개되는 것은 아니다. 이러한 설명으로 강수진, "부동산 이중매매를 배임죄로 처벌하는 것은 타당한가?: 배임죄 불성립론에 대한 검토를 중심으로," 370-371면.

144) Hefendehl, 전게서, 15-18면.

145) Amos, Kai, "The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the *Rechtsgut* and the Harm Principles," 314면.

146) Hassemer, Winfried, "The Harm Principle and the Protection of 'Legal Goods'(Rechtsgüterschutz): a German Perspective," 190면.

147) Peršak, 전게서, 72면.

제시할 수 있다.[148] 둘째, 위해성 원리의 위해 개념은 기본적으로 총합적·가산적 개념으로 법익 주체의 양적·질적 분류를 가능하게 한다.

가. 정서보호원리의 독자성

환경이나 동물, 문화유산보호 등 형법에서 새로이 제기되는 문제들은 그 자체로는 법익의 개념으로 포섭하기에 한계가 있고, 인간과의 관련성을 중심으로 놓고 보면 인간의 "감정", 즉 인간의 감정가치를 보호하는 결론에 도달하게 되는 경우가 빈번히 발생한다.[149] 우리 형법은 명예훼손죄를 두고 있지만 주관적 명예감정이 아니라 사실에 기반한 사회적 평가를 그 보호대상으로 한다고 하여 정서를 직접적으로 보호법익으로 삼는 입장을 피해왔다.[150] 하지만 형법 제105조 이하의 국기에 관한 죄나 제311조 모욕죄는 각각 국가와 개인의 주관적 명예감정을 보호법익으로 하고 있다. 간접적으로는 특별법 자체가 감정보호를 위해 입법되는 경우도 있다. 문화재보호법이나 동물보호법의 경우 국가의 기능이나 사회적 기능에 유해하다는 이유로 입법이 되었다기보다는,[151] 그 보호가 이루어지지 않을 경우 사회구성원들이 입게 되는 정서적 피해와 공동체 구성원으로서의 자긍심 손상 등에 초점을 맞추고 있다. 하지만 법익이론은 개인적 법익에서나 보편적 법익에서 정신적·물질적 영역을 특별히 구분하지 않고 있어 이들에 대한 형법적 개입의 차이를 판단하기 어렵다.[152] 반면 파인버그는 영미법상 형법조항들을 경험적 방법으로 분석하여 물질적 위해 개념과는 다른 정서를 보호하는 형사입법을 발견하고 정서보호원리를 형사입법원리로 소개하고 있다. 법익이론의 현실화와 세분화를 위하여 이러한 정서

148) 감정가치의 형법적 보호를 사회윤리적 행위가치보호로 간주하는 경우, 형법 적용 영역의 무한확장 및 결과 없는 범죄의 발생을 제재할 수단을 잃게 된다는 점에서 적절하지 않다. 오히려 감정가치를 법익으로 포섭함으로써 법익의 개념은 '비물질화'되어 확장되겠지만 이를 자체적으로 제한할 수 있는 틀을 가진 것 또한 법익개념이므로 확장과 제한의 순환을 통하여 자체적 선별과 정화작업을 기대할 수 있다.

149) Hirsch, 전게논문, 194면.

150) 강구진, 형법강의 각론I, 210면.

151) 이들로 인하여 발생할 수 있는 관광수입 확보 등 경제적 이익은 형법 혹은 법이 규율할 수 없는 반사적 이익에 불과하다고 할 것이다.

152) Hefendehl, 전게서, 28-30면.

보호원리와 위해성 원리의 관계를 살펴볼 필요성이 있다.

파인버그에 따르면 정서적 침해는 그 자체로 발생한다. 그리고 그 상황이 얼마나 공개적으로 이루어졌는지 혹은 상황을 모면할 가능성이 있었는지 여부에 따라 위해로 평가되어 범죄화가 결정된다고 보았다.[153] 공개성 및 상황 모면의 가능성은 필수적 요건은 아니며, 비록 관중이 없는 사적인 자리에서 이루어진 대화라고 할지라도 그 내용을 듣고 많은 사람들이 정서적 불편을 느꼈다면 그 자체로 정서보호원리가 적용될 수 있다고 보았다.[154] 이러한 파인버그 견해의 문제점을 발견하기 위해서는 위해와 정서침해의 차이를 살펴보고, 위해성 원리가 정서보호원리를 포섭할 수 있는지 검토할 필요가 있다. 이에 대하여 영국의 형법학자 히르쉬가 위해성 원리와 정서보호원리의 관계를 중심으로 새로운 시각을 제시한 바 있다.

나. 감정가치의 주체

감정가치를 문화유산 영역을 중심으로 고찰해 보면, 문화유산의 상위 범주라고 할 수 있는 문화의 경우에는 예술의 영역에서는 개인 내면 혹은 작가와 감상자의 상호관계 속에 존재한다. 감상자가 작은 집단을 이루고 개인적 감정가치를 공감하는 자리를 마련해 두는 예외적인 경우라면 감정가치 침해의 결과가 누적적이라거나 가분적으로 귀속될 수도 있을 것이다. 하지만 문화유산의 경우에는 감정가치가 개인적 영역에 머무르거나 감정가치에 대한 침해가 누적적·가분적으로 귀속되지도 않는다. 그 문화를 공유하고 있는 공동체 전체의 감정가치를 대상으로 하고 있기 때문이다. 따라서 형법상 법익이론이 간과하고 있었던 법익주체의 다양성을 인정하고 현재의 “개인” 개념을 해체하여 재정립한다면 여전히 유의미한 입법 및 제한의 원리로서 기능할 수 있을 것이다.

집단적 주체를 보호하기 위하여 공권력이 행사될 경우, 특히 형법적 개입의 경우 집단이 아닌 개인에게 헌법상 보장되는 기본권의 침해가 심각할 수 있으며, 또한 헌법 원리와의 문제도 두드러지게 된다. 따라서 집단적 주체에 대한 보호는 일

153) Feinberg, *Offense to Other*, 35면.
154) Feinberg, *Offense to Other*, 64-67면.

정한 요건을 갖추어 엄격한 검토 과정을 통하여 인정될 수 있을 것이다.

환경범죄의 경우 그 피해는 누적적이고 가분적일 수 있지만, 문화재는 남대문 전소의 경우와 같이 모두가 공유하는 정도가 강한 경우에는 하나의 사건이 사회 구성원 모두의 문제로 취급되고, 공개되지 않은 가보와 같이 문화유산으로서의 가치가 높더라도 충분하게 공유되지 않은 경우에는 상당수가 파괴하더라도 사회적 문제로 가시화되지 않는다. 이때에는 잠정적·가정적 피해만 있을 뿐이다. 즉, 문화유산의 영역에서는 공론화 여부에 따라 감정가치의 침해가 존재하는 동시에 존재하지 않는 모순적 상황이 발생한다.

따라서 집단적이란 의미는 적어도 특정 보호대상과 관련해서는 전체가 다 침해되거나 침해되지 않는 특성을 갖는다고 할 수 있다. 예를 들어 일반동산문화재가 공공에게 알려지지 않은 상태에서 다른 사람에 의하여 훼손된 경우, 소유자에게는 재산권의 침해이지만 공론화되지 이상 이에 대한 공유된 가치 존재하지 않는다. 다만 그 대상 안에는 공론화의 순간 모두의 감정가치 침해가 발생할 수 있는 맹아가 존재한다. 결론적으로 집단적 감정가치의 형법적 보호를 인정하더라도 명목상 법익, 상징 법익이 생겨날 가능성은 높아진다. 이러한 위험에도 불구하고 현실적으로 집단의 감정가치는 공공의 이익이라는 이름으로 법적 보호를 받고 있고, 이에 대한 형법적 개입의 강도 또한 상당하다. 따라서 집단적 주체의 감정가치의 형법적 보호 가능성은 열어두되, 집단적 보호의 특성을 파악하여 이에 맞는 제한원리를 개발하는 방법이 적절할 것이다.

다. 정서보호원리와 위해성원리의 관계

히르쉬에 의하면 위해성은 타인의 행동이나 사회적 관계 또는 그 스스로가 선택한 어떤 목적을 달성할 수 있는 기회를 저해하는 것으로 그 개념 자체가 과거지향적이라기보다는 장래의 결과를 고려하는 특징을 갖고 있다. 이에 반해 정서침해는 타인의 기회를 저해하거나 그 스스로 정한 목표 달성을 방해하는 것이 아니라 위해의 발생 없이 정신적 괴로움을 주는 것으로 미래보다는 과거의 경험에 의존하는 개념이다.[155] 또한 위해는 피해자가 인지하지 않아도 인정될 수 있는 데 반해

정서침해는 피해자의 인식이 없이는 성립할 수 없다.[156] 즉, 위해는 직접적으로 발생한 것이 아니라 간접적이고 시간차를 두고 서서히 결과가 발생해도 인정되지만,[157] 정서침해의 경우에는 반드시 직접적으로 즉각 이루어질 것을 요건으로 한다. 이를 바탕으로 히르쉬는 정서보호원리를 위해성 원리로 포섭할 수 있는지 단순한 모욕과 인종차별적 모욕을 비교하면서 검토하고 있다.

정서침해가 위해로 판단되는 경우는 첫째, 정서침해가 고혈압 증세나 신경쇠약 등 상해로 평가될 수 있는 결과를 발생시켰을 경우이다.[158] 둘째, 첫 번째 경우보다 침해되는 온전성의 범위를 확장하여 사회적 혹은 일상적 삶의 질을 저하시키는 경우로, 인종차별적 모욕을 당한 경우 사회의 일원으로서 자존감을 잃는 것은 강간 피해자가 정신적 상해에 시달리게 되는 것과 마찬가지라는 예를 들고 있다.[159] 셋째, 정서침해 자체는 위해가 아니지만 그러한 행위들이 제3자로 하여금 위해에 이르는 정서침해행위를 조장할 수 있다는 점에서 간접적 위해(remote harm)에 비교할 수 있으나, 히르쉬는 행위자가 제3자의 장래의 행위를 통제할 수 있는 가능성이 없으므로 간접적 위해 해당여부에 관하여 독자적인 정서침해원리가 필요하다고 보았다.[160]

히르쉬는 정서보호원리의 독자적 입법원리 인정 가능성을 논하기 이전에 우선 정서보호원리가 법도덕주의를 구별하여 법도덕주의는 사회가 공유하는 가치에 대

---

155) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 281면.

156) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 283면.

157) 파인버그는 집주인이 인식하지 못한 상황에서 무단침입한 경우에도 집주인의 (잠정적) 권리를 침해했기 때문에 위해의 결과가 발생한다고 보았다. 이에 대하여 Feinberg, *Harm to Other*, 107면; 이처럼 위해성 원리는 직접적 위해가 발생하지 않은 경우에도 적용되는데, 히르쉬는 이를 세 가지로 분류하고 있다. 첫째는 예비죄와 같이 직접적인 침해가 발생하지 않은 remote harm의 경우이다. 둘째는 권리의 개념을 사회적 범위로까지 확대하여, 예를 들어 절도가 발생한 경우 그 물건에 대한 개인의 재산권뿐만 아니라 다른 사회구성원 모두가 기대하는 재산권 전반에 대한 침해가 발생했다고 상정하는 것이다. 셋째는 당해 행위를 범죄화하지 않은 경우에 조성되는 사회적 불안감을 그 행위를 금지함으로써 행위자가 겪게 되는 위해를 비교형량하여 전자가 더 클 경우 위해성 원리가 적용된다는 것이다. 이에 대하여, Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 285-287면.

158) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 288면.

159) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 288-289면.

160) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 289-290, 292-293면.

한 침해를 방지하는 것을 민주주의에 기반한 법의 의무라고 규정한 반면, 정서보호원리는 위해성 원리와 마찬가지로 결과중심적 사고를 바탕으로 하고 결과의 중대성에 따라 형사입법여부가 결정된다고 보았다.[161] 다만 위해성 원리에 의하여 위해의 발생이 인정될 경우 형사입법이 (소극적 심사를 거친 후) 바로 정당화되지만, 정서보호원리의 경우 그 자체의 위반이 형사입법을 정당화하는 것은 아니고 입법의 단초를 제공하는 정도에 그친다는 점에서 차이를 보인다.[162]

정서보호원리 위반행위에 대한 형법적 개입을 정당화하기 위해서는 위해성 원리와 구별되는 정서보호원리의 두 가지 특징을 이해할 필요가 있다. 첫 번째 정서보호원리는 대부분의 경우 행위로 인하여 바로 위해의 결과가 발생하기보다는 행위와 위해의 결과 발생 사이에 시간적·장소적 간격을 보이는 간접적 위해(remote harm)의 결과를 발생시킨다는 점이다.[163] 앞에서 설명한 바와 같이 정서침해 행위로 인하여 직접적인 위해의 발생-신경쇠약 등 정신적 질병의 발생이나 인종차별적 언동으로 인한 온전한 사회생활의 장애-이 없는 경우, 그 위해는 제3자의 유사한 행위를 조장함으로써 장래에 발생이 예견되는 간접적(remote) 성격을 갖는다. 따라서 이러한 제3자의 행위에 대하여 행위자는 예상가능성이 희박하고 혹시 예상할 수 있다고 하더라도 통제가능성을 인정하기 곤란하다.[164] 이러한 행위에 대한 형사입법은 자칫 행위자의 행동양식을 국가가 형법이라는 수단을 통하여 검열(censure)하여 정당화될 수 없는 자유의 제한을 낳을 수 있다.[165]

위해성 원리는 이러한 유형의 정서보호원리 위반 사례에서 표현의 자유와 같은 헌법적 원리와 함께 형사입법을 제한하는 원리로 기능하게 된다.[166] 정서보호원리 위반행위의 위해적 결과가 헌법적 가치 및 보충성원칙 및 최소침해의 원칙 등을 배제시킬 정도로 중대한 경우에 형사입법은 정당화되며, 히르쉬는 이러한 사례로 인종차별적 발언을 예시로 들고 있다.[167]

---

161) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 291면.
162) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 293면.
163) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 292-293면.
164) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 292면.
165) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 293면.
166) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 293면.

두 번째, 위해성 원리 위반 행위는 그 태양 및 성질에 있어서 제한이 없으나 정서보호원리 위반 행위는 의사소통적 행위에 국한되며,[168] 그 부당성 판단에 있어서도 상대방 및 현장에 있었던 제3자 그리고 사회적 환경에 의존하는 경향을 보인다.[169] 상대방 및 제3자에 의해 정서침해의 결과를 낳는다고 판단되는 행위라 하더라도 행위자가 그 행위를 자신의 삶, 혹은 타인과의 관계에 있어서 핵심적인 요소로 여긴다면, 이에 대한 형법적 통제는 그의 삶의 양식을 규범적으로 검열하고 공동체 질서로의 편입과 관용적 태도 견지를 거부하는 결과를 낳는다.[170]

위해성 원리는 일종의 형량이론으로 기능하는데, 피해자가 정서침해 행위로 겪게 될 공동체원으로서의 온전한 생활의 어려움과 행위자의 자신의 생활양식을 지킬 자유가 구체적 형량의 대상이 된다.[171] 행위자는 피해자를 공동체로부터 배제할 권한을 가진 자가 아닌 반면에, 국가는 형법적 개입을 통하여 행위자의 생활양식을 공동체를 대표하여 부정하고 행위의 중지 혹은 개선을 강제하기 때문이다.[172]

여기서 중요한 형량의 기준으로 피해자의 상황회피가능성(reasonable avoidability)이 있는데, 히르쉬는 인종차별이 만연한 사회에서 개인이 인종차별적 발언을 한 경우를 예로 들면서 이러한 상황에서는 피해자가 상황을 모면하여 온전한 사회 구성원으로 생활할 수 있는 가능성을 인정할 수 없으므로 다른 제한의 원리들보다 정서침해의 심각성이 큰 것으로 판단할 수 있다고 보았다.[173] 히르쉬의 상황 모면 가능성 개념은 파인버그에 비하여 확장된 개념으로, 개인적 측면에서뿐만 아니라 사회 전반적인 맥락-문명화된 국가에서는 모욕과 욕설이 일상화된 사회에서보다 정서침해원리 위반 행위에 대한 형사입법가능성이 높다-에서 정서보호원리의 독자성을 바라보고 있다.

---

167) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 293면.
168) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 294면.
169) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 292면.
170) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 294-295면.
171) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 295면.
172) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 295면.
173) Simester & von Hirsch, “Rethinking the Offense Principle,” 295면.

라. 정서보호원리 도입의 실익과 한계

영미의 형사입법원리가 우리 법익이론에 줄 수 있는 시사점은 법익 주체의 세분화 기준의 단초를 제공한다는 것이다. 위해성 원리와 정서보호원리는 원칙적으로 결과주의적 사고에 기초한 경험적·사실적 개념이며, 특히 위해 개념은 가산적 성격을 갖는다. 사회계약이론에 기초하여 개인들이 공동체 질서 유지를 위하여 최소한의 자유를 국가에 위탁하고, 국가는 이 자유의 총량만큼만 개인에 대한 통제를 할 수 있다. 따라서 국가의 개입 권한은 공동체 개인들이 위탁한 자유의 총량과 동일하며, 사회 한 영역에 대한 공동체의 자유는 각 개인들의 몫만큼 분할될 수 있다. 그리고 개인의 자유의 총합은 각 사회분야에 흩어져 있는 자신의 몫들의 합이 된다.

파인버그는 이러한 사고를 바탕으로 하여 위해 발생 행위가 입법화될 수 있는 양적 임계점(threshold) 개념을 인정하였다.[174] 파인버그는 총합적 위해(aggregative harms) 개념을 도입하여 사회 전반에 걸쳐 위해를 발생시키지만 특정한 사람 혹은 상황에서는 위해가 발생하지 않는 경우를,[175] 공공이익(public interests) 개념을 통하여 사회 구성원 모두가 위해를 공유하지만 그 정도에는 차이를 보이는 경우를,[176] 누적적 위해(accumulative harms)는 소수의 위해는 사회적으로 위해로 평가되기 어렵지만 일정한 양적 임계점을 넘게 되는 순간 위해로 그 성격이 전환되는 경우라고 설명하고 있다.[177]

---

174) Feinberg, *Harm to Other*, 226-227면.

175) 파인버그는 음주운전의 예를 들면서 특별히 알콜에 강한 체질이 강하거나 자제심이 있어 음주량을 조절할 줄 아는 사람에게 음주운전 금지는 개인의 자유를 불필요하게 제한하는 입법이 되겠지만 대다수의 사람들의 경우 음주운전은 사고를 발생시켜 타인에게 위해를 끼치게 된다는 예를 들고 있다. 이에 대하여 Feinberg, *Harm to Other*, 193-198면.

176) 파인버그는 전쟁이나 경제침체 등을 예로 들고 있다. 이에 대하여 Feinberg, *Harm to Other*, 221-225면.

177) 파인버그는 "위수(衛戍)를 위한 최소기준(garrison thresholds)"과 같은 임계점 설정이 필요한 경우로 다수의 사람들이 자신의 이익을 위해 행동할 경우 이러한 임계점을 넘어서 사회적 위해가 발생할 것을 우려하는 도덕적 시민의식에 의하여 이익추구를 자제하는 사안에서는 형법적 개입이 반드시 이루어져야 하며, 그 행위 자체가 대다수에게 이익이 되지 않아 그 행위를 꺼려하는 경우에는 위해성 원리의 적용이 어렵다고 보았다. 이에 대하여 Feinberg, *Harm to Other*, 225-227면.

또한 법도덕주의는 민주주의에 기반한 법의 의무로 사회구성원 다수가 자신의 공동체의 운영 원리로 삼은 가치들의 수호를 들고 있고, 이러한 가치의 위반은 그 자체로 형사입법의 대상이 되며 굳이 위해의 발생을 요하지 않는다고 설명하는데, 그 입법원리의 정당성은 차치하더라도 파인버그의 공공이익 개념에서와 같이 구성원 모두가 공유하며 그 위반사실 자체는 개별적으로 평가되는 것이 아니라 사회 전반적으로 판단된다는 점, 다만 그 위반에 따른 개인의 체감 정도는 다양할 수 있다는 점을 입증하여 가산적 주체가 아닌 집단적 주체의 성립 가능성을 보여주었다.

영미 형사입법원리를 검토함에 있어서 중요한 부분은 위해성 원리 및 정서보호원리에 대한 형사적 개입의 근거는 그 행위 자체가 아니라 그 행위의 결과에 있다는 점이다. 물론 위해의 개념을 위해성 발생의 위험(harm risk)까지 확장할 경우 그 행위 자체에 형법적 비난가능성이 집중되겠지만, 원칙적으로는 결과의 발생을 전제로 한다. 정서침해의 경우 위해성 원리가 형사입법 가능성의 제한 원리로 기능하게 된다. 여기서 정서침해 행위에 의해 발생되는 위해란 반드시 물리적 성격을 가질 필요는 없는 것으로, 개인적 정체성 혹은 공동체의 정체성이 타인에 의하여 자의적으로 해석되고 그 해석이 세계사회의 구성원으로서 온전함과 자긍심을 해칠 정도의 모멸감을 주는 결과를 낳는 경우,[178] 특히 그 개인이 소수자라거나 공동체 혹은 국가가 국제사회에서 정치적 영향력을 갖지 못하는 약소집단에 머물러 있는 경우에는 상황 모면 가능성이 희박하다는 점에서 위해성을 인정할 수 있을 것이다. 하지만 법도덕주의적 관점과는 분리되어야 한다. 정서보호원리는 단지 공유된 가치를 보호하는 것이 아니라 정서침해로 인하여 위해로 평가될 수 있는 결과가 발생해야 한다. 다만 그 위해가 물질적일 필요는 없는 것이다.

히르쉬는 인종차별적 발언 등 개인적 차원의 정서침해 단계에서 논의하였지만, 의사소통 및 정서는 제2장에서 논의한 바처럼 문화의 영역에 속하는 것이고, 사회적 의사소통을 통하여 명확한 승인 절차를 거친 경우 공동체가 공유하는 문화로

178) 원산지 문화에 대한 제국주의적·근대적 전유방식이 원산지 공동체의 정체성 및 자긍심을 침해하는 결과를 낳으며, 약소국 혹은 소수민족의 문화를 전유라는 이름으로 강대국의 역사적 소산으로 치부하여 전시·역사기술 되는 것을 문화절도(cultural theft)라고 표현한 Coombe, “The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy,” 252-254면.

인정될 수 있으므로 집단적 정서침해의 가능성을 부정할 이유가 없다. 다만 이러한 경우 정서침해는 구성원 개개인의 침해 정도를 측량하는 것이 아니라 사회 전체를 놓고 판단하게 되며, 침해 정도의 판단은 뒤따르겠지만 침해여부의 문제에 대해서는 가산적이지 않고 집단적으로 가부가 결정된다.

3. 감정가치의 특수한 요건

가. 개인의 영역

파인버그의 형사입법원리와 히르쉬의 정서보호원리와 위해성원리의 관계 이론을 참고하였을 때, 개인의 영역에서 감정가치가 형법적 보호의 대상이 되기 위해서는 감정가치의 침해가 위해로 평가되는 정도의 심각성을 가져야만 한다. 히르쉬의 인종차별적 발언의 예와 같이 헌법에서는 인종차별을 금지하는 규정을 특별히 마련하고 있음에도 불구하고, 헌법에 반하는 정서가 전 사회적으로 팽배하여 다수에 의한 반헌법적 언행을 회피할 공간이 공동체 내에 마련되어 있지 않다면, 결과적으로 피해자는 공동체의 구성원으로서의 자긍심과 융화의 기회를 박탈당하게 된다는 점에서 감정가치의 침해가 위해로 판단될 수 있을 것이다. 즉, 개인의 영역에 있어서 감정가치가 형법의 보호의 대상이 되는 예외적 경우에 해당하기 위해서는 해당 행위를 금지하는 헌법의 규정과 이에 관한 반헌법적 정서가 팽배해야 하며, 경제적·정치적 의미의 소수자인 피해자로서는 공동체를 벗어나지 않고서는 감정가치의 침해를 회피할 수단을 마련할 수 없어야 한다.

나. 집단의 영역

집단의 감정가치의 침해는 종종 사회윤리의 문제로 환원되곤 한다. 하지만 윤리와 감정가치를 동일시 할 수 없다는 점은 이미 확인한 바 있다. 원칙적으로 집단의 감정가치는 형법적 보호의 대상이 될 수 없다. 파인버그의 공공이익 개념에서 살펴보았듯이, 집단에게 감정가치 침해의 결과가 귀속되더라도 집단 구성원의 체감 정

도는 일정하지 않기 때문이다. 이러한 모호하고 유동적인 감정가치를 형법적으로 보호하려는 시도는 발생한 결과에 따른 정확한 형량을 어렵게 하는 요소로 작용할 수 있다. 하지만 집단의 감정가치가 헌법적 가치질서에 합치하고, 집단적 감정가치를 공감할 수 있는 공론의 장이 마련되어 실질적 의미의 의사교환이 이루어짐으로써 집단적으로나 내부 구성원 개개인에게나 승인의 효과가 발생하였다면, 감정가치의 대상에 대한 가치판단의 균일성을 어느 정도 확보할 가능성을 배제할 수 없기 때문에 이에 대한 형법적 개입도 용인될 수 있을 것이다.

제3절 감정가치 침해의 구체적 형태

I. 분류의 기준

전통적인 법익이론은 개인적 법익과 보편적 법익 이원론을 기본으로 하여, 개인의 경우 사회계약의 주체로서 그 존재를 위한 조건들의 보호에 초점을 맞췄다면, 보편적 법익의 경우에는 개인은 간접적 향유자일 뿐이고 직접적 보호대상은 사회시스템 및 기능의 유지에 둔다.[179] 법익의 인정범위를 개인의 주관적 공권에 한정하는 전통적 법익이론은 피해자 및 행위자의 범위 확정이 어렵고 행위의 결과발생이 개개인에게 미치는 영향의 정도를 측정하기 어려운 환경이나 신용, 경제체계 등의 범죄유형을 설명하지 못하고 보편적 법익의 영역을 인간과의 관련성에 주목한 인격적 법익론에 따라 그 인정가능성은 논의하되 범위를 구획하는 단계로까지는 진행하지 못함으로써 소위 '보호법익 없는 범죄'를 양산하였다.[180] 과거에는 그 양이 미미하거나 미처 범죄로 인식하지 못했던 행위들이 현대사회에 들어오면서 두드러지거나 그 결과의 파급효과가 예상보다 증대되는 경우가 빈번한 만큼, 순수한 규범적 의미의 법익 개념을 설정하고 이를 수직적으로 적용하는 방식은 한계에 봉착했다고 판단된다. 따라서 현재 형법전과 특별법상 형법규정들의 범죄유형들을 분석하고, 이러한 실증적·경험적 분석을 바탕으로 분류작업을 진행하는 실질적 세분화 작업이 필요하다.[181]

법익의 세분화 작업은 영미 형사입법원리의 결과중심·주체 세분화라는 시사점을 바탕으로 하여, 전체적 차원에서 기존 분류에 따른 개인적 법익과 보편적 법익을 행위가 아닌 결과에 초점을 맞추어 결과의 성격에 따라 분류하는 작업과 보편

179) Hefendehl, 전게서, 74-76면.

180) 헤펜델은 현대사회 특유의 범죄유형도 있지만 이전에도 존재하는 범죄였으나 역사적 발전에 따라 부각되는 범죄들이 대부분이라고 설명한다. 보호법익 없는 불법에 대한 설명틀로서 집합적 법익개념을 소개하는 Hefendehl, 전게서, 33-35면.

181) 이러한 방법론을 소개하는 Hefendehl, 전게서, 20-22면.

적 법익 영역에서 법익의 법익주체로의 귀속 형태, 즉 가분적인지 총체적으로 귀속하는지 여부, 그리고 그 법익의 주체와 행위 결과 간 관계의 간접성(remote) 여부를 기준으로 분류하는 작업으로 나누어 볼 수 있다.[182] 우선 첫 번째 행위의 발생결과의 성격에 따라 분류하는 유용한 틀로는 위해성 원리와 정서보호원리를 결합함으로써 얻을 수 있다. 이러한 분류는 보편적 법익은 물론 개인적 법익 모두를 망라하여 이루어질 수 있으며, 그 기준은 결과가 좁은 의미의 위해(법익침해)인지 아니면 위해에 동반하거나 독자적으로 발생한 정서침해인지이다. 그리고 이 중간단계로서 정서침해이지만 구체적인 위해를 발생시켰다고 평가될 수 있는 경우를 상정할 수 있다.

II. 유형

1. 위해의 결과가 발생한 경우

먼저 좁은 의미의 위해, 즉 구체적인 법익침해가 발생하는 영역에는 개인의 재산권, 신체의 자유, 신체의 안전 등에 관한 형법의 모든 규정들이 포함될 수 있다. 법익침해라는 결과가 행위에 의하여 직접적으로 도출되고 그 침해의 결과도 객관적·가시적 확인이 가능하기 때문이다. 개인이 법익의 주체인 경우에는 행위에 의하여 직접 발생하는 위해 외에도 위해발생의 위험도 입법의 근거가 될 수 있으며 다만 책임원칙의 제한을 받을 수 있다. 간접적 위험의 경우에는 대부분 직접적 위해나 위해발생의 위험과 동반하기 때문에 독자적인 범죄화사유라기보다는 형벌가중 및 감경의 사유라고 할 수 있다. 개인이 주체인 법익의 직접적 침해 및 침해의 위험은 그 발생 자체로 형사입법의 충분한 근거가 된다.

보편적 법익의 경우에는 그 법익의 주체가 가산적인 집단이거나 총체적인 집단이거나 굳이 구분할 실익이 없고 발생한 결과의 직접성 여부만으로도 분류가 가능

182) 여기에서는 형법전과 특별법상의 벌칙규정등 형사입법임이 명확한 규정들만을 대상으로 하고 공정거래위원회의 조사권 등 실질적 의미에서의 형사절차임이 논의가 되는 행정조사권 등의 영역은 제외한다. 공정거래위원회의 조사권의 형사절차상 의미에 대하여 강수진, “공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계,” 16-28면.

하다. 공무집행방해죄나 뇌물죄, 환경오염의 결과 발생 등 직접적 위해가 발생한 경우에는 개인이 법익의 주체인 경우와 마찬가지로 위해의 발생 자체가 범죄화의 근거로 충분하며, 일반교통방해죄나 통화관련 죄 등 위해발생의 위험이 있는 경우에는 결과발생의 우려가 현실적 근거를 가져야 하며 행위와 추가적으로 예상되는 결과와의 인과관계가 합리적일 것 보다 엄격한 심사 하에 형사입법의 대상이 될 수 있다.

보편적 법익에 대한 간접적 위험의 경우로는 내란선동죄 국가보안법상 찬양고무죄 등을 들 수 있는데, 이때에는 헌법상 보장하는 표현의 자유 등과의 엄격한 이익형량이 필요하고, 위 법들을 통하여 보장하려고 하는 헌법적 가치에 반하는 사회적 분위기가 팽배해 있어 제3자, 즉 사회구성원 전반이 행위 발생의 상황을 모면하거나 회피할 가능성이 희박한 경우에 형사입법이 인정될 수 있을 것이다. 이 영역에서는 행위자가 제3자의 행위여부를 통제할 가능성이 낮아지는 만큼, 침해의 최소성 및 최후수단성의 입법제한적 원리가 엄격하게 적용되기 때문이다. 현재 형법전에 있는 다수는 위해 및 위해발생의 위험을 근거로 제정되었기 때문에 오히려 정서침해에 속하거나 정서침해 중 위해의 결과가 발생한 것으로 평가할 수 있는 범죄들을 선별하는 방법을 취하는 것이 효율적이다.

침해주체	**위해(법익침해)의 결과 발생**		
개인	직접적 위해	재산권, 신체의 자유 등	침해 및 위험의 발생 자체가 범죄화의 근거
	위해발생 위험	주거침입	
	간접적 위험	위의 결과에 동반한 감정가치 침해	형벌 가중·감경사유 (책임원칙의 제한)
가산적·총체적 주체	직접적 위해	공무집행방해죄, 뇌물죄	침해 자체가 범죄화의 근거
	위해 발생 위험	환경범죄, 일반교통방해죄	엄밀한 인과관계 및 책임원칙의 제한
	간접적 위험	내란선동죄, 찬양고무죄	엄격한 이익형량 및 상황 모면가능성 검토에 따른 제한적 인정

2. 감정가치 침해의 결과만 발생한 경우

감정가치의 침해 영역에 속하는 결과를 규율하는 법률은 특별법에서 더 용이하게 발견할 수 있지만, 기존 형법전에도 이러한 유형의 법률이 존재한다. 형법 각칙 제3장의 국기에 관한 죄, 제158조 장례식등의 방해죄, 제109조 외국의 국기·국장 모독죄, 제307조 및 제309조의 명예에 관한 죄, 제311조 모욕죄 등을 들 수 있다.[183] 특별법 중 대표적인 것으로는 동물보호법을 들 수 있다.[184] 동물보호법은 제1조에서 "이 법은 동물에 대한 학대행위의 방지 등 동물을 적정하게 보호·관리하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 동물의 생명보호, 안전 보장 및 복지 증진을 꾀하고, 동물의 생명 존중 등 국민의 정서를 함양하는 데에 이바지함을 목적으로 한다"고 하여 국민의 정서 함양이 입법의 목적임을 명확하게 하고 있다.[185] 또한 형법이 보호대상으로 포함하고 있지 않음이 비교적 명확함에도 불구하고 형법적 제재로서 사회구성원들의 윤리의식이나 미래 발생할 위험에 대한 불안감을 해소하려는 입법들도 결과적으로는 정서보호의 측면이 강하다고 하겠다.[186]

---

183) 공연음란죄의 경우에는 그 정도에 따라 위해의 발생여부가 결정된다는 면에서 이 분류에서는 제외하도록 한다.

184) 성폭력 및 아동·청소년보호법은 국민의 안전에 대한 신뢰 등 정서적 측면을 보호하기 위하여 가중처벌 등의 엄벌화 경향을 보이고 있지만, 이 글에서는 정서보호가 가중처벌의 조건이 되는 경우를 제외하고 입법의 근거가 되는 경우로 국한한다.

185) 동물에 관한 비인간인격체 인정 논의가 진행되는 가운데, (약한 강도의) 상호작용 및 동물을 포함한 자연에 대한 도덕적·윤리적 의무 등을 바탕으로 스캔론과 롤스 등은 동물에 대한 제도적 보호의 필요성을 논증하고 있다. 이에 대한 설명으로 변문숙, "계약론적 윤리설과 동물윤리," 철학사상 제48권, 서울대학교 철학사상연구소, 2013; 하지만 이러한 논의들은 이제 시작단계에 있고 아직 규범화단계에는 이르지 못하여 현재의 입법은 윤리적 의무 및 감정가치 보호에 머물러 있다.

186) 이러한 규정으로는 생명윤리 및 안전에 관한 법률을 들 수 있다. 형법은 법익 향유의 주체를 사람으로 보고 진통시에 태아가 사람으로서의 지위를 갖는다고 보는데, 형법적 현재 논의에 따르면 아직 세포증식 단계에 있는 배아를 태아의 범위에 포함시킬 수 있는 것인지 아니면 사람의 신체의 일부라고 판단하여 (머리카락 등과 같이) 처분이 가능하다고 볼 것인지 아니면 장기라고 확대해석 하여 장기 등 이식에 관한 법률을 적용해야 할지 충분한 논의가 이루어지지 않았다. 따라서 형법이 포괄하지 못하는 영역에 대한 입법이 선행된 것은 국민정서를 안정시키기 위한 측면이 강하다고 하겠다. 원칙적으로 위해성 원리의 형량원리(mediating maxims)에 따를 경우 형법상 사람으로 인정되는 주체의 생활양식 등 자유의 행사를 제한하기 위해서는 이를 보장하는 헌법적 가치를 상회하는 위해가 발생해야 하는데, 현실적으로 어떠한 위해가 발생하는지에 대한 명확한 연구결과가 제출되었는지는 의문이다. 생명윤리 분야

원칙적으로 두 번째 유형인 감정가치의 침해만이 존재하는 경우에는 형사입법이 이루어지지 않는 것이 적절할 것이다. 헌법상 표현의 자유, 보충성 원칙, 최소침해원칙 등을 고려할 때 행위자의 발언을 금지함으로써 헌법상 기본권이 침해되는 것은 명백한 반면 피해자의 감정가치는 가시화되지 않았거나 개인의 영역에 머물고 있다고 판단되기 때문이다. 혹여 피해자의 감정가치가 향후 삶의 질을 좌우하는 결과를 낳더라도 이는 개인의 선택과 공동생활을 하면서 감수해야 할 수인한도 내라고 판단할 수 있으므로, 이에 대한 접근은 행위에 대한 사회적 반가치 판단을 내리는 보호규범으로서의 형법적 접근이 아니라 피해의 전보 및 공동체적 가치에 부합하는 영역으로의 견인을 위한 민사적·행정적 수단을 선택하는 것이 적절할 것이다.

<table>
<tr><th colspan="4">감정가치 침해의 결과 발생</th></tr>
<tr><th>침해주체</th><th colspan="2">침해의 성격</th><th>법적 취급</th></tr>
<tr><td>개인</td><td rowspan="2">간접적
침해</td><td>(단순)모욕죄, 명예훼손죄 등</td><td rowspan="2">비범죄화,
민사적·행정적
수단 투입</td></tr>
<tr><td>가산적·총체적
주체</td><td>국기에 관한 죄, 배아복제 및
동물보호</td></tr>
</table>

3. 감정가치의 침해가 위해로 평가되는 경우

마지막으로 감정가치의 침해가 위해로 평가될 수 있는 영역에서 개인이 침해를 받은 경우에 그 침해의 성격은 간접적일 수밖에 없다. 현실적으로 위해의 결과가 발생한 것이 아니라 규범의 통일적 판단 혹은 반헌법적 사회분위기 확산 방지를 위한 헌법정책적 필요에 의하여 심각한 정서침해를 위해로 간주하는 것이기 때문이다. 히르쉬의 인종차별적 발언의 예에서처럼 헌법적으로 보장되는 가치와 상반되는 사회적 환경이 이미 조성되어 있어 피해자의 상황 모면 가능성을 기대할 수 없

에 대한 형법적 개입에 우려를 표명하는 동지의 견해로 신동일, “생명공학의 형법적 한계,” 197-198면.

는 경우가 대표적인데,[187] 미국의 경우에는 이러한 행위를 혐오범죄방지법(Hate Crimes Prevention Act)으로, 영국은 평등법(Equality Act 2010)에서 이러한 행위를 형법적으로 규제하고 있다. 다만 간접적 위해의 경우 행위자의 헌법상 기본권과의 충돌이 불가피하기 때문에 피해자의 개인적 모욕으로 치부할 수 없고, 상황모면을 할 수 없을 정도의 반헌법질서적 사회분위기가 중요한 요건이 된다. 또한 행위자가 자신의 행위의 파급력에 따른 제3자의 행위에 대하여 통제력을 행사할 수 없기 때문에 책임원칙에 따른 법정형 부과가 중요한 과제가 된다. 침해의 주체가 집단인 경우, 이 집단은 공통의 가치를 기반으로 삼기 때문에 가산적이 아닌 총체적 성격을 갖고, 그 가치는 헌법적으로 보호되는 것이어야 한다.[188] 이 영역의 대표적인 예로는 문화재보호법상 손괴 및 불법반출 등에 대한 처벌규정이 있다.

집단적 감정가치 보호가 인정되는 경우에는 주체의 생성과 승인과정이 역사적·추상적 성격을 가지므로 그에 대한 위해는 명확하게 판별할 수 있어야 할 것이다. 따라서 절차적 측면에 있어서도 사회공동의 가치 및 정서로 인정되는 공적인 승인 과정-반드시 국가에 의할 필요는 없고 공론화 과정이 명백히 표시되는-이 필요하고, 비례성 심사에서 공동체에 속하는 개인이 이 승인사실을 충분히 인지할 수 있을 정도로 절차가 실질적으로 보장되었는지 검토함으로써 보다 강화된 입법심사가 이루어져야 한다.

국민이 선거 등을 통하여 현행 헌법질서를 승인하였다는 관점에서 우리나라의 국가보안법, 국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법, 미국의 애국법(USA

187) 우리나라의 경우에도 형법상 모욕죄로 형사처벌된 사례가 있다. 이에 대하여 "인종차별 발언 첫 형사처벌," 서울신문, 2009.9.7.

188) 폐지된 우리 형법상 간통죄나 독일형법 제173조의 근친상간 금지 조항은 사회공동체 구성원들이 승인한 가족의 형태에 기반하여 제정되었다고 볼 수 있으나 사회상의 변화와 그에 따른 인식의 변화에 따라 헌법질서에의 합치여부가 달라질 수 있는 사안이다. 이러한 문화정체성 문제 또한 이 영역에 포함시킬 수 있으나 사회적 승인이 분명하지 않은 경우 보호법익을 명확하게 밝혀내지 못하고 윤리적·정치적·종교적 선언에 그칠 위험이 있다. 독일연방헌법재판소는 위 조항의 폐지에 관한 헌법소원심판(BVerfGE 120, 224)에서 헌법만이 입법을 통한 보호대상을 선정과 보호방법에 대하여 입법자에게 지침을 내릴 수 있고 형법상 법익개념은 헌법적 관점에서는 필수적인 것이 아니라고 판단하고 헌법적 질서인 혼인, 가정, 성적자기결정권을 보호하기 때문에 구체적인 보호법익에 대한 판단 없이 합헌 판결을 내린 바 있다. 이에 대한 비판으로 Bottke, "Roma locuta causa Finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes," 93면.

PATRIOT Act) 등이 여기에서 논의될 수 있으나 이는 총체적이라기보다는 파인버그의 총합적 위해(aggregative harms) 개념에 가까우며,[189] 기본권침해적 성격에 비해 개별 법제에 대한 국민의 승인과정이 지나치게 간접적이라는 점에서 독자적인 입법의 근거가 될 수 없고, 형벌가중사유로서도 기존의 형법에서 규정하고 있는 범죄에 대한 정치적 판단의 성격이 두드러지고 헌법상 보장된 절차적 기본권을 무력하게 만드는 조항들이 산재한 만큼 신중한 판단이 요구된다고 하겠다.

감정가치 침해가 위해로 평가되는 경우			
침해주체	**침해의 성격**		**법적 취급**
개인	간접적 위해	미국의 혐오범죄방지법, 영국의 평등법, 우리 형법상 (차별적 발언에 의한) 모욕죄	반헌법질서적 사회질서로 인한 상황 회피 불가능성 과 구체적 법익형량 요함
총체적 주체	정서침해	문화재보호법상 벌칙규정	원칙적 비범죄화. 예외적 범죄화의 경우, 충분한 공론화와 헌법질서에의 합치, 사회적 승인 절차 요함

III. 문화재보호법에의 적용

문화유산에 대한 보호는 결국 문화재 자체라기보다는 공통의 미적·문화적 경험을 통해 축적된 감정가치라는 점을 확인한 바 있다. 다만 이는 개인의 미적 판단의 영역이라고 할 수는 없다. 개인의 영역이라면 재산권 제한의 원리로 부적절하고 일종의 후견적 개입에 머무르게 되기 때문이다. 그 주체는 개인이 아닌 집단으로 일정한 요건에 해당해야 형사입법의 정당성 확보가 가능하다.

189) 사회 전반에 걸쳐 위해를 발생시키지만 특정한 사람 혹은 상황에서는 위해가 발생하지 않는 경우로, 소수의 정치적 견해가 다수결 원칙에 기초하는 선거를 통하여 사회운영원리로 채택되지 못한 상황과 연결시킬 수 있을 것이다.

1. 헌법적 가치와의 조화

가. 헌법상 근거

헌법은 제9조에서 국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력해야 한다는 국가목적조항을 규정하고 있다. 또한 헌법 전문에서도 문화육성에 대한 언급이 있으며, 이 둘은 우리 헌법의 기본원리라고 파악할 수 있다. 이 구체화로 학문(제22조), 예술(제22조), 교육(제31조), 종교(제20조) 등 소위 문화적 기본권이 보장되고 있다. 이밖에 환경권의 권리와 의무를 동시에 규정한 제35조 제1항 또한 문화적 환경권의 근거로 제시되곤 한다. 문화국가원리와 문화재의 관계를 살펴보면, 우선 문화재향유권은 민족문화보호에 관한 헌법원리에서 도출되는 것으로 이해된다.[190]

우선 문화국가원리는 국가권력 개입의 근거이자 제한의 원리이다. 법과 사회 영역의 일원화가 되어가는 법치주의 근대국가에서 문화국가원리를 개입의 근거라고 보는 것은 동어반복적일 뿐이다. 오히려 제한의 근거이기 때문에 따로 규정했다고 보아야 할 것이다. 특히 민족문화규정의 경우 민족의 의미나 가치 부여를 법이 함부로 조정하지 못하도록 하는 장치라고 볼 수도 있다.

이상의 헌법적 원리는 토론과 합의를 통해 형성되는 절차적 성격을 가지는 데 반하여 문화적 환경권의 경우에는 기본권적 성격을 갖는다. 문화적 환경권은 급부의 영역이기 때문에 성격상 후견주의적 관점에서 투입되는 형법의 개입이 제한된다. 환경권은 주로 행정법상 혹은 헌법상의 “형성”의 원리이지 성질상 “사후적” 성격을 갖는 형법의 개입 근거로 활용하기에는 무리가 있다. 즉 환경법에서 진행되었던 논의들은 형법의 개입이 가능한 영역이 아니라 정책적 필요 등에 의해 입법자의 형성권이 최우선으로 보장되는 영역이라고 할 것이다.

---

190) 오세정, 문화재보호법원론, 70-71면.

나. 문화재보호법의 취지

문화재보호법은 제1조에서 이 법의 목적으로 문화재의 보존, 민족문화의 계승과 활용, 국민의 문화적 향상 도모, 마지막으로 인류문화 발전에 기여를 명시하고 있다. 우리나라 문화재보호법제는 1910년 향교재산관리규정의 제정을 시작으로 하여 1916년의 고적급유물보전규칙 제정, 1933년의 조선보물고적명승천연기념물보존령 제정을 거쳐 정부 수립 후 1962년에 문화재보호법으로 종합되었다. 이는 문화재보호의 법제적 기반을 공고히 한 것이기는 하나 당시 일본법을 거의 그대로 받아들여 만들어졌다는 한계를 가지고 있었다.[191] 이후 문제점의 보완, 사회적 변화의 반영 등을 위해 40여 차례의 개정을 겪으면서,[192] 12장 104개의 조문으로 구성된 매우 복잡한 입법구성형태를 취하고 있다.

이와 같은 문제점에 대하여 국회는 문화재 보존·관리 환경에 변화에 따른 입법수요에 부응하고, 체계적인 문화재수리 제도 마련과 매장문화재의 보존·관리 등에 만전을 기할 필요성이 대두됨에 따라, 2010년 문화재보호법 내용 중 문화재수리와 매장문화재에 관한 부분을 분리하여 별도의 법률을 제정하여 관련 조항을 정비·보완하고 우리민족의 정체성 회복과 인류문화의 보호를 위하여 국외에 소재하는 우리 문화재에 대한 보호·환수 및 활용을 위한 정책 추진의 근거를 마련하였다. 이외에도 다양한 유형의 문화재 보존·관리 및 활용을 위한 실효성 확보를 위하여 현행 제도의 운영과정에서 나타난 일부 미비점을 보완하였다.[193]

문화재의 적절한 보존을 위해서는 보수 및 정비의 기본원칙이 정해져야 한다. 보존을 위한 수리 및 보존장소 및 방법 등에 관해 현재 상태 그대로 보존하는 것을 최우선의 목표로 할 것인지 아니면 나름의 바람직한 혹은 완벽한 복원 등을 목표로 인위적 조치를 취하거나 이동시킬 것인지 여부 등이 문제된다. 후자의 경우에는 적합한 조치의 선택 및 방향성을 설정해야 한다. 이러한 입장은 유적의 객관적이고 사실적인 역사적 고증은 경시한 채, 주관적 합리성에 지나치게 의존함으로써

---

191) 이러한 관점으로 이덕인, 전게논문, 197-198면.

192) 송인범, “우리나라 문화재정책의 현황과 과제,” 85면.

193) 강문수, 문화유산의 세계화 법제연구, 82면.

역사적 사실과 다른 보수나 복원을 초래할 위험성을 내포하고 있다. 반면 전자의 방식을 일관할 경우 오래된 유적 현상유지를 위한 최소한의 조치도 거부할 수 있어 문화재보존의 현실을 고려하지 않는 공허한 선언이 될 가능성이 존재한다.[194]

문화재보호법은 1999년 개정 시에 문화유산의 보존, 관리 및 활용의 기본원칙으로 원형유지의 원칙을 도입하여 제3조에 명시하고 있다. 이는 문화재가 그 원형을 그대로, 그리고 그 가치를 유지하면서 보존되어야 함을 선언하는 것으로, 문화재 보존사업은 그 본래의 모습을 위하여 철저한 고증으로 원형을 좇아 시행되어야 하며, 발굴조사 및 정비는 관계전문가의 충분한 검토와 연구를 거쳐 고도의 기술 및 계획 하에 행하여져야 한다는 것을 의미한다.[195] 이러한 문화재보호법의 취지를 바탕으로 문화유산의 유형별로 고찰해보면, 부동산 문화재의 경우에는 자연재해 등 특별한 상황이 발생하지 않는 한, 원래의 위치에서 원형대로 보존하는 것을 원칙으로 하고, 다만 보수의 필요성이 있는 경우에 충분한 검토와 연구를 거쳐 법령에서 정한 절차에 따라 원형을 유지하는 방향으로 수리할 수 있을 것이다. 동산문화재의 경우는 부동산이나 다른 동산에 부합되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 원래의 위치에서 보존하는 것이 필수적이라고는 할 수 없다. 다만 완비된 시설에 보존하고, 원형을 유지하면서 발굴・보존・계승시키는 것이 중요하다.

결론적으로 문화재보호법의 취지는 원형보존이고, 문화재를 대상으로 한 범죄에 대한 처벌규정 또한 사후적 보존 혹은 보존을 위한 예방적 조치의 일환이라고 할 수 있으므로 그 보호법익 또한 원형보존 이상을 초과할 수 없다.

다. 소결

문화적 환경권은 국가에 대한 급부를 청구할 수 있는 권리로서 입법자의 광범위한 형성권이 인정되는 영역이고, 문화적 혜택을 위한 제반시설 마련이라는 형성의 원리로 작용하기 때문에 사후적 책임 배분에 초점을 맞추는 형법의 입법 근거로 삼기에는 부족하다. 다만 문화국가원리와 그에서 파생되는 민족문화수호는 헌법

194) 김춘환, “문화재보호법에 있어서의 문화재보호,” 478-479면.
195) 김춘환, 상게논문, 479면.

적 질서로서 구체적 기본권으로 규정되지는 않았지만 형사입법의 근거로서 활용할 수 있다. 다만 기본권에 근거한 형벌조항과 비교하여 구체적 적용의 모습은 차이점을 보인다.

2. 공론화와 승인

하버마스는 생활세계에서 문화 등 가치의 생성과 그 제도화는 공론장에서의 대화이성을 통한 합의의 과정에서 창출된다고 설명한다. 집단적 가치가 집단적 이익으로 그리고 제도화되어 법익으로 인정되는 과정은 이러한 공론화 과정을 통하여 형성된다. 현대 정치체제인 대의민주주의제에 따라 국회에서 간접적으로 논의하는 정도에 그치는 것이 아니라 오랜 세월 관습과 교육 그리고 문화 전반에 지속적으로 노출되면서 공동의 경험을 기반으로 할 때에만 이러한 실질적 합의가 이루어질 수 있을 것이다.

문화재보호법상 문화재개념은 행정법상 불확정개념에 해당한다. 따라서 벌칙규정도 규범적 구성요건요소를 포함하게 된다. 문화재보호법상 유형문화재는 크게 국가 및 시·도지정 문화재, 등록문화재, 일반동산문화재로 나뉘며, 일반동산문화재는 수출이나 현상변경 전에 신청하거나, 반출 등 과정에서 행정청의 직권으로 확인되기 전까지는 문화재에 해당하는지 여부를 알 수 없다. 지정이나 등록이 행정행위 중 하명에 해당함은 앞에서 살펴본 바 있다. 따라서 문화재는 국가나 시·도 행정기관에 의하여 일방적으로 지정되거나 신청이나 적발에 따라 문화재위원회라는 전문기관의 소견에 따라 예술품 등 다른 재화와 구별되는 문화재라는 지위를 획득한다. 비지정영역, 즉 일반동산문화재의 경우 소유자 등이 문화재에 해당할 수 있다는 가능성을 판단할 수 있는 경우에는 문화재보호법상 벌칙규정에 대하여 예측가능성이 담보된다고 할 수 있지만, 반출 등 행위자가 그 사실을 전혀 예상하지 못한 경우에는 문화재위원회라는 전문가 집단의 판단과 행정청의 일방적인 결정에 의하여 범죄구성요건이 완성된다는 문제점이 있다. 즉, 행위 당시 행위자의 주관적 인식이 완성되지 않았다가 행위의 결과가 발생한 후에서야 완성되는, 범죄성립의 전미래성이 발견된다. 따라서 문화재 해당 여부를 판별하는 주체가 누구이며 그에 따

른 판별시기의 문제를 고찰할 필요가 있다.

현대사회는 근대화 이전의 사회와는 달리 세분화되고 전문화되어가고 있다. 따라서 한 개인이 모든 분야에 대한 정보를 완전히 습득하기란 불가능하며, 이에 따라 전문가 집단의 판단이 중요한 요소로 자리를 잡기 시작했다. 문화유산의 경우 대표적인 전문가영역이라고 할 수 있다. 고미술, 화학, 역사, 문학 등 다양한 방면의 지식이 없이는 문화재 해당여부 및 위조여부를 판단할 수 없기 때문이다. 하지만 같은 전문영역이라도 문화영역에 속하는 문화유산의 전문성은 경제영역의 그것과는 차이를 가질 수밖에 없다. 왜냐하면 경제영역은 철저하게 이해관계 중심의 목적적이고 도구적인 사고의 영역임에 반하여 문화영역의 경우에는 일상의 생활세계와 밀접한 연관을 가지고 소통을 통하여 생성되고 향유되기 때문이다. 또한 경제여역은 시장의 자유를 존중한다고 하더라도 도구적 목적의 달성을 위하여 국가의 개입이 상당히 강력하게 이루어질 수 있는 분야인 반면, 문화는 그 성격상 공권력의 개입되면 정치적 도구로 전락할 위험이 크기 때문에 국제기구는 물론이고 유럽 등 많은 국가에서는 문화영역에 대한 국가의 개입은 문화적 토양을 위한 기초투자 정도에 그칠 것을 권고하고 있다. 헌법상 문화국가원리를 적극적 국가개입의 단초로 간주할 경우의 부작용으로 나치즘 등을 경험할 수 있다는 역사적 경험도 한편으로 작용한 것으로 보인다.

하버마스는 문화유산의 해당성 판단에 대한 전문화 등 문화영역의 전문화, 즉 과학・도덕윤리・법이론 등 학술・예술창작과 비평・문화적 정체성 형성 등이 전문가의 영역으로 편재되면서 나타나는 생활세계 내의 문화적 빈곤을 지적했다.[196] “전문적인 권한”과 “합목적적인 행정수행” 그리고 “시장경제의 생산모드”는 외형적으로는 문화적 기반에 대한 투자 및 정책 수립과 수행을 통해 문화의 영역을 확장시킨다.[197] 하지만 문화영역 고유의 가치를 규제화된 행정체계로부터 유리시키고, 그 향유 주체인 개인들의 해당 영역에 대한 “자유”와 “의미”를 상실하게 만들기도 한다.[198] 따라서 문화의 향유주체가 문화의 가치판단의 주체가 되

196) 베버의 위와 같은 근대성의 문제점 지적을 소개하고 이에 대한 대안으로 반성적 근대화 개념을 주장하는 Habermas, “Concepts of Modernity,”140면.

197) Habermas, “Concepts of Modernity,” 139면.

지 못함으로써 문화적 영역에서의 실천은 후퇴하고 생활세계의 문화적 내용은 빈약해진다. 그 자리를 채우는 것은 정치적 혹은 경제적 정책 목표 달성을 위하여 목적적·전략적으로 생성된 문화 콘텐츠들일 것이다. 이러한 전략적 목적을 위해 생성된 요소들이 생활세계에 침투할 경우, 생활세계는 스스로 문화적 실천과 소통을 할 수 있는 기회를 포기하게 되고, 그 자생성이 위기에 몰리게 된다. 문화유산의 경우에도 오로지 문화재위원회 등 전문가들의 성찰만이 인정되고, 경제적 논리에 의한 가격적 가치가 문화유산의 절대적 가치인 것처럼 포장하는 대중매체의 여론이 우위를 점하게 되면서 문화적 의사소통은 엘리트주의적이고 계몽주의적인 성격을 지울 수 없게 되었다.

현재 문화유산 해당성은 문화재청 산하의 문화재위원회에서 심의하고 있다. 문화유산 해당성이 사법절차의 판단대상이 되는 경우 법관이 그 판단주체가 될 수 있다. 심사 후 해당여부 결정이 재량사항이기 때문에 사법의 개입이 최대한 자제되기는 하겠지만 그렇다고 그 개입을 전적으로 배제하지는 않기 때문이다. 법원은 "건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람"의 판단에 따라 보존 및 활용의 가치를 판단하고, 구체적 사건에서의 가치 유무에 대한 판단은 "법관의 합리적 해석"에 의한다고 하여 문화유산의 가치판단의 주체로서 법원을 배제하지 않고 있다.[199] 판례는 비록 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인을 기준으로 삼고 있지만, 그 역사성 및 예술성 등의 판단은 감정에 맡기고 있고, 문화유산으로서의 가치 인정여부에 대한 법공동체 내의 소통과정과 내용을 확인할 방법은 갖고 있지 않다.

이러한 문화적 비판 및 소통의 일방성을 극복하는 방안으로 하버마스가 제시한 것이 공적인 영역과 사적인 영역의 소통의 가교역할을 하는 공론장이었다. 법치주의의 역사적 발전단계는 자유주의적 법치주의, 실질적 법치주의, 그리고 참여적 법치주의로 구분할 수 있다.[200] 자유주의적 법치주의 하에서 예술품, 문화유산 등

198) Habermas, "Concepts of Modernity," 140면.

199) 헌법재판소 2000.6.29. 자98헌바67 결정.

200) 법치주의의 발전단계를 자유주의 법치주의, 사회적 법치주의, 협력적 법치주의로 구분하는 글로 김성수, "인간존엄과 행정법," 299면 이하.

의 가치를 발견하고 이에 대한 개인의 소유 및 저작자의 권리의 보호 등이 이루어졌다면 실질적 법치주의 하에서는 문화유산의 의미를 법공동체 공동의 가치로 견인하여 이에 대한 법적 보호를 강화하고 공동체 구성원들에게 문화유산의 가치를 교육하는 계몽적 시기라고 할 수 있다.

법공동체 구성원들 간의 소통을 보장할 수 있는 기술적·정치적 여건이 상당히 축적된 지금의 사회는 과거의 법치주의 유산을 기반으로 하여 각 구성원들이 법적 용의 대상이 아니라 스스로 질서를 형성해 나가는 주체로서 자리매김하고 있다. 재산권 및 저작권 등 개인적 권리의 보호, 사회 공동의 가치에 대한 법의 적극적인 개입에서 한 발 더 나아가 그러한 법질서 및 가치체계 형성에 참여함으로써 실질적인 자기실현, 자기결정권 확보를 가능하게 하는 것을 앞으로 문화유산 및 문화 전반에 대한 법정책의 방향으로 삼는 것이 바람직할 것이다.[201] 즉, 문화유산 등 문화영역에 대한 개입이 적극적으로 이루어진 실질적 법치주의에서는 각 구성원들은 문화유산의 가치에 대한 공감 강제의 대상이었지만, 참여적 법치주의 하에서는 그 가치를 발견하고 공론화하여 주도적으로 공감을 형성해나가는 역할을 수행할 수 있을 것이다. 하버마스의 공론장 이론은 이러한 새로운 사회상에 대한 이론적 뒷받침이 된다고 할 수 있다.

가치판단의 주체를 전문가나 행정청에 한정할 경우, 문화유산의 일차적 향유주체인 개인의 가치판단, 문화유산 해당 여부에 대한 판단은 개입할 여지가 없게 된다. 따라서 아직 전문가에 의한 계몽적이고 일방적인 가치판단의 내용이 전달되지 않은 경우 그 가치를 판별할 방법이 없는 개인들에 대한 형법적 개입은 한계를 갖게 되고, 결론적으로는 법이 달성하고자 했던 문화유산의 원형대로의 보존과 관리의 실효성 담보수단이 의미를 잃게 된다. 문화유산은 예술성이 절대적 기준이 아니며, 현재의 의미에서 문화적 향유집단, 즉 네이션의 정체성 형성에 기여한다고 인정될 수 있는 것이라면 그 질이 절대적 기준이 되지는 않는다.[202]

---

201) 문화재의 가치와 관련한 판단은 문화재위원회에서 전담하고 있기 때문에, 문화재위원회의 구성에 대한 참여 및 의견개진의 기회 부여를 통해 구성원들이 자율적 공감형성이 간접적으로나마 가능해질 것으로 보인다.

202) 유럽연합은 회원국들의 다양한 문화유산 해당성 판단기준을 인정하고 있다. 각국의 문화유산 해당 판단 및 유통구조의 투명화 등에 대한 유럽연합의 보고서로 REPORT FROM THE

문화유산에 대한 공론장의 형성은 현재 시대의 문화적 정체성 등 과거와 현재를 잇는 문화적 성과들에 대한 광범위한 토론을 통하여 판례의 문구들이 의미 없는 수식어가 아니라 법관의 해석을 통해 보충될 수 있는 실재적인 기준들이 제시되는 자리가 될 것이다. 이상적인 공론장의 형성은 용이하지 않더라도 적어도 일반인의 가치판단을 행정청의 전문적인 판단으로부터 유리시키지 않는 소통의 공간 마련이 필요하다고 본다.[203] 하버마스에 따르면 "모든 이가 결정짓는 과정에 참여할 충분한 가능성"을 갖고 "모든 사람이 미학 역사 가치 향유"할 때 문화유산의 현재적 가치가 타당하게 구성된다.

Ⅳ. 소결

지정문화재의 경우 지정여부에 대한 판단이 오로지 행정청에 의하여 이루어지고 있으며, 전문위원회의 구성에 있어서도 국회의 간접적 개입 혹은 국민의 요구가 반영될 여지가 매우 적다. 일반동산문화재의 경우 이런 부족한 행정청과의 소통조차 보장되지 않은 상태이다. 따라서 일반동산문화재의 경우 집단적 감정가치의 성립가능성이 매우 희박하다고 볼 수 있다. 따라서 공론화를 실제로 의미있게 하기 위해서는 전문위원회 구성의 민주성 확보가 필수적일 것이다. 이러한 실질적 공론화를 위한 절차가 마련되지 않는다면 집단의 감정가치 침해는 정서의 훼손의 정도에 머무르기 때문에 일반수범자에게 문화유산 보호의무를 부과할 수는 없다.

문화재에 대한 불법반출 및 손괴 등에 대하여 형사처벌 함에 있어서 집단적 승

COMMISSION TO THE COUNCIL, THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, Third report on the application of Council Directive 93/7/EEC on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State/Brussels, 30.7.2009/COM(2009) 408 final. (http://eur-lex.europa.eu/legal-content)

203) 이탈리아의 문화재 및 경관재법은 동산의 경우 작가가 생존하지 않고 제작 후 50년이 지난 경우, 부동산의 경우 70년이 경과한 경우 제10조 제2항의 감정을 받도록 하고, 감정을 통해 문화재에 해당하는 경우에만 법적 보호 및 제재의 대상으로 삼는다. 이에 대한 설명으로 김민동, 전게논문, 327면.

인 과정이 없다면 앞에서 본 것과 같이 미학적 경험과 문화적 경험을 통하여만 축적될 수 있는 공동체의 공감을 국가가 형법을 수단으로 하여 강제하는 결과를 낳는다. 즉, 이러한 공론화 과정이 없다면 법적보호를 받을 수 없는 정서침해의 영역에 속하게 된다. 왜냐하면 일반수범자에게 구체화되지 않은 문화유산의 보호의무를 부과할 수 없기 때문이다. 또한 아직 공론화되지 못한 하지만 많은 사람들이 당연하게 받아들이고 있는 법제 외 영역의 관습을 공감의 결과로 볼 것인가의 문제도 제기될 수 있다.

예술적 체험의 보편성은 주관적 보편성으로, 형법의 근간이 되는 객관적 이성과는 계보가 다른 이야기이다. 따라서 법적 강제가 작용하기 위해서는 단순히 관습의 영역으로 남겨두는 것이 아니라 공론의 장으로 가지고 나와 일정한 승인절차를 거칠 필요가 있다. 그 내재적 가치를 평가하는 주체가 개인이나 행정권력이 될 수는 없기 때문이다. 문화재의 경우 지정·등록 등의 절차를 거치게 되면 충분하지는 않지만 간접적으로나마 이러한 승인 절차를 거쳤다고 간주할 수 있겠지만, 일반동산문화재의 경우에는 아직 가치 평가가 개인적 수준에 머물러 있고, 설사 그 대상이 민족의 핵심적인 사상의 응집체라고 하더라도 이에 대하여 관세나 세금 등 다른 법률상의 제제 외에 형법적 개입을 시도하는 것은 적절하지 않다고 할 것이다.

제4장 문화재보호법상 형벌규정의 헌법적 제한

문화재 개념은 제2장에서 살펴본 바와 같이 사회과학적, 인문학적 접근이 필요하기 때문에 추상적이고 가치충전적이다. 더불어 문화재보호법은 다수의 행정법들과 마찬가지로 문화재 개념요소들이 여러 차례 재위임을 통해 규정되고 있다. 개념의 추상성과 불확정성, 그리고 법률의 내용 인식을 위한 접근의 불편함은 수범자의 예견가능성을 통해 법적 안정성을 확보하고 형벌의 적극적 예방을 꾀하는 명확성 원칙 확보에 걸림돌이 되고 있다. 또한 문화재보호법은 문화재를 기능·양식에 따라 분류를 시도하였지만, 법문만으로는 문화재 해당성을 확정할 수 없고, 지정·등록 등 행정행위를 통해서야 비로소 그 해당성을 결정할 수 있다. 일반동산문화재의 경우, 문화재보호법상 벌칙규정에서도 행정용어들이 여과 없이 사용될 뿐만 아니라 범죄행위 실행 이전에 문화재 해당성을 확인할 절차가 보장되지 않고 있기 때문에, 수범자가 법률의 내용을 인식하고 그 위반의 결과를 예측하기 어려운 것이 사실이다.

문화재보호법상 벌칙규정의 법정형은 형법상 동일한 행위유형에 비하여 상당히 가중되어 있다. 예를 들어 형법 제329조는 절도행위에 대하여 6년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금을 법정형으로 정하고 있는데 비하여, 문화재보호법 제92조는 국가지정문화재에 대한 절취는 선택형 없는 3년 이상의 유기징역을, 그 외 지정·가지정, 일반동산문화재에 대한 절취에 대해서는 선택형 없는 2년 이상의 유기징역으로 그 법정형을 더욱 무겁게 정하고 있다. 문화재의 원형보존 및 활용이라는 문화재보호법의 입법취지만으로는 개인의 재산권 등 헌법상 기본권을 형법보다 과중하게 제한하는 동법의 벌칙규정을 정당화하기 곤란하다. 따라서 문화재보호법상 벌칙규정의 보호영역의 성격을 분석하고, 동법위반행위가 발생시키는 위해성과 다양한 형법상 범죄행위로 인한 위해성을 비교함으로써 문화재보호법상 가중처벌이 헌법상 정당화될 수 있는지 평가하는 작업이 필요하다. 더 나아가 이러한 형사

처벌이 문화재의 보호와 활용이라는 문화재보호법의 입법목적에 어느 정도 기여하는지도 검토의 대상이 된다.

이와 같이 문화재보호법상 벌칙규정에는 명확성 원칙과 비례성 원칙이라는 두 가지 헌법적 제한 원리의 위반 여부가 문제된다. 따라서 이 장에서는 우선 명확성 원칙과 비례성 원칙의 관계를 살펴 본 후, 문화재보호법 특유의 기준에 따라 명확성 원칙과 비례성 원칙 위반 여부를 검토하도록 한다.

제1절 명확성 원칙과 비례성 원칙의 관계

일반적인 경우 헌법재판소는 형법규정의 법문의 명확성이 문제되는 사안에서 우선 명확성원칙의 위반여부를 검토한 후, 기본권이 침해되는지 여부를 심사한 후 비례성원칙을 적용하고 있다.[1] 구체적인 예를 살펴보면, 헌법재판소는 "집단적인 폭행 · 협박 · 손괴 · 방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위의 주최를 금지하고, 이에 위반한 집회 또는 시위에 그 정을 알면서 참가한 자를 형사처벌하는" 구 집회및시위에관한법률(이하 구집시법) 제5조 제1항 제2호 및 제19조 제4항에 대하여 "법과 제도, 개인의 생명 · 자유 · 재산 등 기본권 및 국가와 사회의 존속을 위해 필수적인 것으로 인정되는 가치와 규준 등에 대해 사회통념상 수인할 수 있는 혼란이나 불편을 넘는 위험을 직접 초래할 것이 명백한 집회 또는 시위를 말하고… 형법상 범죄인 폭행 · 협박 · 손괴 · 방화 등 행위가 집단적으로 이루어짐으로써 그와 같은 위협이 발생할 것을 요구하고 있으므로…구 집시법의 체계적인 해석에 비추어 그 의미를 분명히 할 수 있으므로

1) 최근에는 과잉금지원칙과 비례성원칙 동일한 의미로 사용하는 경우가 대부분이다. 따라서 이하에서는 판례의 표현이 과잉금지원칙이더라도 용어의 혼잡을 막기 위해 비례성원칙으로 통일하도록 하겠다. 과잉금지원칙과 비례성원칙의 관계에 대한 논의를 소개하고 양자를 동일하게 파악해야 한다는 견해로 이부하, "비례성원칙과 과소보호금지원칙," 276면; 한편 비례성원칙이 구체화되는 영역을 방어권 제한, 급부권 제한, 평등권 제한 등으로 분류하고 과잉금지원칙은 방어권 제한의 사례에서만 적합한 용어사용이라는 설명으로 이준일, "헌법상 비례성원칙," 36면.

불명확하다 할 수 없고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이라면 금지되는 행위가 무엇인지를 예측하는 것이 현저히 곤란하다고 보이지 않으며, 나아가 어떤 행위가 법적인 구성요건을 충족시키는지는 법원이 개개의 구체적인 사안에서 통상적인 법률의 해석·적용을 통해 해결할 문제라 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항들은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다"고 하여 우선적으로 명확성 원칙을 검토하고 있다.[2)]

그 다음 단계로 판례는 해당 조항으로 인하여 제한되는 기본권의 유무와 그 제한이 정도를 검토하고 있다. 마지막으로 "집단적인 폭행·협박 등이 발생한 집회 또는 시위를 해산하고 질서를 회복시키는 데는 일반적으로 상당한 시간과 경찰력이 동원되고, 그 과정에서 공공의 안녕질서나 참가자나 제3자의 신체와 재산의 안전 등이 중대하게 침해되거나 위협받을 수밖에 없으므로, 그와 같은 집회 또는 시위의 주최를 절대적으로 금지하는 것은 공공의 안녕질서를 유지하고, 집회 또는 시위의 참가자나 이에 참가하지 않은 제3자의 생명·신체·재산의 안전 등 기본권을 보호하기 위한 것으로서 정당한 목적달성을 위한 적합한 수단이며, 목적달성에 필요한 정도를 넘은 과도한 제한이 된다고 보기 어렵다. 나아가 위와 같은 금지에 위반한 정을 알면서도 그러한 집회 또는 시위에 참가한 자는 직접 폭행·협박 등 행위에 참여하지 않았다 하더라도 고유한 불법성이 인정되고, 그러한 참가행위의 금지는 폭력적 집회 또는 시위의 확대 방지를 위한 사전예방의 측면에서도 필요성이 인정된다. 한편 이 사건 법률조항들을 통해 달성하려는 공공의 안녕질서 유지, 기본권 보호의 필요성은 양보하기 어려운 것이므로, 그로 인해 제한되는 사익과의 관계에서 현저한 불균형이 존재한다고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항들은 비례성원칙에 위반하여 집회의 자유를 침해하지 아니한다"고 하여 비례성원칙의 위반 여부를 검토하고 있다.[3)]

이에 반하여 헌법재판소는 형벌규정에서 정하는 구성요건이 개념이 지나치게 광범위하거나 불명확하여 수범자의 기본권의 중대한 침해를 야기할 수 있는 경우에 명확성 원칙 대신 비례성원칙을 심사하거나 비례성원칙 위반을 중심으로 보고

2) 헌법재판소 2010. 4. 29. 자 2008헌바118 결정.
3) 헌법재판소 2010. 4. 29. 자 2008헌바118 결정.

이후 명확성 원칙의 여부를 보조적으로 검토하는 판례들도 내놓고 있다.[4] 헌법재판소는 구집시법 제3조 및 구 국가보안법 제7조에 대한 헌법소원 사건에서 "구집시법 제3조 제1항 제4호를 그 문리대로 해석하면 그 적용범위의 광범성 때문에 헌법 제37조 제2항 소정의 기본권제한의 한계를 넘게 되며, 제한의 준칙을 어겨 국민의 기본권을 침해하는 결과를 피할 수 없다"고 하면서 기본권 침해여부 및 목적의 정당성, 수단의 적합성, 최소침해성, 법익형량 등 비례성 심사를 우선 거친 후 명확성 원칙에 대해서는 별다른 검토 없이 "여기에서 제시한 기준이면 허용될 집회·시위와 금지될 집회·시위가 구분되므로 처벌 범위의 불명확성과 광범성 때문에 생기는 죄형법정주의의 위배 기타 위헌적인 소지는 없어질 것이다"라고 하여 비례성 원칙의 준수와 명확성의 확보를 동일한 선상에서 보고 있다.[5]

형벌법규의 명확성 문제를 비례성심사를 통하여 해결할 수 있는지에 대해 의문을 제기하지 않을 수 없다. 왜냐하면 법률의 명확성 원칙은 법률 성립의 정당성이라는 사전단계에 위치하기 때문이다. 법률의 합헌성을 심사함에 있어 두 원칙은 동일한 단계에서 적용되는 것이 아니라 오히려 단계적 관계를 갖고 있다. 명확성원칙은 형벌규정이 보호하고자 하는 법익과 그로 인하여 제한·침해되는 법익 간의 교량을 위한 준비작업으로, 명확한 규정을 통하여 각 법익의 범위와 내용이 확정된 다음에서야 비례성 심사가 가능하기 때문이다.

위와 같은 헌법재판소의 예외적 결정이 이루어진 이유는 다음과 같이 분석된다. 첫째, 규율영역의 특성상 가치판단이 내재한 용어의 사용이 불가피하다고 간주한 다음, 명확성 판단의 기준을 수범자가 아닌 법관으로 설정한 것으로 보인다. 수범자에게 문리해석 이상의 법률해석을 기대하기는 어렵기 때문에 명확성 원칙을 통하여 수범자의 예견가능성을 확보하도록 헌법이 요구하는 것인데, 이 결정은 법문언이 지나치게 광범위하여 위헌적이라는 판단을 하면서도 비례성심사를 통하여 포섭범위를 조정하여 보완될 수 있다는 근거를 제시하여 결국 명확성의 인적 판단기준은 법관이라는 결론에 도달한다. 이러한 헌법재판소의 입장은 명확성 원칙의 본래 취지에 어긋날 뿐만 아니라, "건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이

4) 이러한 문제제기로 문재완, "위헌심사기준으로 과도한 광범성의 원칙," 313-316면.
5) 헌법재판소 1992.1.28. 자 89헌가8 결정.

그 해당되는 적용대상자와 금지되는 해당 행위를 구체적으로 충분히 알 수 있도록 규정" 되어 있을 때에 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 다소 광범위한 개념의 사용이 정당화될 수 있다는 다수의 헌법재판소 결정과도 배치된다.[6)]

둘째, 가치판단이 내재한 용어의 포섭범위 및 그 용어가 적용되는 행위의 범위의 적절성을 판단함에 있어서는 명확성심사와 기본권 제한의 한계에 대한 비례성심사가 혼재한 면이 있기 때문에, 비례성심사가 명확성심사를 대체할 수 있다고 판단한 것으로 보인다. 급부행정의 경우에는 개념의 포괄범위가 다소 광범위하더라도 형식적 혹은 실질적 의미의 법치국가원칙의 훼손우려가 적기 때문에 비례성심사만으로도 위헌의 소지가 치유될 수 있을 것이다. 하지만 형사처벌과 같이 침익적 결과를 발생시키는 국가작용의 경우에는 개념의 광범위성이 기본권 침해와 직접적 연관성을 갖게 된다. 따라서 형사법규의 경우에는 포섭의 광범위성에 대한 비례성심사 전에, 단어의 의미가 특정적이고 수범자가 예측할 정도의 명확성될 필요성이 높아진다.[7)] 불명확한 개념을 내포한 조항에 대한 비례성심사가 이루어질 경우 예측가능성의 미확보 등으로 인하여 기본권에 대한 중대한 침해가 발생할 개연성이 매우 높기 때문이다.[8)] 굳이 비례성심사를 선행하거나 비례성심사로 명확성 원칙 위반 검토를 대체하기 보다는 명확성에 대한 심사를 선행하는 것이 수범자의 예측가능성 확보라는 명확성 원칙의 본래 목적과 심리의 논리성 및 효율성 확보에 도움이 될 것으로 판단된다.[9)]

---

6) 헌법재판소 2001.6.28. 자 99헌바31 결정.

7) 동지의 견해로 성왕, "문화재보호법 제81조 제4항 등 위헌확인-사법상의 보유권한을 불문한 도굴문화재 보유·보관 행위의 처벌과 재산권의 제한," 253면.

8) 동지의 견해로 성기용, "명확성원칙에 관한 소고," 19-20면.

9) 예를 들어 일반동산문화재의 개념이 비교적 명확성을 갖추고 있다는 가정을 해보겠다. 법률이 일반동산문화재의 개념 안에 50년이 지난 미술품을 모두 일반동산문화재의 확인 대상으로 삼는다면, 미술품 시장의 존립 및 개인의 재산권과 관련하여 비례성원칙을 위반한 것은 아닌지 의심해 볼 수 있다. 지정문화재의 무허가수출행위를 형사처벌하는 규정을 일반동산문화재의 반출에 관한 조항에서 준용하는 것 또한 명확성보다는 비례성의 심사대상이 된다; 물론 구체적인 사안을 포섭하기 위하여 피고인에게 불리한 해석을 무리하게 시도할 경우에는 명확성의 원칙이나 비례성의 원칙이 아니라 죄형법정주의원칙의 파생원칙인 유추적용원칙 위반이 문제된다. (국가지정문화재의 현상변경 금지조항에서 천연기념물은 살아있는 것에 한하고 죽은 소쩍새를 포함시키는 것은 유추금지원칙에 반할 우려가 있다는 판례로 대법원 2002.2.8. 선고 2001도5410 판결; 문화재보호법상 지정문화재에 관한 행정명령위반등의 죄에

제2절 명확성심사

Ⅰ. 의의·방향·범위

1. 행정법상 형벌조항에 대한 명확성심사의 중요성

“법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”는 헌법 제12조 제1항 후단과 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니”한다는 헌법 제13조 제1항 전단은 죄형법정주의 원칙을 직접 명시하고 있다. 즉 죄형법정주의란 자유주의·권력분립·법치주의·국민주권의 원리를 기초로 하여 반드시 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가를 정하여야 한다는 원칙이다.[10] 이러한 헌법적 근거를 가진 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견함으로써 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하는 것을 의미한다.[11] 형벌법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 예측할 수 없어 범죄예방의 효과를 기대하기 어려워질 뿐만 아니라, 법관의 자의적인 해석에 따라 범죄의 성립 여부가 결정되어 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념이 구체화되어 나타난 죄형법정주의가 잠식될 수 있기 때문이다.[12]

사회 각 분야의 발전에 따라 각종 특별법들이 양산되면서 죄형법정주의 파생원칙 중 명확성 원칙에 대한 우려가 가장 두드러지게 나타나고 있다. 명확성 원칙의

관한 조항을 적용함에 있어서 지정문화재의 범위에 가지정문화재를 포함시키는 것은 유추적용금지 원칙 위반이라는 판례로 대법원 2005. 2. 18. 선고 2003도4158 판결.)

10) 헌법재판소 2015. 4. 30. 자 2013헌바55 결정.

11) 대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도12939 판결; 명확성 원칙을 죄형법정주의에서 파생된 원칙이 아니라 독립된 하나의 원칙으로 보아야 한다는 견해로 정극원, “헌법재판과 명확성의 원칙,” 22-23면.

12) 헌법재판소 2010. 12. 28. 자 2008헌바157 결정.

훼손이 죄형법정주의의 가장 큰 화두가 된 것은 전문분야에 대한 입법이 증가하고, 특히 형벌규정이 각종 전문분야를 다루는 행정법에 산개하여 존재하게 되면서부터였다. 전문분야의 기술적 용어나 행정법상의 개념이 입법과정에서 충분한 의견개진 및 연구과정 없이 그대로 형법으로 유입되거나 사안의 해결을 위해 지나치게 서둘러 입법부터 진행함으로써 불명확한 개념과 법률문언의 사용이 빈번해졌고,[13] 상황변화에 신속히 대처하려는 취지로 시행령뿐만 아니라 시행규칙에까지 위임입법이 이루어졌기 때문이다. 점차 행정법의 관할 영역이 확대됨에 따라서 법규명령에 위임입법이 이루어지는 정도를 지나 행정청의 결정, 즉 행정행위가 구성요건에 포섭되는 경우도 상당하다. 이러한 입법경향은 죄형법정주의의 다른 파생원칙보다 명확성 원칙에 가장 큰 영향을 끼쳤다. 법률주의나 유추적용금지 원칙이 법관에게 적용되는 제한원리로서 사회변동에 큰 영향을 받지 않고 있는 반면에 명확성 원칙은 정치·경제 등 사회의 변동에 예민할 수밖에 없는 입법자가 준수할 원칙이기 때문이다.[14]

명확성 원칙의 기준은 법적안정성 확보 및 적극적 일반예방적 효과 창출을 위한 수범자의 예측가능성과 법집행기관의 자의적 집행의 배제 여부라고 할 수 있다. 판례는 "처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 모든 구성요건을 단순한 서술적 개념으로 규정하여야 하는 것은 아니고, 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 처벌법규의 명확성에 배치되는 것이 아니"라고 하면서 해석을 필요로 하는 가치충전 개념을 사용할 수 있음을 인정하였다.[15] 또한 "어떠한 법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부"라는 명확성 정도에 대

13) 하태훈, "형법학원론에 대한 서평," 792면.
14) 임웅, "형법상 명확성의 원칙," 482면.
15) 대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도12939 판결.

한 기준을 제시하고 있다.

이에 더하여 각종 행정법의 벌칙규정에 위치한 형벌규정들 중 행정행위 자체를 구성요건으로 하는 경우가 증가하고 있다는 점을 고려할 때, 당해 형벌규정의 구성요건이 된 행정행위 또한 예측가능성의 심사대상이 된다고 할 것이다. 예를 들어 행정법상 허가의 경우, 허가 없는 행위를 처벌하는 형벌규정을 포함하고 있는 해당 행정법 내에 허가를 필요로 하는 행위를 수범자가 충분히 인식할 수 있도록 허가가 요구되는 상황 및 허가의 요건 등에 대한 상세한 규정이 필요하다.

2. 문화재보호법상 형벌조항에 대한 명확성심사의 방향과 범위

문화재보호법상 문화재 개념은 '역사적·예술적 또는 학술적 가치,' '문화적 소산' 등 법문상 개념표지의 대부분이 행정법상 불확정개념에 속하고,[16] 이에 따라 벌칙규정에까지 영향을 미치고 있다. 이러한 개념들은 그 자체로는 명확한 정의가 어렵기 때문에 행정청의 해석 및 적용에 있어서 판단의 여지가 인정될 수 있는지 문제된다.[17] 또한 판단여지의 인정에 있어서 구체적 영역에 대한 포섭에 대해서만 인정할 것인지 법해석 일반으로 확장할 것인지도 중요한 논점이 된다.[18] 즉, 다른 법영역에서 불확정개념의 해석에 있어서 행정청의 재량에 따른 판단의 여지를 인정했다고 하더라도 서로 다른 성격의 법영역의 사안에 대해서도 일률적으로 적용할 수 있는지 문제가 된다.

특히 문화재보호법과 같이 정의규정에 가치충전적인 불확정개념이 다수 존재하고, 그 개념을 바탕으로 형사처벌까지 부과되는 경우 명확성원칙 위반의 우려가 있다. 문화재의 개념에 대한 입법의 경우 명확성 단계에서 문제가 되는 것은 법률 자체의 명확성과 법에 근거한 행정청의 행정행위가 처벌규정의 구성요건이 된 경우 그 행정행위와 명확성원칙과의 관계일 것이다. 여기서는 우선 법률 자체의 명확성

16) 불확정법개념에 대한 설명으로 홍준형, "행정법상 불확정법 개념과 판단여지의 한계 - 최근 독일에서의 판례 및 이론 동향을 중심으로 -" 79면.

17) 김동희, 행정법 I, 270면.

18) 홍준형, 전게논문, 81면.

을 살펴보고, 불확정개념에 대하여 행정청에 광범위한 판단여지를 인정할지 아니면 법원의 해석이 개입되어야 하는지 살펴볼 필요가 있다. 또한 법원의 해석에 있어서 일반 수범자가 실질적 의미에서 명확성 판단기준으로서의 의미를 가지기 위한 방안의 모색이 필요하다. 행정법상 벌칙규정의 경우, 불확정개념의 사용과 거듭된 위임으로 인하여 수범자의 법률내용에의 접근성이 저하되고 있다. 하지만 영역의 특성상 추상적이고 가치충전적인 개념사용이 불가피한 경우라면 명확성 판단은 전적으로 법원의 해석에 의존할 수밖에 없다. 따라서 이러한 명확성의 미비를 보완하는 방안으로서 수범자의 실질적 접근성을 높일 수 있는 절차적·단계적 접근법이 요구된다.

이러한 문제의식을 바탕으로 명확성 심사의 기준을 구체화하기 위하여, 문화재의 가치에 대한 수범자의 판단에 대한 헌법적 보호영역을 확정하고, 수범자가 갖는 가치판단의 자유를 제한할 입법의 명확성 정도를 우리나라와 미국의 판례를 통해 살펴본다. 명확성심사 기준을 설정한 후에는 지정 및 가지정문화재와 일반동산문화재의 무허가수출행위를 처벌하는 제90조 제1항과 제2항과 문화재의 손괴 등을 처벌하는 제92조를 중심으로 문화재에 대한 명확성 심사의 기준과 정도를 살펴보도록 한다.

첫 번째 단계로 문화재보호법상 문화재 개념의 명확성을 살펴본다. 지정·가지정문화재의 경우 법문이 불명확하더라도 행정청의 지정·가지정 행위를 통하여 수범자가 문화재 해당성과 불법반출 및 훼손 등의 경우 형사처벌될 수 있다는 사실을 인식할 수 있으므로, 개념의 불명확성이 행정행위를 통하여 간접적으로 확보된다고 할 수 있다. 다만 일반동산문화재의 경우 불명확한 개념이 행정청의 확인 등 절차를 통해 보완되지 않고 여과 없이 그대로 벌칙규정에 투입되어 있기 때문에, 수범자의 예견가능성 확보가 사실상 불가능하다. 따라서 이 단계에서는 일반동산문화재를 대상으로 검토하도록 한다. 두 번째 단계로 지정행위와 일반동산문화재에 대한 확인행위의 성격이 행정행위이고 법문언상 행정행위가 요건이 되는 문화재보호법상 벌칙규정의 명확성 확보를 위한 행정행위의 요건을 살펴본다. 불확정개념이 불가피한 영역에서, 행정행위에 대한 절차적·단계적 접근은 명확성 확보의 입법기술상 한계를 극복하는 방안이 될 수 있을 것이다. 이 단계에서는 일반동산문화재뿐

만 아니라 지정・가지정・등록문화재 또한 검토의 대상이 된다. 행정행위의 절차적・단계적 접근은 법문의 명확성 확보를 위한 최소한의 기준이기 때문이다.

II. 문화재보호법상 “문화재” 개념의 명확성

1. 헌재 98헌바 67 결정 검토

[판시사항]

문화재보호법 제2조 제1항 제2호 중 "유형의 문화적 소산으로서 역사상 또는 예술상 가치가 큰 것과 이에 준하는 고고자료"부분이 불명확하여 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

[결정요지]

[다수의견]

"유형의 문화적 소산으로서 역사상 또는 예술상 가치가 큰 것"이라 함은 이 법률조항의 입법목적에 비추어 볼 때, '보존하고 활용할 가치가 있는 것'을 가리키고, 그와 같은 가치가 있는지 여부는 그 물건이 지닌 시대성, 희귀성, 예술성 및 화폐단위로 환산된 가치 등을 종합적으로 고려하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 통하여 판단할 수 있으며, 구체적인 사건에서는 법관의 합리적인 해석에 의하여 판단할 수 있다. 또한 법 제76조 제1항 의 비지정동산유형문화재는 시행령과 시행규칙에 구체적인 범위가 규정되어 있고, 법 제76조 제2항 은 문화재로 오인될 우려가 있는 동산을 국외로 수출 또는 반출하고자 하는 경우에는 미리 문화체육부장관의 확인을 받도록 규정하여 문화재의 개념을 오인한 자로 하여금 형사처벌을 받을 위험을 제거하는 제도적 장치를 하고 있으므로, 이 법률조항은 입법목적과 다른 조항과의 연관성, 합리적인 해석가능성, 입법기술상의 한계 등을 고려할 때, 어떤 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고 볼 수 없으므로 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.

[재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 고중석, 재판관 신창언의 반대의견]

"역사상 또는 예술상 가치가 큰 것"이라는 용어는 처벌법규의 구성요건으로는 그 내용이 지나치게 추상적이고 모호할 뿐만 아니라, 어떤 물건이 역사상 또는 예술상 가치가 있는 것인지, 또 어느 정도로 가치가 큰 것이 비지정문화재에 해당하는 것인지를 판별할 수 있는 기준이 전혀 없어 건전한 상식과 통상의 법감정을 가진 사람도 어떤 물건이 처벌대상의 비지정문화재인지를 도저히 알 수가 없고, 법관의 해석을 통하여서도 그것을 명확히 판별하기가 쉽지 않다. 따라서 비지정동산유형문화재를 국외로 수출 또는 반출하는 자를 처벌하도록 규정한 법 제80조 제2항은 죄형법정주의에 위반된다.[19]

가. 결정내용의 정리

현행 문화재보호법은 제2조의 정의규정에서는 문화재의 개념에 대하여 대강의 추상적 기준만을 제시하고, 동법 제60조 [일반동산문화재 수출 등의 금지] 제6항에서 일반동산문화재의 범위에 대하여 대통령령에 위임하고 있다.[20] 문화재보호법 시행령 제36조는 제1항은 "일반동산문화재의 범위는 회화, 조각, 석조물, 공예, 전적, 고문서, 서간, 서각, 근대매체, 고고자료, 자연사자료, 과학기술용구 및 민속자료, 외국문화재로 한다"고 하여 본법 정의규정에서 제시하고 있는 예시에 서각과 자연사자료 및 기술용구, 민속자료, 외국문화재를 첨언하였다. 또 본조 제2항은 구체적인 내용에 대한 아무런 규정 없이 다시 문화체육부관광부령으로 재위임하였다. 재위임받은 시행규칙 제42조는 별표로 구체적 범위를 정하도록 하였고, 별표를 살펴보면,[21] 시행령 제36조 제1항에서 예시한 유형들을 분류하여 제시하고 있으며 이에 포함되더라도 제외대상의 조건에 해당되면 일반동산문화재에 속하지 않게 된다. 제외대상의 조건은 ① 객관적 시간요건으로서 50년 이상의 물건(현대작도 포함), ② 다량 제작으로 인하여 대체가 가능한 것, ③ 제작기법이 졸렬하며 특이성이 없어 역사적·학술적·예술적 가치 또는 민속문화재로서 가치가 없는 것 등이 각 유형에서 공통되게 제시되고 있다.

결정의 다수의견은 이러한 문화재보호법상 문화재에 대한 개념 규정 방식 및 내용에 대하여 "유형의 문화적 소산으로서 역사상 또는 예술상 가치가 큰 것"이라 함은 이 법률조항의 입법목적에 비추어 볼 때, 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달을 기하고 국민의 문화적 향상을 도모함과 아울러 인류문화의 발전에 기여하기 위해 이를 보존하고 활용할 가치가 있는 것을 가리키고, "이에 준하는 고고자료" 역시 위와 같은 보존·활용의 가치가 있는 것만을 의미하는 것이라고 판시하였다. 따라서 문화재보호법상 일반동산문화재의 정의는 '국가지정문화재, 시·

---

19) 헌법재판소 2000. 6. 29. 자 98헌바67 결정.

20) 추상적인 문화재개념으로 인하여 위헌소원 등이 제기되자 2001년 개정에서 제2조 정의규정이 아닌 지정 문화재의 수출행위금지 규정을 준용하는 일반동산문화재의 수출금지에 관한 조항에서 일반동산문화재의 범위와 확인절차를 대통령령으로 위임하는 항을 신설하였다.

21) 시행규칙상 별표2는 부록 참조.

도지정문화재, 문화재자료로 지정되지 아니한 전적 · 서적 · 고문서 · 회화 · 조각 · 공예품 등 유형의 문화적 소산으로서 역사상 또는 예술상 가치가 큰 것과 이에 준하는 고고자료 중 동산인 것’을 뜻한다고 말할 수 있다.

또한 “역사상 또는 예술상 가치가 큰 것과 이에 준하는”이라는 법문은 대상물건이 역사상 또는 예술상 가치가 큰 것만을 가리키므로 비록 역사성과 예술성이 있다고 하더라도 그 가치가 크지 않다면 문화재로 인정하지 않는다. 다수의견은 지정문화재와 일반동산문화재를 가치의 중요성을 기준으로 나누지 않고 있는데, 명확성 원칙 위반 여부가 아니라 과잉금지원칙 중 목적의 정당성을 검토하면서 “도난의 우려 또는 정부에 의한 관리 · 감독의 기피로 공개를 주저하고 그 위에 매장문화재의 도굴, 문화재의 은밀한 거래 등으로 인하여 문화재의 소재를 제대로 파악할 수 없는 것이 현실이므로 법이 규정하는 문화재의 지정도 이미 공개된 문화재에 한정될 수밖에 없고, 이러한 이유 때문에 비지정동산유형문화재 중에는 지정문화재보다 역사상 또는 예술상의 가치가 더 큰 것도 있을 수 있다”고 판시하였다.

이에 대하여 반대의견은 일반동산문화재의 수출 및 반출을 금지하고 위반시 3년 이상의 유기징역 및 몰수까지 규정하고 있으므로 이 처벌규정 해석에 있어서의 핵심은 “무엇이 역사상 또는 예술상 가치가 큰 것과 이에 준하는 고고자료인지”에 대한 판단이라고 강조하고, 불확정개념인 “역사상 또는 예술상 가치가 큰 것”은 처벌법규의 구성요건으로는 그 내용이 지나치게 추상적이고 모호하여 죄형법정주의에 위반된다고 주장하였다. 반대의견에 따르면 어떤 물건이 역사상 또는 예술상 가치가 있는 것인지, 또 어느 정도로 가치가 큰 것이 비지정문화재에 해당하는 것인지를 판별할 수 있는 기준이 문화재보호법상 전혀 제시되지 않고 있어 건전한 상식과 통상의 법감정을 가진 사람도 어떤 물건이 처벌대상의 비지정문화재인지를 도저히 알 수가 없고 법관의 해석으로도 분명히 할 수 없는 한계가 있다고 지적했다.

나. 다수의견 비판적 검토

문화재보호법 제2조 제1항 제1호는 유형문화재를 “건조물, 전적, 서적, 고문

서, 회화, 조각, 공예품 등 유형의 문화적 소산으로서 역사적·예술적 또는 학술적 가치가 큰 것과 이에 준하는 고고자료”라고 정의하고 있다. 이 조항의 명확성 원칙 위반여부가 문제되는 것은 지정이나 가지정, 등록 등으로 그 소유자나 제3자 당이 문화재임을 알 수 있는 공시절차가 있었던 국가지정문화재나 시·도지정문화재 등이 아니라 위 규정을 통해 문화재 해당여부를 판별해야 하는 일반동산문화재가 사건의 대상이 될 때이다.

다수의견은 문화재보호법 제2조의 “유형의 문화적 소산으로서 역사상 또는 예술상 가치가 큰 것”이라는 개념정의를 바탕으로 일반동산문화재를 파악하고 있다. 이 개념정의는 가치의 존재와 가치의 정도 문제로 나뉠 수 있다. 다수의견은 비록 역사적·예술적 가치를 인정할 수 있다고 하더라도 그 가치가 크지 않다면 문화재에 해당하지 않는다고 보고 있다. 또한 지정유무는 행정청의 문화재 발견이라는 사실적 행위가 선행되어야 하므로, 소유자의 은닉 등 지정이 사실상 불가능한 경우들을 감안하여 일반동산문화재와 지정문화재의 가치상 차이를 인정하지 않고 있다. 이러한 결론에 도달하는 가장 큰 이유는 문화재가 미학적·문화적 경험을 공유하는 집단의 공감형성 과정에서 생성되고 평가받는다는 특질을 간과했기 때문으로 보인다. 다수의견은 역사적·문화적 가치의 판단주체나 구체적 가치평가의 내용을 제시하지 않고, 일종의 ‘본유적 가치’만을 중심으로 문화재 해당성을 판단하고 있다. 하지만 적어도 형벌규정에서는 가치로부터 곧바로 법익이 도출될 수는 없다. 가치를 규범적 영역으로 포섭하는 작업은 집단적 공감을 형성하는 과정을 통해 이루어지기 때문에, 다수의견에서처럼 지정여부도 소통의 존부의 의미에서 중요한 의미를 갖는다. 반대의견 또한 역사적·문화적 가치라는 법문만으로는 추상성을 탈피할 수 없다고 비판한 바 있다.

다수의견은 문화유산의 본유적 가치가 형성되고 인식되는 과정을 간과함으로써 위임입법이 되는 과정 및 하위법령의 명확성 판단을 생략하는 문제점을 발생시켰다. 다수의견은 모법인 문화재보호법상 정의규정만을 검토하였는데, 사실 문화재보호법은 거듭된 위임과 하위법령의 명확성, 그리고 모법과의 관계에 있어서 포섭영역 비교가 중요한 심사대상이 된다. 또한 지정·등록·확인 등 행정행위의 유무가 벌칙규정의 구성요건에 규정되어 있다는 점을 미처 고려하지 못함으로써 행정작용

을 통한 수범자와의 소통 및 예견가능성 확보 가능성을 포착하는 데 실패하였다.

이러한 다수의견의 오류는 포괄위임입법금지원칙 심사를 생략하고 바로 비례성 심사로 들어가 목적의 정당성에 대한 심사에 집중해 있다는 점에서 가장 명확하게 드러난다. 목적의 정당성이 비례성심사에 포함될 수 있는지에 대해서는 많은 논란이 있으며,[22] 사법과 입법의 역할분담 상황을 고려해 보았을 때에도 비례성심사는 적합성과 필요성 그리고 이익형량을 중심에 두는 것이 적절하다고 생각된다. 반대의견은 다수의견과는 달리 수권법률의 명확성과 포괄위임입법금지원칙을 검토하고 있으며, 그 불명확성이 일반 수범자는 물론이고 법원의 해석까지도 불가능하게 하고 있다고 평가했다.

2. 심사기준과 강도

헌법재판소와 미국의 연방대법원은 사안이 포섭되는 영역에 따라서 명확성심사의 기준과 강도를 달리 정하고 있다. 문화재보호법상 문화재 개념은 개인의 미적·문화적 가치평가와 밀접한 관련을 가지고 있다. 따라서 동법상 벌칙규정의 명확성을 심사하기 위해서는 문화유산에 대한 가치판단의 헌법상 보호영역의 확정이 선행되어야 한다.

가. 문화유산에 대한 가치 판단의 헌법적 보호

(1) 문화유산에 대한 가치 판단의 성격

헌법재판소는 문화유산의 가치는 종국적으로 “화폐단위로 환산”될 수 있다고 보았다.[23] 문화유산을 “가격”이라는 기준을 통해 가치평가하려는 태도는 문화유산을 재산권 차원으로 국한하는 사고방식으로, 문화유산이 갖는 사회적·문화적 차원의 실천적 의미들을 간과하기 쉽다. 가격을 통한 가치판단은 최근 문화유산에 각

22) 목적의 정당성은 비례성심사에 포함될 수 없다는 견해로 이준일, “헌법상 비례성원칙,” 26-28면.

23) 헌법재판소 2000.6.29. 자 98헌바67 결정 다수의견.

국이 그 가격을 상회하는 공적 자금을 투여하고 있는 현실을 보면 경제적 관점만으로는 설명이 용이하지 않다.[24] 따라서 재산권 및 소유의 패러다임을 벗어나 문화유산의 규범적 의미에 집중할 필요가 있다. 문화유산은 음악・춤・문학・그림 등 예술영역과 건축・디자인・일상용품을 아우르는 개념이면서 동시에 그 일부분을 이루는데, 그 존재목적의 규범적 의의가 개인적 행복과 공동체의 단합이라는 점에서 각 구성부분들과 공통점을 갖는다.[25] 따라서 예술에 대한 가치의 판단의 법적 성격을 살펴봄으로써 간접적으로 문화유산에 대한 가치판단의 법적 의미를 조망할 수 있을 것이다.[26]

예술의 규범적 의미는 '무엇이 훌륭한 예술인가'에 대한 것이 아니라 예술이 사회적으로 갖는 일반적 의미에 대한 것으로, 역사적으로 볼 때 어느 사회에서나 형식의 차이만 있을 뿐 예술영역이 존재해왔지만 훌륭한 예술에 대한 기준은 시대에 따라 계속 변해왔기 때문이다.[27] 예술의 규범적 의미에 대해 과거 미국은 관세 및 조세와 관련된 판례들에서 구상성이라는 형식적 기준을 중심으로 파악했으나,[28] 점차 독창성이나,[29] 관중들과의 소통 가능성 등 기준을 다양하게 제시해왔다.[30]

예술은 예술품 혹은 예술행위를 매개로 하여 예술가와 대중 간의 소통을 통해 그 가치를 갖게 된다.[31] 예술은 대중과의 소통 과정을 통하여 가치를 형성하기 때

---

24) 우리나라는 문화유산의 법적 성격을 보존공물로 보고, 개인의 소유를 인정하지만 그 보존과 활용에 있어서는 공익을 위한 제한이 가해질 수 있다고 이론구성하고 있다. 미국 연방대법원도 public forum 법리를 통해 공물에 대한 국가의 소유권도 시민의 표현의 자유를 위해서는 제한될 수 있다고 보고, 문화유산의 향유권을 보장하기 위해 공적 자금 투입이 가능하다고 본다. 또한 멕시코의 경우에는 반출된 문화재를 모두 공공재화로 간주하여 그 보호를 강화하고 있다. 이에 대한 설명으로 Herscher, "International Control Efforts: Are There Any Good Solutions?" 117-118면.

25) Harding, "Value, Obligation and Cultural Heritage,", 303면.

26) 문화물(cultural object)과 예술품이 법적으로는 가치평가나 보호필요성에 관하여 밀접한 연관을 가지고 동일한 맥락에서 논의를 진행한다는 Coombe, "The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy," 257-258면.

27) Gerstenblith, *Art, Cultural Heritage, and The Law,* 9면.

28) *United States v. Olivotti & Co.*, 30 Treas. Dec. 586 (1916).

29) *Brancusi v. United States,* 54 Treas. Dec. 428 (Cust. Ct. 1928).

30) *Kleinman v. City of San Marcos*, 597 F.3d 323 (5th Cir. 2010).

문에 창작자는 예술가이지만, 수용하는 대중들 또한 예술의 자유의 주체가 된다고 할 것이다. 다만 예술은 예술가의 "표현"을 통하여 가치생성을 위한 작업을 완료한 것이고, 언론의 자유에서처럼 그것을 "전달"하는 것을 목적으로 하지는 않는다.[32] 따라서 예술가가 표현한 감성 및 내용을 공감하고 그에 대한 평가를 하는 것은 수용자 입장에서의 예술의 자유에 포섭될 수 있다. 이러한 과정을 통하여 예술에 대한 공감 형성의 주체가 되고, 소극적 의미에서 헌법상 예술의 자유의 보호대상이 된다. 한편 그 평가를 외부로 표현하는 경우에는 비평의 영역에 포함되어 언론·출판의 자유의 보호를 받게 된다.[33]

문화유산의 경우에도 개인적 미적 경험과 공동체의 정체성 형성에 이바지한다는 점에서, 문화유산을 매개로 한 제작자와 수용자 혹은 수용자 상호 간의 공감형성이 문화유산의 규범적 가치판단의 가장 중요한 요소가 되며 개인의 내심의 가치판단은 헌법상 예술의 자유에서 보호된다.[34] 따라서 법이 전문가집단을 통하여 문화유산의 가치를 책정공표하고 대상 문화유산의 가치를 훼손하는 행위를 처벌하는 것은 일종의 공감의 법적 강제로서 수용자들의 예술의 자유를 제한하게 된다.

(2) 헌법상 예술의 자유의 내용

1) 예술의 규범적 성격

한나 아렌트는 사회학적 관점에서 예술품과 일반 소비재와의 가장 큰 차이로 내구성을 꼽았다. 그에 의하면 제작된 사물이 사회구성원들에게 소비되지 않고 생존해야 문화적 의미를 가지며, 공리주의적이고 기능주의적인 특성으로부터 자유로울 때 예술이라는 지위를 획득하게 된다.[35] 미학적으로는 예술의 가치는 구상적인 재현과 정서를 나타내는 표현, 미적 정서를 불러일으키는 형식, 그리고 미적 소통

31) 허영, 한국헌법론, 445면.

32) 허영, 상게서, 445면.

33) 계희열, 헌법학(中), 384면.

34) 헌법상 양심의 자유는 是非의 문제를 보호대상으로 한다. 따라서 미적 판단을 포섭하기는 어렵다고 판단된다.

35) 아렌트, 전게서, 280-281면.

기능 등의 측면에서 평가될 수 있다.[36] 이러한 예술의 개념을 법적 개념으로 전환시키는 것은 매우 난해한 일이다. 예술이야 말로 법이 개입할 수 없는, 법이 개입하는 순간 법이 법으로서의 성질을 잃어버리는 예외상태가 존재하는 대표적인 영역이기 때문이다. 하지만 예술의 자유의 보호객체를 확정하여야 궁극적으로 국가의 불필요한 개입을 막을 수 있다는 점에서 그 개념정의는 불가피하다.[37]

이러한 난해성 때문에 미국에서는 초기 형식성을 중심으로 예술의 개념을 파악했지만, 새로이 등장하는 영역의 현대미술들을 포괄해내지 못한다는 단점으로 인하여 점차 예술의 실질적이고 내용적인 개념정의를 시도하며 여러 기준들을 제시하고 있다. 그 중 헌법적 의미에서 "예술이란 감각적으로 직관할 수 있는 조형의 모든 창조적이고 개성적인 행위라고 이해된다. 그러한 행위는 그 창조자의 개인적 체험이 객관화되어 표현된 것이며 커뮤니케이션을 통한 외부로의 의미전달을 지향한다"고 정의한 견해가 있었다.[38] 또한 독일연방헌법재판소는 "예술활동의 본질은 예술가의 인상·경험·체험 등을 일정한 형태언어를 수단으로 직접적인 표상으로 나타내는 자유로운 창조적 형성이다. 모든 예술적 활동은 합리적으로 풀어낼 수 없는 의식적 및 무의식적 과정들의 혼합인 것이다. 예술적 창조에는 직관, 상상 및 예술적 이해가 공동으로 작용한다. 그것은 무엇보다도 단순한 전달이 아니라 표현이다"라고 판단한 바 있다.[39]

미국의 *Kleinman v. City of San Marcos* 사건과 위 정의들을 살펴볼 때, 예술품의 창조와 관련된 요건 외에도 "관중과의 소통가능성," "커뮤니케이션을 통한 외부로의 의미전달," "예술적 이해" 등이 중요한 요소로 자리한다. 예술에 대한 법적 규제는 해당 예술작품이 사회적·역사적으로 갖는 내러티브를 참고할 때에만 정당성을 갖는다.[40] 즉 예술이 법적 의미를 갖기 위해서는 전문가뿐만 아니라 일반 수용자들의 견해를 참고해야 하며,[41] 추상적인 예술의 정의는 이러한 미적

---

36) 스테커, "예술의 정의," 329-339면.

37) 계희열, 전게서, 379면.

38) Schulz, R. in Maunz Dürig, Komm. z. GG. Art. 5 III, Rdnr. 29(계희열, 상게서, 380면에서 재인용).

39) BVerfGE 30, 173(188f.).

40) 이상돈, 예술형법, 58면.

대화의 과정을 통하여 구체화될 수 있다.[42] 대화의 양주체 중 하나인 수용자의 미적 감정은 이러한 측면에서 헌법상 예술의 자유의 보호객체가 된다.

여기서 소통이란 감성적·정신적 영역에 그치지 않고 사회의 예술에 대한 비평담론과 구체적 작품에 대한 예술비평의 형태로 나타나 법률가들이 법이 예술과 비예술을 나누는 기준의 중요한 자료가 된다.[43] 비평을 선별하는 법률가들은 비평을 자료로 삼지만 그 자신이 예술의 수용자로서 비평에 선재하는 미적 판단에서 자유로울 수 없고, 법관의 이러한 작업은 다시금 비평가들의 비판적 혹은 수용적 반응을 불러일으킴으로써 영향을 미치게 된다.[44] 예술작품과 예술가, 수용자가 주체가 되는 소통과 마찬가지로 법원에서도 이러한 방식으로 예술에 대한 이해가 교류하며 서로 혹은 스스로를 변화시킨다.

2) 예술의 자유의 구체적 내용

헌법 제22조 제1항은 "모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다"라고 간결하게 규정하고 있다. 이러한 규정의 간결성 때문에 예술의 자유의 내용 형성은 학설과 판례의 몫으로 남게 되었다. 일반적으로 예술의 자유의 내용으로는 예술창작의 자유, 예술표현의 자유, 예술적 집회·결사의 자유로 나뉜다.[45] 이에 더하여 소통으로서의 예술의 규범적 의미에 중점을 둘 경우 예술에 대한 미적 판단과 그 공감형성 또한 예술의 자유의 내용에 포함될 수 있을 것이다.

예술창작의 자유는 창작소재, 창작형태 등 창작과정 전반에서 임의적 선택의 자유가 보장되어야 함을 의미한다.[46] 예술의 자유는 과정뿐만 아니라 완성된 작품에까지 미치며,[47] 이에 대한 구체적인 입법으로는 예술가의 moral rights를 보장하는

---

41) 계희열, 전게서, 382면.
42) 허영, 전게서, 445.
43) 이상돈, 예술형법, 8면.
44) 이상돈, 예술형법, 25-26면.
45) 계희열, 전게서 383면; 허영, 전게서, 445면.
46) 계희열, 전게서, 383면; 허영, 전게서, 445면.
47) 계희열, 전게서, 383면.

미국의 시각예술가권리법(the Visual Artists Rights Act)가 대표적이다. 예술의 자기목적적 성격 때문에 예술의 형태를 갖춘 광고물이나 상품에 대해서는 예술의 범주에 포함시켜 헌법적 보호를 받게 할지에 대하여 논란이 있다.[48] 예술표현의 자유는 예술작품을 자유롭게 다른 사람들에게 표현하는 자유를 의미하며, 그 주체는 예술가에 국한되지 않고 예술품의 보급을 직업으로 하는 경우에도 주체가 될 수 있다.[49] 다만 예술작품에 대한 비평은 언론의 자유의 영역에 속한다.[50] 예술적 집회·결사의 자유는 예술활동을 위한 집회를 개최하고 결사를 조직할 수 있는 자유로서, 특별히 강한 보호를 받으나 결사 자체가 예술의 자유의 주체가 된다기보다는 그 구성원들 각각이 집단적으로 행사하는 것으로 이해한다.[51]

이상의 예술의 자유의 내용은 국가와 개인 혹은 제3자효를 인정할 경우 개인과 개인의 범주에서 논의되지만, 마지막으로 미적 판단과 공감형성의 자유는 공공의 영역과 개인의 영역, 법과 예술을 이어주는 제3의 영역에 속한다고 할 수 있다. 예술품에 대한 미적 판단은 개인적 영역에 속하지만, 공통의 미적 경험의 축적과 예술비평 및 예술가 및 법 등의 사회제도 등의 소통은 그 영역을 확장시킨다. 개인은 예술적 가치의 원천으로 법공동체를 포함한 모든 공동체 차원으로까지 그 예술적 가치의 원천을 확장시킬 수 있다.[52] 공동체로의 확장된 미적 가치는 단순히 개개인의 합이 아니라 단일성을 띠는 총체적(associative) 개념이다.[53] 공동체의 지속적인 소통을 통해 각 개인이 가지고 있던 미적 가치들은 추상화 과정을 거치게 되고,[54] 법은 그 중 공통성이 강하게 인정되는 영역 혹은 물건들을 공동체의 정신적 영역으로 승인하고 제도적 보호를 시도한다.[55] 따라서 이제까지 이 부분에 대한 헌법적

---

48) 상업적 목적의 제작품은 예술에서 제외하는 견해로 허영, 위의 책, 445면; 역사적으로 예술은 자기목적성 외의 정치적·종교적 기능성을 가져왔다는 점에서 헌법적 보호의 필요성을 부정할 수 없다는 견해로 계희열, 전게서, 383면.

49) 계희열, 전게서, 384면; 허영, 전게서, 445-446면.

50) 계희열, 전게서, 384면; 허영, 전게서, 446면.

51) 계희열, 전게서, 384-385면; 허영, 전게서, 446-447면.

52) 낭만주의와 자유주의에서의 개인과 국가의 관계를 조망하는 Fletcher, *Romantics at War-Glory and Guilt in The Age of Terrorism*, 35-36면.

53) Fletcher, 상게서, 36면.

54) Fletcher, 상게서, 165-166면.

논의가 제대로 이루어지지는 않았지만, 이러한 소통과 총체화 그리고 단일화 과정은 예술의 자유 및 우리 헌법이 특별히 보호하고 있는 민족문화의 전통의 근거로서도 중요한 역할을 수행한다.

나. 예술의 자유 혹은 표현의 자유

헌법 제21조는 "모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가지며, 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다" 고 규정하고 있다. 표현의 자유는 정신적 자유의 영역에서 보호하는 양심·종교·학문·예술의 자유를 실질적으로 담보한다.[56] 우리나라의 경우에는 예술의 자유를 헌법에서 독립적으로 보호하고 있고 판례도 예술적 표현의 자유를 인정하고 있다. 예술영역에 대한 법원의 심사는 예술의 창작과정에 대한 것보다는 예술의 표현에 대해 이루어지는 경우가 많으므로,[57] 대부분의 경우 예술의 자유를 따로 검토하지 않고 표현의 자유를 검토함으로써 해결하고 있다. 미국의 경우 명문의 헌법조항 없이 헌법상 표현의 자유 법리를 통하여 예술의 자유를 보호하고 있다. 우리나라와 미국의 예술의 자유에 대한 제한 및 보호를 판례를 통해 살펴봄으로써 각국의 예술적 표현의 자유를 제한하는 법률의 명확성 기준 설정의 배경을 이해할 수 있을 것이다.

(1) 예술적 표현에 대한 우리나라 판례 검토

예술적 표현에 대한 법원의 제한은 도덕적·정치적·경제적 측면에서 이루어진

---

55) 물론 이러한 미적 판단은 법이 개입할 수 없거나 개입할 경우 자신의 정당성의 기반을 잃을 위험성이 있는 예외상태의 대표적인 예라고 할 수 있다. 하지만 모든 사회 영역이 법의 적용범위 내로 편입되어 국가의 권한이 인류 역사상 가장 강력한 모습을 보이고 있는 지금, 오히려 금권이나 권력·언론 등으로부터의 부당한 개입을 제재할 수 있는 장치로서 아감벤의 "법 안의 법 아닌 법"개념처럼 많은 예외의 인정과 보충적 개입을 조건으로 그 필요성을 인정할 수 있을 것이다.

56) 헌법재판소 1989. 9. 4. 자 88헌마22 결정.

57) 계희열, 전게서, 388면.

다. 법원의 도덕적 제한은 주로 “음란”개념과 관련하여 이루어지며 최근에는 특히 아동·청소년 성 보호에 관한 법률 제11조의 아동·청소년이용음란물과 관련한 판례가 증가하고 있다. 판례는 음란물에 대한 규제 이유로 “선량한 풍속을 해한다거나 그 사회의 도덕성을 훼손한다”는 것을 들고 있다.[58] 판례는 음란의 개념을 “사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것으로서, 표현물을 전체적으로 관찰·평가해 볼 때 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 존중·보호되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것”이라고 파악하고,[59] 자극적인 성적 표현의 정도와 예술적 질을 이익형량하는 태도를 보이고 있다.[60]

예술적 표현에 대한 정치적 심사는 선거의 공정성 및 공직자의 명예 그리고 우리나라의 특수한 정치적 상황에 따른 국가보안법과 관련한 이적성과 관련하여 이루어지고 있다. 판례는 “헌법 제22조 가 보장하는 예술의 자유는 창작소재, 창작형태 및 창작과정 등에 대한 임의로운 결정권을 포함한 예술창작활동의 자유와 창작한 예술작품을 일반 대중에게 전시·공연·보급 할 수 있는 예술표현의 자유 등을 포괄하는 것이지만, 이러한 예술의 자유가 무제한적인 기본권은 아니기 때문에 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해할 수 없는 자체적인 한계가 있다”고 하면서, 일종의 그래피티 아트로서 예술행위이며 예술표현의 자유보다는 예술창작의 자유에 가깝다는 청구인의 주장에 대하여 “① 이 사건 홍보물은 G20에 관한 홍보, 안내, 공지 등을 표현하는 공용물건인 점, ② 변호인은 이 사건으로 인한 경제적 손실이 적다고 하나 재물적 가치만을 따졌을 때 적다는 의미일 뿐 이 사건 홍보물이 갖는 홍보기능적인 측면을 고려하면 결코 가치가 작다고 단정할 수만은 없는 점, ③ 뱅크시는 반전, 평화와 자본주의에 대한 비판적 메시지를

58) 헌법재판소 2013. 8. 29. 자 2011헌바176 결정.

59) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결.

60) 이러한 법원의 태도는 예술성을 이익형량의 대상으로 두어 다양한 스펙트럼을 보이는 예술수준의 중간지대에 속하는 작품들을 임의로 합법과 불법으로 구분하는 오류를 범할 우려가 있다는 이상돈, 예술형법, 78-79면.

스프레이를 이용하여 낙서 형식의 벽화를 만들지만 다른 사람이 만든 표현물이나 창작 작품 위에 그래피티를 하지는 않았고, 빌리 바우마이스터는 아르노 브뢰커의 '복수자'라는 작품의 엽서에 머리를 그려넣어 새로운 작품을 만들었을 뿐 원작품을 훼손하지는 않았던 점, ④ 이 사건 홍보물을 직접 훼손하지 않으면서도 이 사건 홍보물과 같은 내용의 밑그림을 그리고 그 위에 그래피티를 하여 전시하는 등 다른 방법으로 자신의 생각을 담은 그래피티 작업을 할 수도 있었다는 점" 등을 이유로 구체적인 창작기법 및 내용까지 심사하였다.[61] 정치적 심사의 경우 예술의 범주에 포함한 뒤 예술의 수준을 놓고 이익형량을 하는 앞의 도덕적 제한의 경우와는 달리 선거법 및 국가보안법 위반, 형법 위반의 경우 "범죄에 해당하는 이상 예술 창작과 표현활동이라는 이유로 그 행위가 정당화되지는 아니한다"고 하고 해당 행위가 범죄 구성하는지에 대하여 인식하였는지 여부를 심사기준으로 삼고 있다.[62] 이러한 판례의 태도는 해학적 예술인 그래피티의 일종임을 주장하는 창작자의 주장에 대하여, "예술에의 해당성이 의심스러울 때는 예술에 유리하게(in dubio pro ars)"라는 해석 원칙 대신, 예술의 형식성 및 내용성에 대한 심사까지 진행한 것으로 보인다.

예술품에 대한 경제적 측면의 심사는 주로 저작권법과 관련하여 이루어지고 있다. 우선 저작권법의 보호대상에 대하여 판례는 "저작권법에 의하여 보호되는 저작물이기 위하여는 어디까지나 문학, 학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물"이고, 산업생산 목적의 응용미술품은 원칙적으로 의장법에 의한 보호로 족하며 "그 자체가 하나의 독립적인 예술적 특징이나 가치를 가지고 있어 예술의 범위에 속하는 창작물이어야 한다"고 하여 응용미술의 일부만을 보호하고 있다.[63] 이러한 판례의 태도는 미학이론에서 예술의 중요한 특성으로 제시하는 "자기목성성"에 충실하려는 해석으로 보인다.[64] 일반 예술품과는 달리 대량생산을 전제하는 응용미술

61) 서울중앙지방법원 2011. 5. 13. 선고 2011고단313 판결.

62) 이 판결은 상기 이유로 유죄를 선고하였으나, 양형이유에서는 유죄판단의 근거들을 다시 번복하여 해학성을 인정할 수 있고 G20행사 자체에는 큰 지장을 초래하지 않았다는 점을 들어 벌금형을 선택하였다. 서울중앙지방법원 2011. 5. 13. 선고 2011고단313 판결.

63) 대법원 1996. 2. 23. 선고 94도3266 판결.

64) 칸트의 무관심성 개념을 발전시킨 쿠쟁의 미학관을 설명한 쉬너, 예술의 탄생, 322면.

의 경우 예술의 특징 중 하나인 “고유성” 요소 대신 저작권법의 “독자성”이라는 기준이 중요해지는데, 여기서 독자성이란 물품의 실용적 기능성에 혼화된 것이 아니라 분리가 가능하여 물리적으로나 관념적으로 독립성이 있는 것을 의미한다.[65] 이러한 독자성을 바탕으로 저작권의 보호를 받기 위해서는 내용적 독창성이 있어야 하는데, 법원은 저작권 분쟁의 대상이 되는 경우 그 기법 등에 대하여 구체적으로 심사하는 태도를 보이고 있다. 판례는 예를 들어 사진의 경우,[66] 동일한 자연물을 촬영한 경우에도 계절・작가・색감 등이 물리적으로 다르다면 유사성을 인정하지 않았던 태도를,[67] 구체적 기준으로 1차적으로 표현형식 하나하나를 심사하고 2차적으로 전체적으로 대비하는 방법으로 유사성을 검토하는 등 표현형식의 실질적 독창성을 검토하는 방향으로 구체화되었다.[68]

(2) 예술적 표현에 대한 미국 판례 검토

표현의 자유의 보호대상을 정치적 발언으로 국한하는 견해도 존재하나,[69] “사상의 자유시장”에서 자유로운 논의 속에서 거짓된 사상은 도태하고 진실된 사상이 선택될 수 있도록 개인들의 생각과 사상의 표현을 정치적인 것에 국한하지 않는다는 것이 대체적인 판례의 태도이다.[70] 표현의 자유는 지적・사상적 측면에 국한하지 않고 개인과 집단의 정체성과 관련된 예술과 같은 감성적인 측면까지도 보호대상으로 포함시키는데,[71] 미연방대법원은 “표현의 자유는 어떤 사상이 전파

65) 이상돈, 예술형법, 265-266면.

66) “사진저작물은 피사체의 선정, 구도의 설정, 빛의 방향과 양의 조절, 카메라 각도의설정, 셔터의 속도, 셔터찬스의 포착, 기타 촬영방법, 현상 및 인화 등의 과정에서 촬영자의 개성과 창조성이 인정되어야 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당된다”고 한 판례로 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다44542 판결.

67) “저작권의 보호 대상은 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식이고, 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 원칙적으로 저작권의 보호 대상이 되지 않는다”는 서울중앙지방법원 2014. 3. 27. 선고 2013가합527718 판결.

68) 서울고등법원 2014.12.4. 선고 2014나2011480 판결.

69) Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems,” 20-35면.

70) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919).

71) Gerstenblith, 전게서, 25면.

될 가치가 있는지에 대한 선택을 우리 각자의 몫으로 부여하고 있다. 이러한 자유의 행사가 궁극적으로 보다 역량 있는 시민과 보다 완벽한 政體를 길러낼 것을 희망하며, 표현의 자유야말로 우리 정치체제의 기반인 개인의 존엄성과 선택의 자유라는 대전제와 가장 부합하는 방식이다" 라고 선언하였다. 미국 판례는 대부분 예술적 표현을 정치적 발언의 자유와 마찬가지로 취급하지만,[72] 그 보호정도에 대해서는 편차를 보이고 있다.

다. 표현의 자유를 제한하는 처벌법규에 대한 명확성 심사기준

(1) 우리나라 판례상 영역별 명확성의 정도

법치국가원리의 한 표현인 명확성 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한 입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미 내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없고, 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다. 그러나 명확성원칙은 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니다. 개개의 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라서 또는 법조항의 각각의 구성요건의 특수한 성격에 따라 명확성이 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있다.[73] 죄형법정주의가 관철되어야 하는 형사 관련 법률에서는 명확성의 정도가 강화되어 더 엄격한 기준이 적용되지만, 일반적인 법률에서는 명확성의 정도가 그에 미치지 않는 상대적으로 완화된 기준이 적용된다.[74]

일반적이거나 불확정한 개념이 사용된 경우에도 당해 법률의 입법목적과 당해 법률의 다른 규정들을 원용하거나 다른 규정과의 상호관계를 고려하여 합리적인 해석이 가능한지 여부에 따라 명확성 원칙의 준수 여부가 가려지게 된다.[75] 명확성

---

72) *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 34 (1973); 발화행위(speech)가 아닌 예술행위(non-verbal)에 대해서는 일시적인 정부 개입의 여지가 클 수 있다는 판결로 *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*,501 U.S. 560, 567 (1991).

73) 헌법재판소 2011.10.25. 자 2010헌바272 결정.

74) 헌법재판소 2001.6.28. 자 99헌바34 결정.

75) 헌법재판소 2001. 6. 28. 자 99헌바34 결정.

원칙의 엄격한 적용이 요구되는 경우라 하더라도 입법자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이 그 해당되는 적용대상자와 금지되는 해당 행위를 구체적으로 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 명확성원칙에 위배되지 않는다고 할 것이다.[76]

헌법재판소는 명확성원칙은 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 특별히 중요한 의미를 가진다고 선언하고,[77] 그 이유로 "사회구성원이 자신의 사상과 의견을 자유롭게 표현할 수 있다는 것이야말로 모든 민주사회의 기초이며, 사상의 자유로운 교환을 위한 열린 공간이 확보되지 않는다면 민주정치는 결코 기대할 수 없기 때문이다"라고 하면서 "인간이 그 생활속에서 지각하고 사고한 결과를 자유롭게 외부에 표출하고 타인과 소통함으로써 스스로 공동사회의 일원으로 포섭되는 동시에 자신의 인격을 발현하는 가장 유효하고도 직접적인 수단으로서 기능한다"고 하여 민주적 사회 건설이라는 국가차원의 목적뿐만 아니라 개인의 인격 발현과 공동체 구성원으로서의 정체성 형성을 위하여 표현의 자유에 대한 국가의 개입은 2차적이어야 한다고 판단하였다.[78] "규제대상이 다양·다기하다 하더라도, 개별화·유형화를 통한 명확성의 추구를 포기하여서는 아니 되고, 부득이한 경우 국가는 표현규제의 과잉보다는 오히려 규제의 부족을 선택하여야 할 것이다. 해악이 명백히 검증된 것이 아닌 표현을 규제하는 것은 득보다 실이 크다고 보는 것이 표현의 자유의 본질이기 때문이다."[79] 따라서 형벌조항 및 표현의 자유와 관련된 조항의 명확성 정도는 기본권 제한 조항들 중에서도 가장 높은 수준의 명확성을 요구하며, 수익적 성격의 조항의 경우에는 기본권 제한 조항보다 그 명확성 요구의 수준이 낮다고 할 수 있을 것이다.[80]

---

76) 헌법재판소 2001. 6. 28. 자 99헌바31 결정.

77) 헌법재판소 2003. 1. 30. 자 2001헌가4 결정.

78) 헌법재판소 1998. 4. 30. 자 95헌가16 결정.

79) 헌법재판소 2002. 6. 27. 자 99헌마480 결정.

80) 이봉의·전종익, "독점규제법 제3조의2 제1항 제5호 후단 "소비자이익 저해행위" 금지의 위헌성 판단 : 명확성의 원칙을 중심으로," 251면.

(2) 미국 연방대법원의 명확성 심사기준

미국은 위헌법률심판시 이중기준원칙(double standard)을 통해 경제적 기본권의 경우에는 합리성 심사(rationality review)라는 완화된 기준을 적용하여 법률의 합헌성을 상대적으로 강하게 추정하는 반면, 법률이 헌법이 명백히 금지한 사항과 관련되거나 국민의 정치참여를 저해하거나 소수자의 권리를 제한하는 법률의 경우에는 법률의 합헌성 추정이 약화되고 엄격한 심사기준(strict scrutiny)을 적용하고 있다.[81] 이에 따라 표현의 자유는 자유권으로서 다른 기본권에 비하여 보다 강력한 헌법적 보호를 받게 되었으며, 오직 명백하고 현존하는 위험이 존재할 때에만 그 제한이 정당화될 수 있다.[82]

엄격한 심사를 받는 표현의 자유를 제한하는 법률의 적법성 요건 중 명확성과 관련하여 미국 법원은 '막연하므로 무효의 원칙(Void for Vagueness)'과 '과도한 광범성의 원칙(Overbreath Doctrine)'을 발전시켜왔다. 막연하므로 무효의 원칙은 수정헌법 제14조 적법절차원칙에서 파생된 것으로, 법률의 명확성이 충분히 갖춰지지 않아 평균인이 금지되는 행위의 내용을 판단할 수 없거나 법집행자가 명백한 기준을 찾을 수 없다면 그 법률은 무효라는 원칙이다.[83]

이 원칙은 표현의 자유뿐만 아니라 형벌규정 전반에 적용되는 것으로,[84] 더 분명하고 정확한 언어 사용의 가능성이 있었다거나,[85] 배심원의 합리성판단이 요구되는 경우가 있다는 이유만으로 이 원칙에 위반되어 무효가 되지는 않는다.[86] 다만 문제가 되는 법률의 성격에 따라 원칙의 적용의 엄격성이 차이를 보이는데 형법조항은 민법에 비하여 강한 적용을 받으며,[87] 헌법이 특히 보호하는 자유권인 표현의

---

81) *United States v. Carolene Products, Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

82) 표현의 자유에 있어서 명백·현존하는 위험 심사 기준을 설명한 임지봉, "미국헌법상 표현의 자유 법리가 한국헌법에 미친 영향," 303-306면; 명백·현존하는 위험 심사 기준의 이론적 근거로 우월성 지위이론(Preferred Position Doctrine)를 제시하는 Mckay, "The Preference for Freedom," 1182면 이하; 이에 대한 국내문헌으로 이우영, "미국 위헌법률심사기준의 정립 과정에서 우월적 지위 이론," 299면 이하.

83) *Holder v. Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. 2705 (2010).

84) *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983).

85) *United States v. Powell*, 423 U.S. 87 (1975).

86) *State v. Marathon Oil Co.*, 528 P.2d 293 (Alaska, 1974).

자유를 제한하는 법률의 경우에는 헌법위반의 추정을 받게 된다.[88] 법원은 표현의 자유를 제한하는 법률이 막연하다면 그 수범자는 자신의 생각을 표현하는 일을 주저하게 되어 결국 그 법률은 수범자의 행동을 억제하는 결과를 낳게 되며, 필연적으로 필요 이상의 규제가 이루어진다는 점을 들어 표현의 자유에서의 엄격한 심사의 정당성을 찾았다.[89]

과도한 광범성의 원칙은 헌법상 보호되는 표현의 자유의 위축 및 억제를 방지하기 위해 발전한 법리로,[90] *Gooding v. Wilson* 사건에서 처음 언급되었다.[91] 과도한 광범성의 원칙은 표현의 자유 영역에서만 적용되는 법리라는 점과 법률이 명백하고 정확하더라도 과도한 광범성의 원칙에 위반될 수 있다는 점에서 막연하므로 무효의 원칙과 차이를 보인다.[92] 하지만 두 원칙이 함께 문제가 되는 경우에는 두 법리를 분명하게 구분하여 판시하지 않는 경우가 있으며, 특히 막연하여 무효의 원칙을 위반한 경우에는 과도한 광범성 원칙의 위반이 필연적으로 뒤따른다고 본다.[93] *Broadrick v. Oklahoma*이 판시한 바에 따르면,[94] 법률이 어떠한 행동을 규제하지 않고 표현만을 제한하는 경우에는 광범위한 법률로 인한 금지효과로 헌법상 보호되는 표현의 자유가 훼손되었을 때의 사회적 해악(harm)과 헌법상 보호되지 않는 표현을 처벌하지 않았을 경우 사회에 끼칠 해악을 비교해야 하고, 표현 방식·방법에 대하여 행정청의 허가를 받도록 하는 방식의 규제는 명백한 수정헌법 제1조에 대한 사전적 제한이라고 보았다.

---

87) *Commission for Lawyer Discipline v. Benton,* 980 S.W.2d 423 (Tex. 1998).

88) *Baggett v. Bullitt*, 377 U.S. 360, 84 S. Ct. 1316, 12 L. Ed. 2d 377 (1964).

89) *Hair Design v. Schneiderman*, 808 F.3d 118 (2d Cir. 2015).

90) *Massachusetts v. Oakes*, 491 U.S. 576 (1989).

91) *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1972).

92) **Grayned v. City of Rockford**, 408 U.S. 104 (1972); *Cameron v. Johnson,* 390 U.S. 611 (1968).

93) *Cox v. State of Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965).

94) *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973).

(3) 소결 :예술의 자유의 구체적 내용에 따른 명확성 심사기준 설정

미국 법원은 예술 또한 수정헌법 제1조의 표현의 자유에서 보호하고자 하는 발화나 문자와 마찬가지로 내면의 감성과 사상에 영향을 준다고 보고 표현의 자유의 보호대상이 된다고 판단하였다. 또한 정치적 사상의 경우보다 그 보호의 정도가 반드시 낮은 것은 아니며, 감성과 사상의 표현 형식은 다양하게 나타날 수 있음을 인정하였다.[95] 표현의 자유는 민주주의의 근간을 이루는 가장 기본적인 원칙으로서, 법의 개입은 최소한으로 이루어져야 하며, 따라서 타인의 권리 혹은 공익의 명백하고 현존하는 위험이 있는 경우에만 가능할 것이다. 또한 그 심사의 기준은 경제나 행정의 영역보다 엄격하게 이루어지며, 법률문언은 합리적 판단을 갖춘 평균인이 무엇이 금지되는 행위인지 분명히 인식할 수 있을 정도로 명확해야 하며, 금지되는 행위의 범위는 법률의 목적을 이루기 위한 최소한에 그쳐야 한다.

이러한 명확성 심사는 형법규정의 해석에 대한 요구와 대등하거나 혹은 그 이상으로 엄격할 것이 요구되며, 이는 미국과 우리나라 법원 모두 인정하고 있다. 다만 우리나라의 경우, 예술품이나 예술적 표현을 심사함에 있어서 예술적 수준을 심사대상으로 삼는지 여부가 분명하지 않다. 따라서 예술적 수준이 인정되어야만 표현의 자유와 동등한 수준의 혹은 그 이상의 명확성심사가 실시되는지에 대한 뚜렷한 법리를 세운 사례가 없다는 점에서 한계를 가진다고 할 수 있다.

헌법이론상 예술의 자유의 내용으로 예술적 표현의 자유와 예술창작의 자유 그리고 예술적 집회·결사의 자유를 들고 있으나, 이러한 세 가지 자유의 기초가 되는 예술적 판단 및 가치 평가를 할 내심의 자유 또한 예술의 자유의 중요한 내용을 이룬다고 할 수 있다.[96] 다만 내심의 영역에 대한 자유는 외부로 표현하는 경우보다 법적 개입이 더 신중하게 이루어져야 하며, 이를 제한하는 법률이 있는 경우 예술적 표현의 자유와 동등한 혹은 더 엄격한 명확성 심사가 이루어져야 할 것이

95) 음악을 표현의 자유의 보호대상으로 본 *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1981).

96) 표현의 자유의 내용으로 외부로 표현할 자유, 자신의 생각을 계발할 내심의 자유, 결사의 자유 등으로 구분하는 견해로 Heyman, “Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression,” 1352면.

다. 이를 기초로 문화재보호법상 엄격한 명확성 심사의 내용은 위임형식의 형사입법에 대한 단계적 검토가 될 것이다. 다만 문화재 영역의 특성상 가치충전적 개념사용의 불가피한 점을 고려하여 행정적 절차 마련을 통한 행정행위의 명확성을 보완 원리로서 검토하도록 한다.

3. 위임 형식의 형사입법에 대한 명확성 심사 방법

일반적으로 위임입법의 경우 명확성원칙이 그 필요성 인정취지에 비추어 후퇴할 수 있다는 견해들이 있다. 이러한 견해들의 근거는 ① 위임입법을 행정부로의 입법권 위임으로 보고 의회에서 완결된 형태의 입법을 포기하고 행정부의 보충적 입법을 내정한 이상 완결된 형태의 입법보다는 명확성 원칙의 기준이 완화된다는 점,[97] ② 완결된 형태의 법률과는 달리 위임입법의 경우 예측가능성이란 '무엇이 금지되는 행위고 무엇이 허용되는 행위인지'를 알 수 있을 것을 뜻하는 것이 아니라 '수권법률의 법문으로부터 하위법령에 위임되어 규율될 내용을 대강 짐작' 하는 것을 의미하므로 완결된 형태의 법률에 대한 예측가능성의 전단계적 수준이라는 점,[98] ③ 국민의 자유와 권리를 국가로부터 보호하는 취지의 완결된 형태의 법률에서의 명확성 취지는 입법자와 행정부의 관계가 중심이 되어 행정입법에 의한 규율이 입법자의 기본방침을 잘 따랐는지가 명확성 판단의 기준이 되는 위임입법과는 다르다는 점 등이 있다.[99] 위임입법에서의 이러한 완화된 명확성원칙 심사기준이 모든 영역에 적용된다고 볼 수는 없다. 해당 법률의 명확성 미비로 인하여 발생할 수범자의 기본권 침해 정도가 해당영역이나 급부·제한 등 법률의 내용에 따라 큰 차이를 보이기 때문이다.[100]

판례는 "현대국가의 사회기능 증대와 사회현상의 복잡화에 비추어 볼 때 형벌법규를 모두 입법부에서 제정한 법률만으로 정할 수는 없다고 할 것이어서, 이를

97) 지성수, "위임입법에 있어서의 명확성 원칙 - 헌법재판소 결정에서 나타난 문제점을 중심으로-" 689면.

98) 성기용, "명확성원칙에 관한 소고," 11-12면.

99) 한수웅, "본질성이론과 입법위임의 명확성원칙," 635-636면.

100) 지성수, 전게논문, 683면.

행정부에 위임하는 것도 허용된다" 고 하면서 형벌규정에 있어서 위임입법의 필요성을 인정하였다.[101] 형벌규정이 그 구성요건의 일부를 하위법령에 위임하는 경우에 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성 원칙 외에 위임입법의 한계에 관한 헌법 제75조의 위반여부가 문제될 수 있다. 여기서 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다" 는 헌법 제75조의 규정은 위임입법의 근거 및 범위와 한계를 정하고 있으며, 헌법 제75조의 성격을 행정입법에 있어서 법률의 명확성 원칙을 구체화한 특별규정이라고 할 것이다.[102]

형벌규정에 있어서 위임입법의 필요성을 인정하는 이상 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우, 위임의 형식이 문제가 되는 경우에 죄형법정주의 원칙은 위임이 헌법적 한계를 준수하였는지 여부에 대한 심사와 함께 판단될 수 있다.[103] 헌법이 죄형법정주의를 따로 정하고 있는 취지가 형벌은 국민의 기본권에 심각한 침해를 야기할 수 있다는 우려의 표현임을 고려하여, 형벌규정에 있어서는 위임입법이 허용되는 요건과 범위를 보다 엄격하고 제한적으로 적용해야 하기 때문이다.[104] 여기서 위임입법의 헌법적 한계란 법률에서 범죄의 구성요건인 처벌대상 행위가 어떠한 것이라는 점을 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정해야 한다는 제한을 의미한다.[105]

따라서 형벌규정의 구성요건을 하위법령에 위임하는 경우에는 단순히 입법부와 행정부 간의 기능적인 배분에 중점을 두고 명확성원칙을 후퇴시킬 것이 아니라, 완결된 형태의 법률과 대등하거나 더 강화된 명확성의 기준이 요구된다. 왜냐하면 위임이라는 형식을 통하여 수범자가 수권법률만을 가지고는 행위지침을 구할 수 없고, 그 하위법령까지 검토하도록 함으로써 다단계의 절차로 인해 예측가능성이 감소하기 때문이다.

---

101) 헌법재판소 1991. 7. 8. 91헌가4 결정.
102) 헌법재판소 1999. 4. 29. 자 94헌바37 결정.
103) 헌법재판소 2004. 9. 23. 2002헌가26 결정.
104) 헌법재판소 2015. 7. 30. 자 2013헌바416 결정.
105) 헌법재판소 1996. 2. 29. 94헌마213 결정.

위임입법의 명확성을 판단하는 헌법재판소의 태도는 크게 두 가지로 구분된다. 첫째, 헌법재판소는 공직선거법 제135조 제3항의 ‘이 법의 규정에 의한’ 수당·실비 기타 이익을 제공하는 경우라는 문언만으로는 그 허용범위를 예측할 수 없어 심판대상조항은 명확성원칙에 위배되며, 동법 제135조 제2항에서 수당·실비 기타 이익 제공의 허용범위를 법률에서 정하지 않고 중앙선거관리위원회가 정하도록 위임하고 있으므로 포괄위임입법금지원칙에 위배된다는 청구인의 주장에 대하여, 제135조 제3항은 제135조 제2항이 허용하는 수당·실비 기타 이익을 제공하는 행위 외에는 수당·실비 기타 이익을 제공하는 것을 금지하는 범죄의 소극적 구성요건을 규율한 것으로 제공이 허용되는 수당과 실비의 종류와 금액을 중앙선거관리위원회의 법규명령으로 정하도록 하는 간접적인 위임입법에 해당하므로, 심판대상조항의 위헌 여부를 판단하기 위해서는 공직선거법 제135조 제2항 이 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부를 판단하여야 하는데, 포괄위임입법금지원칙은 하위법령에 입법을 위임하는 수권법률의 명확성원칙에 관한 것으로서 법률의 명확성원칙이 하위 법령과의 관계에서 구체화된 특별규정이라고 할 수 있으므로 수권법률조항의 명확성원칙 위배 여부는 포괄위임입법금지원칙의 위반 여부에 대한 심사로써 충족된다고 판시하였다.[106)]

이와는 달리 수권법률에 대하여 완결된 형태의 법률에서의 명확성 심사를 선행한 후 포괄위임입법금지원칙의 위반 여부를 심사하는 방식을 채택한 결정도 있다. 특정범죄가중처벌등에관한법률(이하 특가법) 제4조가 뇌물죄의 대상으로서 정부관리기업체의 간부를 규정하면서 정부관리기업체의 요건을 하위법령에 위임하여 죄형법정주의상 명확성 원칙과 포괄위임입법금지원칙을 위반하였다는 청구에 대하여 헌법재판소는 “특가법 제4조가 정부관리기업체의 간부직원은 공무원으로 본다라고 규정하면서, ‘정부관리기업체’의 요건이나 기준을 대통령령에 위임함으로써 특가법의 규정만으로는 정부관리기업체에 관하여 대통령령에 규정될 내용의 대강도 예측할 수가 없으므로 명확성 원칙에 위반된다”고 하여 수권법률의 명확성원칙 준수에 대한 심사를 선행한 후, “특히 범죄의 구성요건을 대통령령에 위임할

106) 헌법재판소 2015. 4. 30. 자 2013헌바55 결정; 동지의 판결로 헌법재판소 2015. 7. 30. 자 2013헌바416 결정.

수 밖에 없을 정도의 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 경우가 아님에도 불구하고 범죄의 구성요건을 대통령령에 위임하고, 더구나 구성요건의 대강을 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 한정하지도 아니한 채 대통령령에 위임한 것은 위임입법의 한계를 일탈한 것”이라고 하여 포괄위임입법금지원칙 또한 검토하였다.[107]

첫 번째 판례는 수권법률 자체가 ‘이 법에서 정하는’이라는 지나치게 광범위한 개념을 사용하고 있음에도 불구하고 헌법 제75조가 죄형법정주의가 위임입법에서 구체화된 특별규정이라는 이유로 포괄위임입법금지원칙만을 심사하고 있다. 이러한 입장은 기본권에 대한 침해의 정도가 상대적으로 낮은 행정영역에서는 적절할지 모르겠으나, 기본권의 중대한 침해를 동반하는 형벌규정의 경우 수범자의 예측가능성이 입법기술적 필요라는 입법정책적 이유로 약하게 보장되는 것은 판례가 제시하는 헌법 제75조의 모체인 죄형법정주의에 위반된다고 할 수 있다. 죄형법정주의는 범죄의 구성요건과 그에 대한 형벌의 내용을 국민의 대표로 구성된 입법부가 성문의 법률로 정하도록 함으로써 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가형법의 핵심원칙으로서, 형벌법규의 보장적 기능을 수행한다.[108] 따라서 사회영역의 세분화와 전문기술에 대한 입법적 한계로 죄형법정주의 파생원칙 중 명확성 원칙의 잠식이 심각한 수준으로 이루어지고 있는 시점에서 형벌조항에 대한 명확성 심사는 기술상의 한계 또는 입법정책적 필요라는 공권력 측의 조건과는 차원을 달리하는 문제로, 오히려 입법형식의 복잡성으로 수범자의 예측가능성이 저하될 우려가 있는 만큼 완결된 형식의 법률에서와 대등한 혹은 더 강화된 명확성 심사가 요구된다고 할 것이다.[109]

두 번째 판례의 경우 불명확한 개념을 사용한 수권법률 자체에 대한 심사를 통하여 포함관계에 있는 포괄위임입법금지원칙을 검토한 후 위헌판결을 내렸다. 즉, 위임법률의 명확성 심사는 우선 수권법률의 명확성 여부를 판단하고, 그 명확성이 죄형법정주의에 위반될 정도가 아니라면 포괄위임입법금지원칙을 심사하는 단계적

107) 헌법재판소 1995. 9. 28. 자 93헌바50 결정.
108) 헌법재판소 1995. 9. 28. 자 93헌바50 결정.
109) 동지의 견해로 정극원, “헌법재판과 명확성의 원칙,” 9-10면.

방법을 택함으로써 예측가능성의 훼손을 방지할 수 있을 것으로 보인다.[110]

4. 문화재보호법상 문화재 정의규정에의 적용

문화재보호법상 문화재 개념의 명확성을 검토하기 위해서는 우선 지정 및 등록문화재를 제외하고 일반동산문화재의 개념정의를 중심으로 두어야 한다. 왜냐하면 지정 및 등록문화재의 경우 법문상의 개념정의가 너무 추상적이어서 수범자의 예측가능성을 담보할 수 없다고 하더라도 지정·등록이라는 행정청의 행위로 인하여 일종의 공시가 되어 그 가치에 대한 공감대 형성이나 보호의 필요성 논의는 별개로 하고 개념표지의 하자는 치유된다고 볼 수 있기 때문이다. 문화재보호법상 문화재 개념의 명확성에 대한 문제는 대략 3단계에 걸쳐서 나타난다.

가. 1단계 : 수권법률의 명확성

문화재보호법

제2조(정의) ① 이 법에서 "문화재"란 인위적이거나 자연적으로 형성된 국가적·민족적 또는 세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적 또는 경관적 가치가 큰 다음 각 호의 것을 말한다.

1. 유형문화재: 건조물, 전적(典籍), 서적(書跡), 고문서, 회화, 조각, 공예품 등 유형의 문화적 소산으로서 역사적·예술적 또는 학술적 가치가 큰 것과 이에 준하는 고고자료(考古資料)

첫 번째 단계로 수권법률 자체의 명확성 원칙 위반 여부를 살펴 볼 필요가 있다. 문화재보호법 제2조 제1항 제1호는 예시적 입법형식을 취하여 '유형의 문화적 소산으로서 역사적·예술적 또는 학술적 가치가 큰'이라는 일반조항을 보충하고 있다.[111] 이는 입법의 흠결을 방지하기 위한 입법기술로서, 규율의 대상인 문화

110) 다만 93헌바50은 수권법률의 명확성원칙 위반을 심사하여 위헌이라고 판단하였음에도 포괄위임 여부를 다시 검토하였다. 수권법률이 명확하지 않은 경우 포괄위임은 그에 포함되는 판단으로서 다시 한번 확인하는 정도의 의미였다고 판단된다.

111) 일반조항과 예시의 관계를 분석하는 방법론으로 하태훈, "명확성의 원칙과 일반교통방해죄

재에 대한 일반개념은 제1항의 본문인 ‘인위적이거나 자연적으로 형성된 국가적·민족적 또는 세계적 유산으로서 역사적·학술적·예술적 또는 학술적 또는 경관적 가치가 큰 것’이다. 유형문화재는 본문의 문화유산 중에서 인위적으로 형성된 것으로서(문화적 소산으로서) ‘역사적·예술적 또는 학술적 가치가 큰 것’이고, 대표적인 예로서 ‘건조물·전적·고문서·회화·조각·공예품’이 제시되고 있다.

우선 예시부분을 살펴보면, 건조물은 부동산을, 전적과 고문서는 서적류를, 회화 및 조각은 예술품을, 공예품은 세공된 일상용품 및 장식품이라고 할 수 있다. 예시부분에서 살펴 볼 문제는 제시된 예시들이 유형문화재를 1차로 분류할 때의 각 영역을 대표하는 것들인지, 즉 1차 유형분류를 모두 포괄하는지 여부와 불명확한 개념 사용을 지양하고 최대한 구체적인 예시를 들었는지 여부이다. 예시들이 유형문화재의 1차 분류 영역들을 모두 포괄하고 있다면, 시행규칙의 별표에 제시되고 있는 소분류까지 제시하기는 입법기술상 어렵다는 점을 감안하여, 벌칙규정의 행위대상이 되는 문화재 해당성을 대강이나마 예측할 수 있다고 할 것이다. 제1호를 분석해보면, 건조물 등은 역사성과 함께 예술성을 나타내는 물건들을 의미한다고 할 수 있고, 고고자료의 경우에는 문언 그대로 학술적 가치가 있는 상당한 시간이 지난 물건을 의미한다고 하겠다.

역사적·예술적 가치가 인정되는 물건들 중 문화재 해당성 판단이 어려울 수 있는 분야는 탁본·서예 등 회화적 기법에 의하지 않은 예술품들이다.[112] 미국의 경우 앞에서 살펴본 바와 같이 세금 관련 법제에서 예술의 정의를 전통적 “회화”기법에 국한하던 법리를 입법적으로 전통적이지 않은 다양한 현대미술의 기법까지 포함하는 개념으로 확장하였다. 따라서 회화의 개념을 현대미술에서와 같은 “각종 기법”에 의한 것으로까지 확장시키면 탁본·서예도 포섭할 수 있을 것이다. 또한 우리나라와 중국 등 동아시아의 미술사를 살펴보았을 경우에는 문자와 회화를 동일한 뿌리로 보고 회화라는 단어보다는 “서화(書畫)”라는 용어를 주로 사

(형법 제185조)의 예시적 입법형식,” 272면.

112) 일반적으로 회화는 “여러 가지 선이나 색채로 평면 상에 형상을 그려 내는 조형 미술(국립국어원 표준국어대사전)”로 정의되어 “그리는” 작업이 중요한 개념표지가 된다.

용하였음을 확인할 수 있다.[113] 가장 문제가 되는 개념은 공예이다. 일반적으로 공예란 "기능과 장식의 양면을 조화시켜 직물, 염직, 칠기, 도자기 따위의 일상생활에 필요한 물건을 만드는 일"로 "장식"이라는 개념표지가 중요한 요소가 된다.[114] 장식적 요소를 찾기 힘든 우마차나 병기류, 인골 등 생물학적 자료들을 공예라는 개념으로 포섭하기는 어렵다. 고고자료라는 개념도 "고고(考古)"에 등록문화재의 "근대"개념이 포섭될 수 없다는 점 및 비교적 근래의 과학사적 물건들을 포함하기 어렵다는 점에서 문제가 있다.

수권법률인 문화재보호법 제2조 제1항 본문 및 제1항의 일반규정이 법률해석으로 문화재의 범위를 짐작할 수 있을 정도로 불명확성을 극복했는지도 살펴보아야 한다. 앞에서 언급한 회화 및 공예 그리고 고고의 개념이 문화재 개념을 포괄하기에는 각 유형에 대한 대표성을 갖지 못한다는 한계도 일반규정의 "문화적 유산"과 "역사적·예술적·학술적 가치"의 개념의 불명확성이 극복될 수 있다면 치유가능할 것이다.[115] 하지만 문화의 의미를 예술로 국한시키는 18세기 방식의 문화규정이 여전히 문화정책이나 문화제도 등에서 나타나고 있는 점을 고려해볼 때,[116] "문화적 유산"이라는 용어가 "역사적·예술적·학술적 가치"를 보충하거나 구체화하는 기능을 하지는 못하고 있다. 또한 "역사적·예술적·학술적 가치"개념이 충분한 판단기준을 제공한다고 보기는 어렵다. 앞에서 제시된 헌재 98헌바67 결정의 다수의견은 역사적 가치나 예술적 가치가 큰 경우 가격이라는 객관적 지표를 구체적 기준으로 삼을 수 있다고 보고 있다. 하지만 이러한 견해는 문화재

113) 문자와 서법, 회화의 관계를 설명하고 이를 서화로 통칭하여 중국미술이론 중 하나인 서화동원론의 개념을 설명하는 안영길, "'書畵同源論'의 형성과 그 의미 고찰," 6-11면.

114) 국립국어원 표준국어대사전.

115) 이러한 표현은 문화재보호법이 제정시부터 일본의 문화재보호법을 계수했기 때문이며, 용어까지도 그대로 차용한 형태의 도입이라고 할 수 있다. 일본의 문화재보호법 차용의 역사적 고찰에 대한 전재경, 문화유산법제 개선방안연구, 18-41면; 일본의 경우 문화재보호법 제2조에서 유형문화재를 "건조물, 회화, 조각, 공예품, 서적, 전적, 고문서 및 기타 유형의 문화적 소산으로 일본에 있어 역사상 또는 예술상 가치가 높은 것과 고고자료 및 기타 학술상 가치가 높은 역사자료"라고 정의하여 우리와 유사하지만 '기타 유형'이라는 입법기술을 사용함으로써 광범위한 포섭이 가능하다.

116) 세종문화회관에서의 대중공연 논쟁을 예로 들면서 여전히 대문자 C의 문화개념이 널리 사용된다는 지적으로 심광현, "문화사회를 위한 문화 개념의 재구성," 57-58면.

가 시장에 공개되기 전까지는 정확한 가격을 측정할 방법이 없고, 앞에서 살펴본 바와 같이 가격을 가치의 기준으로 삼을 경우 다른 재화들에 비해 문화유산 관련 범죄를 가중처벌하는 등 문화유산에 대한 가중적 보호를 설명할 길이 없다는 한계가 있다. 또한 유형문화재이 일부를 분리하여 반출하거나 경매 등 시장에 내놓는 경우가 종종 발생하는데, 이러한 경우 지정·등록의 효력이 그 일부에도 미치는지 여부에 대해서는 규정하지 않고 있다. 민법상 법리를 그대로 적용할 것인지 아니면 일부에도 가치를 인정하여 법적 보호의 대상으로 할 것인지에 대한 지정·등록의 효력범위에 대한 규정도 입법할 필요성이 있다.[117]

나. 2단계 : 위임의 방식 - 포괄위임입법금지원칙 위반 여부

문화재보호법

제60조(일반동산문화재 수출 등의 금지) ① 이 법에 따라 지정 또는 등록되지 아니한 문화재 중 동산에 속하는 문화재(이하 "일반동산문화재"라 한다)에 관하여는 제39조 제1항과 제2항을 준용한다. 다만, 일반동산문화재의 국외전시 등 국제적 문화교류를 목적으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항으로서 문화재청장의 허가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 「박물관 및 미술관 진흥법」에 따라 설립된 박물관 등이 외국의 박물관 등에 일반동산문화재를 반출한 날부터 10년 이내에 다시 반입하는 경우
2. 외국 정부가 인증하는 박물관이나 문화재 관련 단체가 자국의 박물관 등에서 전시할 목적으로 국내에서 일반동산문화재를 구입 또는 기증받아 반출하는 경우

② 문화재청장은 제1항 단서에 따라 허가를 받은 자가 제37조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 허가를 취소할 수 있다.

③ 제1항제2호에 따른 일반동산문화재의 수출이나 반출에 관한 절차 등에 필요한 사항은 문화체육관광부령으로 정한다.

④ 제1항 단서에 따라 허가받은 자는 허가된 일반동산문화재를 반출한 후 이를 다시 반입한 경우 문화재청장에게 신고하여야 한다.

117) 영국의 경우 보물법 제1조 제4항에서 집합의 일부 혹은 물건의 일부도 보물의 개념에 포함시키고 있다.

⑤ 일반동산문화재로 오인될 우려가 있는 동산을 국외로 수출하거나 반출하려면 미리 문화재청장의 확인을 받아야 한다.

⑥ 제1항 및 제5항에 따른 일반동산문화재의 범위와 확인 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제90조(무허가수출 등의 죄) ① 제39조제1항 본문(제59조제2항과 제74조제1항에 따라 준용하는 경우를 포함한다)을 위반하여 지정문화재 또는 가지정문화재를 국외로 수출 또는 반출하거나 제39조제1항 단서 및 제2항(제59조제2항과 제74조제1항에 따라 준용하는 경우를 포함한다)에 따라 반출한 문화재를 기한 내에 다시 반입하지 아니한 자는 5년 이상의 유기징역에 처하고 그 문화재는 몰수한다.

② 제60조제1항을 위반하여 문화재를 국외로 수출 또는 반출하거나 반출한 문화재를 다시 반입하지 아니한 자는 3년 이상의 유기징역에 처하고 그 문화재는 몰수한다.

③ 제1항 또는 제2항을 위반하여 국외로 수출 또는 반출하는 정(情)을 알고 해당 문화재를 양도·양수 또는 중개한 자는 3년 이상의 유기징역에 처하고 그 문화재는 몰수한다.

제92조(손상 또는 은닉 등의 죄) ① 국가지정문화재(국가무형문화재는 제외한다)를 손상, 절취 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

1. 제1항에 규정된 것 외의 지정문화재 또는 가지정문화재(건조물은 제외한다)를 손상, 절취 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 자
2. 일반동산문화재인 것을 알고 일반동산문화재를 손상, 절취 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 자

:

⑤ 제1항부터 제4항까지의 경우에 해당하는 문화재는 몰수하되, 몰수하기가 불가능하면 해당 문화재의 감정가격을 추징한다. 다만, 제4항에 따른 은닉 행위자가 선의로 해당 문화재를 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.

다음으로 위임의 방법상 문제로서 일반동산문화재의 개념을 구체화할 위임규정을 정의규정에 두지 않고 수출금지의무를 부과하는 제60조에 두어 법률내용에의 접근성을 떨어뜨리고 있다는 문제점을 지적할 수 있다. 문화재보호법에서 일반동산

문화재를 규율하는 조항은 제60조 등 금지의무 부과와 마지막의 벌칙규정들 뿐으로 시행령에서와 같이 일반동산문화재를 따로 규정하고 있지는 않다. 제90조의 경우, 제2항에서 제60조 제1항을 언급함으로써 일반동산문화재의 위임규정에 대한 일반인의 접근이 상대적으로 용이하다고 할 수도 있겠지만, 제92조 제2항 제2호의 경우 일반동산문화재라는 용어만 사용하고 있어 범죄성립의 핵심개념에 대한 수범자의 판단을 어렵게 하고 있다. 제2조는 지정문화재, 등록문화재, 보호구역 등의 정의를 직접 내리고 있으면서도, 수범자들의 예측가능성이 가장 우려되는 일반동산문화재에 대해서는 어떠한 정의나 하위법령에의 위임도 규정하고 있지 않기 때문이다. 가장 바람직한 입법은 일반동산문화재에 대한 적극적 정의는 어렵더라도 수범자의 예측가능성을 제고할 수 있도록 정의규정에 하위 법령에의 위임여부를 명시하는 방식일 것이다.

또한 포괄위임입법금지 원칙의 위반 여부를 검토할 필요가 있다. 문화재보호법은 일반동산문화재의 개념에 대하여 시행령에 위임하고 있고 시행령은 아무런 개념적 보충 없이 시행규칙으로 재위임하고 있다. 수권법률인 문화재보호법 제2조는 위임여부에 대하여 규정하지 않았고 제60조 또한 아무런 부가설명 없이 위임여부만을 규정하고 있다. 이러한 재위임 방식은 처벌규정의 명확성을 확보하는 데 많은 어려움을 야기한다. 급부행정의 경우와 달리 기본권 제한이 심각하게 이루어질 수 있는 처벌규정의 경우 포괄위임입법금지 원칙이 엄격하게 심사되어야 하는데 이러한 재위임 방식은 전형적인 위반사례라고 할 수 있다.

포괄위임입법금지 원칙의 또 다른 내용은 하위법령이 본법의 규정내용 범위를 일탈할 수 없다는 것이다. 문화재보호법은 역사적・예술적・학술적 가치를 가진 문화적 소산이거나 그에 준하는 고고자료만 규정하고 있는데, 시행규칙 별표2는 고고자료라고 할 수 없는 민속자료나 현대작품까지 포괄하고 있어 위임의 범위를 넘어서고 있다. 수권법률과 시행령만으로는 일상용품들이 일반동산문화재에 속하는지 판단하기가 쉽지 않다. 이는 별표에서 범위가 지나치게 확장된 문제가 아니라 수권법률에서의 개념정의가 충분하지 않아 발생한 현상으로 보인다.

다. 3단계 : 하위법령의 명확성

문화재보호법 시행령

제36조(일반동산문화재의 범위) ① 법 제60조제1항에 따른 일반동산문화재의 범위는 회화, 조각, 석조물, 공예, 전적(典籍), 고문서, 서간(書簡), 서각(書刻), 근대매체, 고고자료, 자연사자료, 과학기술용구 및 민속자료, 외국문화재로 한다.

② 제1항에 따른 일반동산문화재의 구체적인 범위는 문화체육관광부령으로 정한다.

문화재보호법 시행규칙

제42조(일반동산문화재의 범위) 영 제36조에 따른 일반동산문화재(이하 "일반동산문화재"라 한다)의 구체적인 범위는 별표 2와 같다.

[별표 2] 일반동산문화재의 구체적인 범위[118]

하위법령의 명확성도 문제가 된다. 몇몇 판례들의 경우에는 포괄위임입법금지 규정은 수권법률이 입법자의 의사에 맞게 대강의 내용을 정하고 위임했는지 여부만 살펴보면 충분하다고 판시하는 경향을 보인다는 점은 앞에서 확인한 바 있다. 하지만 설사 수권법률이 대강의 내용을 정하여 위임했다고 하더라도 위임받은 하위법령의 개념이 불명확하거나 충분히 구체적인 예시 및 기준을 제시하지 못할 경우 실질적으로 포괄위임입법금지 원칙을 위반한 것으로서 예측가능성의 충실한 확보가 어렵게 된다.

시행규칙의 별표에서는 객관적 기준으로 50년이라는 시간 개념과 다작·다량이라는 수량적 개념을 제시하고 있다. 우선 50년이라는 시간 개념을 관철하면 대한민국 정부 수립 이후의 예술품도 등록문화재가 아닌 일반동산문화재로 분류될 가능성이 있어 미술품의 거래를 위축시킬 가능성이 있다. 별표에서는 현대작을 제외대상으로 두고 있으나 2016년을 기준으로 1960년 중반을 현대로 볼 것인지 여부는 논란의 여지가 있다. 영국의 경우 보물의 판단기준을 최소 100년으로 잡고 있고, 이탈리아의 경우에는 50년이 넘은 동산 및 건물에 대하여 행정청에 심사를 요청하도록 따로 규정하는 것과 비교하여 문화재의 범위를 과도하게 확장하고 예측가능

118) 부록 참조.

성 확보를 위한 절차의 마련이 미비하다고 할 수 있다.[119] 또한 다작・다량의 개념은 '대체가능성'을 중요한 요건으로 하는데, 다작의 기준이 분명하지 않다. 예를 들어 불교회화의 경우 전국의 944개 이상의 사찰에 여래도와 보살도 등이 존재하고 있다.[120] 다작의 개념 또한 가치충전적 성격을 가지고 있고, 이를 보충하는 기준은 제시되지 않고 있어 위임을 받은 하위법령도 명확하다고 볼 수 없다. 마지막으로 시행령에서 언급되고 시행규칙의 별표에서 구체화된 외국문화재의 경우, 우리나라 미술 및 문화재에 대한 영향력만을 기준으로 하고 있는 것인지 아니면 외국에서도 문화재로서 인정받을 정도의 가치를 지녀야 하는 것인지 명확하지 않다.

5. 소결

가. 정비방안 검토

영국의 경우 위임의 방식을 취하지 아니하고 완결된 법률의 형태로 최대한 구체화하여 제정하고 있다.[121] 보물법은 "동식물을 포함하여 경관・역사・고고학・미・건축・기술・예술・과학 등에 관한 모든 종류의 사물"이라고 하여 문화적 유산과 같은 불명확한 용어 대신에 각 유형의 대표성을 띠는 용어를 구체적으로 예시하고 있다.[122] 이탈리아의 경우에는 구체적 목록을 만드는 대신 문화의 개념을 확장하여 해결한 경우이다. 이탈리아는 1939년 입법당시에는 '예술적・역사적 물건'이라는 추상적이고 협소한 개념으로 문화재를 정의하였으나 2004년 문화재 및

---

119) 시간적 기준을 통해 문화재 개념으로 포섭하는 범위에 대한 문제는 명확성의 문제라기보다는 비례성원칙과 관련된 문제이나 시행규칙이 정하는 객관적 기준 중 하나라는 점에서 여기서도 언급하도록 한다. 이에 대한 자세한 내용은 이하 3.에서 서술한다.

120) 전통사찰현황, 문화체육관광부 동향·현황자료, 2015.

121) **보물법 제1조** ① 발견 당시에 적어도 300년 이상 된 대상물로서 다음의 어느 하나에 해당되는 대상물
(i) 중량의 최소한 10퍼센트 이상이 가치 있는 금속물질로 구성된 동전이 아닌 금속물
(ii) 발견 당시, 가치 있는 금속물의 함량을 충족하고 발견 당시 적어도 300년 이상 된 것으로서 동시에 발굴된 최소한 두 개의 동전 중 한 개
(iii) 발견 당시, 적어도 300년 이상 된 것으로서 동시에 발굴된 최소 10개 이상의 동전 중 한 개

122) 국가유산법(1997) 제3조 제1항.

경관재법에서는 문화개념을 확장시켜서 '예술적·역사적·고고학적·민족인류학적·자료 및 문헌으로서 가치를 가지는' 물건이라고 정의하고 구체적인 내용은 단일한 법전 내에서 완결된 형태로 규정하고 있다.[123]

가치충전적 개념을 중심으로 한 형벌조항이 있는 경우, 이와 같이 법률을 통하여 수범자가 자신이 가지고 있는 문화재에 대한 가치평가와 규범화된 문화재의 가치를 비교하고 판단할 수 있는 기회를 최대한 마련해야 한다. 일상의 상식에서 자신의 소유물에 대한 처분이 처벌이 대상이 될 것이라고 예상하기 어려워 현실과 규범 간의 괴리가 존재하는 영역이기 때문이다. 물론 이하에서 행정행위의 절차성을 강화하여 명확성을 보완하는 방법도 가능하지만, 법률의 명확성이 적어도 집행기관에 대하여 확보되지 않는다면 행정행위의 명확성 또한 담보되기 어렵다. 또한 지금과 같이 수권법률 혹은 수권법령의 규정을 구체화함 없이 기계적으로 거듭 재위임하는 관행도 개선되어야 할 것이다. 마지막으로 명확성의 판단기준으로서 수범자의 범위를 다양화할 필요가 있다. 현재는 전문성·경험·자격에 상관없이 모든 사람을 대상으로 하는 형태로 규정되어 있지만, 문화재와 같이 전문성을 요하는 분야에 있어서는 전문가 혹은 많은 경험이 축적된 영업자와 일반 수범자를 구분하여 구성요건 및 법정형에 차이를 두는 입법형식이 필요로 된다.

「마약류 관리에 관한 법률」의 경우, 제58조 제1항은 마약류 소지·수출·수입·제조 등의 행위 일반에 대하여 규율하고 있고, 동조 제2항은 전항의 행위를 영리목적으로 하거나 상습적으로 하는 경우 가중처벌하고 있다.[124] 「수질 및 수생태계 보전에 관한 법률」의 경우에도 제77조에서 일반 수범자를 포함하는 특정수

123) 이탈리아 문화재 및 경관재법상의 문화재 개념의 변천에 대한 설명으로 김민동, 전게논문, 313-324면.

124) 제1항이 자기소비 혹은 비영리목적의 행위까지 포함한다면 제2항은 이를 영리목적 혹은 상습적으로 행하는 경우에 가중처벌하고 있다. 이는 영리행위가 사회적 피해를 확산시킬 수 있다는 평가에 따른 부분도 있다. 하지만 자기 자신에 대한 투약행위 및 호의에 의한 수수 및 알선에 대해서는 불법성의 인식이 상대적으로 약할 수 있으나 영리목적을 가지고 지속적으로 해당 행위를 하는 자에 대해서는 법률이 금지하는 바에 대한 인식이 명확함에도 불구하고 범죄행위를 저질렀다는 점에 대한 책임가중의 의미도 있는 것으로 판단된다. 이러한 입법태도는 동법 제59조의 마약원료의 소지·수출·수입·제배에 대한 형벌조항에서도 나타나고 있다. 이에 대한 자세한 설명으로 이주원, 특별형법, 318-320면.

질오염물질 배출행위에 대한 처벌보다 산업폐수 배출에 대한 규제를 위반한 자에 대하여 제76조에서 법정형을 강화하고 있다. 문화재보호법의 경우에도 위 법들과 마찬가지로 장부비치의무를 부과하고 있는 문화재매매업자 등 문화재 해당성 판단을 기대할 수 있는 자들에 대하여는 형벌을 부과하되, 일반수범자에 대한 형사제재는 그 수위를 낮추거나 과태료 등 행정벌에서부터 점차 처벌의 수위를 높이는 방안이 필요하다. 특히 일반동산문화재의 경우에는 소유자의 자기물건에 대한 법적 권리에 대한 신뢰가 높다고 볼 수 있는 만큼 현행과 같이 선택형조차 구비되지 않은 입법은 명확성이 확보되지 않은 상태에서 개인책임을 초과하는 결과를 발생시킬 우려가 있다.

나. 행정종속적 구성요건 개념의 안정성 확보 필요성

법률로 명확성의 충족이 불가능한 경우에는 행정행위에 기댈 수도 있다. 이는 입법기술상 불가피한 상황으로 이러한 상황을 극복하기 위한 실질적 방안을 모색할 필요가 있다. 법률규정의 모호성 외에 문화재보호법상 정의규정의 또 다른 문제점은 개념 정의에 행정행위가 개입한다는 점이다. 지정・등록・확인의 행정행위를 통하여 비로소 문화재보호법상 벌칙규정의 적용을 받는지가 분명해진다. 따라서 행정행위 여부 및 유효성에 따라 벌칙규정의 적용여부가 결정되는 불확정개념을 어떻게 해석하고 제한할 것인지가 문제된다.

불확정개념에 대하여 판례는 주로 재량행위로 보고 이에 대한 사법적 심사를 자제하고 있다.[125] 이러한 판례의 태도는 행정기능의 효율성을 제고한다는 측면에서는 의미를 갖지만 수범자가 자신에게 부여된 의무와 그 의무위반시 침해될 기본권의 종류와 정도를 예측할 수 없다는 점에서 법치주의원칙 및 법적안정성에 심대한 위협이 될 수 있다. 불확정개념에 대한 판단여지 인정은 구체적 사안을 포섭하

125) 판례는 판단여지와 재량행위의 재량권을 실질적으로 동일한 것으로 보고 주로 재량행위로 다루고 있다. 대법원 2007.2.8. 2006두13886 판결; 미국의 경우도 법률의 명확성이 충분히 확보되지 않아도 행정청의 해석이 합리적이라면 그 해석을 존중해야 한다는 판례이론이 성립되어 있다. *Chevron U.S. v. National Resources Defence Council, Inc.* 467 U.S. 837 (1984).

는 과정에서 이루어져야 하며 일반적 해석론으로 인정하는 것은 무리가 있다. 왜냐하면 형벌규정의 경우 행정의 기능과 기본권의 중대한 침해 사이에서 형량비교를 해야하며, 헌법이 천명하는 죄형법정주의에 비추어 볼 때 판단여지의 인정은 행정법상 다른 사법적 관계나 공법적 관계에 비해 신중해야하기 때문이다.[126] 따라서 행정행위가 형벌조항의 적용여부를 구성하게 되는 경우, 법원의 법률해석의 기준은 행정행위의 상대방인 수범자가 그 행정행위의 내용을 명확하게 인식할 수 있는지 여부라고 할 것이다.

III. 허가·지정·확인 등 행정행위와 명확성의 원칙

1. 행정종속적 형벌조항

가. 행정종속적 입법의 불가피성

문화재보호법은 문화재와 관련한 행정명령 등을 위반한 행위를 처벌하는 것은 물론이고, 형법상으로는 범죄로 구성되지 않는 자기 재산 처분 및 변형과 같은 행위들이 문화재의 가치를 훼손시키거나 문화재의 원형보존 및 법적 보호가능성을 위태화 시킬 경우 형사처벌하고 있다. 동일한 문화재보호법 내의 처벌규정임에도 불구하고 각 벌칙규정의 보호법익 및 행정법과의 관계에 있어서 차이를 보이고 있고, 이러한 차이의 발생은 비단 문화재보호법에서 뿐만 아니라 거의 대부분의 행정법상 형벌규정에서 나타나고 있다. 행정법 내에 형벌이 규정되고 서로 관련을 맺는 관계를 행정종속성이라고 일컫는데,[127] 역사적으로 많은 논의가 있었으나 전문분야의 증대하고 있고, 각 전문분야에서 발생할 수 있는 위험의 예방이 경제적·정치적·사회적 비용을 감소시킨다는 현실적이고 효율적인 관점이 보편화되면서, 사후적 책임분배에 초점을 맞추는 형법으로는 예방 필요성을 충족시키기에는 한계가 있다고 보아 일반적으로 형법의 행정종속성을 불가피한 현상으로 받아들이고 있

126) 길준규, 전게논문, 293면.
127) 김성은, "행정종속성과 형법적 환경보호," 783면.

다.[128]

문화재보호법상 형벌규정의 행정종속성 인정근거는 첫째, 유형 문화유산이 일반 재화와는 차별적 취급을 받고 있으며 그 차별취급의 근거인 문화유산만의 독특한 가치는 법원이나 입법자가 아닌 전문가 집단에 의해 판단되는 영역이라는 점이다. 따라서 그 가치충전적 개념표지를 형법에 객관성을 담아 규정하기는 매우 난해한 일이며, 가치판단의 유동성과 구체성을 고려해 볼 때 문화재보호법상의 규정이나 행정행위에 의존할 수밖에 없다.[129]

둘째, 전통적으로 형법은 판덱텐 체계 내에서 행정법과는 구별되는 주소지를 가지고 있었고, 보충성 및 정형성, 법적안정성 등을 최우선 가치로 두는 특징을 가지고 있었다.[130] 하지만 사회의 복잡화와 행정법 영역의 폭발적 증가로 예전에는 예외로 치부되던 행정법과의 연결성이 이제는 보편적인 현상이 되는 양질전화가 일어났다.[131] 기본권 보장을 위한 형법 고유의 특질은 기능성을 강조하는 행정법의 성격과 결합하여 희석되기 시작하였고, 이전에는 형법이론상 법익의 범위에 포괄하기 어려운 영역들에서도 행정법을 통한 법의 규제가 진행되면서 형법이론상 판단을 선행하는 형벌규정들이 다양한 영역을 보호대상으로 삼게 되었다. 문화재행정작용 뿐만 아니라 문화유산의 독자적 가치를 보호하는 문화재보호법상 벌칙규정 유형들 또한 이러한 맥락에서 바라볼 수 있다. 이러한 현실적 조건들은 형법의 염결성을 고수하는 대신 되돌리기에는 지나치게 광범위하게 인정되고 있는 형법의 행정종속성을 인정하고 이로 인하여 파생되는 문제들을 형법이론의 재조정을 통해 해결할 수밖에 없도록 하였다.

셋째, 법치국가원리로부터 도출되는 체계정당성의 원리에 기초하여 형법이 행정법과 규범구조적으로나 내용적으로 서로 모순되지 않고 본래의 입법목적에 충실해야 한다는 요청이 행정종속성의 인정 근거가 되었다.[132] 형법의 독자성을 강조하며

---

128) 은숭표, “형법의 규준으로서의 행정법 - 사법과 형법의 규준으로서의 행정법(II) -” 300면; 장영민·박기석, 환경형법의 이론적 문제점에 관한 연구, 35면.

129) 장영민·박기석, 상게서, 35면 참조.

130) 이근우, “‘행정형법’개념의 현재적 의미,” 183-184면.

131) 조병선, “환경형법을 계기로 새로이 전개된 형법해석학적 이론들,” 3면.

타법과의 관계에서 형법의 보충성 및 죄형법정주의 등의 훼손을 우려하는 견해도 있으나,[133] 종속성과 독자성이 개념 모순적 성격을 갖지만 종속성이 곧 비독자성이라고 단언할 수 없고,[134] 입법목적과 취지에 따라 형법해석의 중요한 기준으로 작용할 수 있다는 점에서 행정종속성을 형법해석의 과제로 설정 가능하다고 인식되고 있다.[135] 행정법에 대하여 생긴 수범자들의 신뢰 혹은 형법에 대한 수범자의 예측가능성에 대한 보호도 필수적이다.[136] 따라서 문화유산 관련 범죄는 문화재보호법상의 규정 및 행정행위의 내용을 통한 보충이 있어야 구성요건을 확정할 수 있고, 가벌성 유무 및 그 범위를 판단할 수 있게 된다.

나. 행정종속 정도와 태양에 따른 분류

형법의 행정종속성은 종속정도에 따라서 절대적 행정종속형, 상대적 행정종속형, 절대적 행정독립형으로 나눌 수 있다.[137] 절대적 행정종속형은 구성요건 내에서 범죄의 내용이나 결과가 규정되지 않고 당해 행정법이나 행정행위에 대한 위반을 범죄구성요건으로 삼는 방식을 의미한다.[138] 문화재보호법 제90조 무허가 수출 등의 죄와 제100조 행정명령 위반 등의 죄의 제1호 "정당한 사유없이 제21조 제1항이나 제42조 제1항에 따른 명령을 위반한 자," 제101조 관리행위 방해 등의 죄에 제1호의 "정당한 사유 없이 제12조에 따른 지시에 불응하는 자" 등이 이에 속한다. 이러한 규정들은 결과발생이나 구체적 위험의 발생을 요건으로 하지 않아 문화유산 훼손 등의 위험 발생가능성에 머물러 있는 초기에 대응할 수 있다는 기

---

132) 헌법재판소 2004.11.25. 2002헌바66 결정.

133) Bruns, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, 1983(조병선, "환경형법을 계기로 새로이 전개된 형법해석학적 이론들," 57면 재인용); 이와 반대로 행정법과 형법의 관계에서 행정종속성의 엄격한 관철이 필요하다는 견해로, 은숭표, 전게논문, 316면.

134) 조병선, "환경형법을 계기로 새로이 전개된 형법해석학적 이론들," 57면.

135) 양자의 관계를 형법의 보장적 기능과 보호적 기능의 관계로 비유하여 설명한 박광현, "형법의 독자성과 민사법과의 법질서 통일성 관점에서 바라 본 학제 간 고찰," 265-266면.

136) 은숭표, 전게논문, 301면.

137) Heine, "Zur Rolle des strafrechtlichen Umweltschutzes," ZStW 101, 1989, S.724ff (조병선, "환경형법을 계기로 새로이 전개된 형법해석학적 이론들," 60면에서 재인용).

138) 참조지시적 구성요건에 대한 설명으로 장영민·박기석, 전게서, 36-37면.

능적 장점을 갖지만 추상적위험범이 갖는 죄형법정주의 위반의 우려를 내포하게 된다.

상대적 행정종속형은 구성요건의 일부가 행정법이나 행정행위에 종속되지만 형법 고유의 불법유형을 구성요건의 내용으로 하는 유형이다.[139] 문화재보호법 제92조 손상 또는 은닉 등의 죄 제2항 제2호는 “일반동산문화재인 것을 알고 손상, 절취 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 자는” 이라고 구성요건을 구성하고 있다. 일반동산문화재에 대한 판단은 동법과 그 시행규칙의 별표2를 기초로 하여 이루어지고, 손상・절취・은닉 등의 행위태양 및 “효용을 해한다” 는 행위의 결과에 대해서는 형법적 해석 작업이 이루어진다. 즉, 문화재보호법상 일반동산문화재에 속하는 물건에 대하여 손상 등의 행위를 하였으나 효용을 해하는 결과가 발생하지 않은 경우나 효용을 해하는 결과는 낳았으나 손상 등의 행위태양에 속하거나 그와 동등한 형법적 평가를 받는 행위에 의해 이루어진 것이 아닌 경우에는 범죄를 구성하지 않게 된다.

마지막으로 절대적 행정독립형은 행정법이나 행정행위에 종속되지 않고 완결된 형태의 형법상 구성요건으로 구성된다.[140] 문화재보호법상의 개념표지를 사용하지 않고 문화유산의 가치를 훼손하는 행위를 포괄적으로 기술하는 방식으로, 적어도 문화유산 관련 법제에 있어서 이러한 형식을 취하는 경우는 발견할 수 없다. 절대적 행정독립형은 절대적 행정종속형에서와 같이 추상적위험범으로 구성할 경우 구성요건의 추상성 때문에 죄형법정주의 및 비례성원칙 위반이 예상된다. 따라서 구체적 위험범이나 침해범의 형태로 규정할 수밖에 없는데, 문화재보호법의 원형보존이라는 입법취지가 예방에 초점이 맞춰져있는 만큼 동법의 목적에 부합하기는 어렵다.

또한 종속의 대상이 행정법인지 아니면 행정행위인지에 따라서도 분류가 가능하다.[141] 문화재보호법상 행정법종속성이란 동법의 규정의 위반이 문화유산 관련

---

139) 장영민·박기석, 상게서, 37면.

140) 장영민·박기석, 상게서, 38면.

141) 국내의 논문들은 결합대상을 개념, 행정법, 행정행위로 분류하나 개념의 경우 결국 행정법 및 행정행위의 해석에 의해 이루어진다고 보아 행정법과 행정행위 양자만을 분류 기준으로

범죄의 구성요건요소가 된다. 제90조의 무허가수출 등의 죄에서 “제39조 제1항 본문을 위반하여~,” “제60조 제1항을 위반하여~”와 같은 입법형식으로 나타난다. 행정행위종속성이란 행정청의 명령을 위반하거나 허가를 받지 않고, 혹은 허가사항에 위반하여 행위한 경우를 지칭하는 것으로, 제100조의 행정명령 위반 등의 죄가 이에 해당하고, 제90조의 경우 특별한 경우 수출시 허가를 받도록 하는 제39조 제1항 및 제60조 제1항을 준용하고 있어 행정행위 종속성 또한 가진다. 행정법 종속성은 주로 위임입법, 백지형법의 논점을 낳는데, 이에 대해서는 앞에서 포괄위임입법금지원칙과 관련하여 살펴본 바 있다. 따라서 여기에서는 문화재보호법상 처벌규정들의 행정행위 종속성을 중심으로 검토하도록 한다.

2. 구성요건상 행정종속성

가. ‘행정법상 허가’의 형법적 의미

문화재보호법 제39조 제1항은 “국보, 보물, 천연기념물 또는 중요민속문화재는 국외로 수출하거나 반출할 수 없다. 다만, 문화재의국외전시 등 국제적 문화교류를 목적으로 반출하되, 그 반출한 날부터 2년 내에 다시 반입할 것을 조건으로 문화재청장의 허가를 받으면 그러하지 아니하다”고 규정하고 있고, 제60조 제1항은 일반동산문화재에 관하여 이를 준용하고 있다. 또한 동조 제5항은 “일반동산문화재로 오인될 우려가 있는 동산을 국외로 수출하거나 반출하려면 미리 문화재청장의 확인을 받아야 한다”고 규정하고 있다. 일반동산문화재를 수출 또는 반출하려는 경우 그 해당성이 의심된다면 미리 확인을 받고 다음 단계로 허가를 받아야 적법한 수출 및 반출이 가능하다. 앞에서 살펴 본 바와 같이 문화재보호법상 허가와 확인은 행정행위 중 하명에 해당한다. 위 처벌조항들은 개념상 문화재보호법 및 그 하위법령에 기속되어 있고, 문화재청의 허가여부가 행위의 가벌성을 결정하게 되어 행정행위에도 구속되어 있다고 할 수 있다. 따라서 허가의 형법 범죄체계상의 지위를 밝힐 필요가 있다. 허가의 범죄체계상 지위에 따라서 착오가 발생한 경우 그 취

삼았다. 세 가지 분류체계를 소개하는 조병선, 위의 글, 67-69면; 행정법과 행정행위 양자만을 분류기준으로 제시하는 김성은, “행정종속성과 형법적 환경보호,” 785면.

급이 달라지는데, 허가가 구성요건요소에 해당하는 경우 고의의 대상이 되며, 위법성에 속한다면 그 인식이 필요하지 않기 때문이다.

행정청의 허가의 범죄체계상 지위를 결정하는 기준으로 일반적으로 제시되는 기준은 사회적 상당성과 허가의 행정법적 성질이다.[142] 사회적 상당성을 기준으로 하는 견해는 당해 행위가 법률의 문언상 구성요건해당성을 갖더라도 그 행위로 인하여 창출된 위험이 입법자가 미리 허용될 수 있는 위험으로 상정해 둔 것이라거나 사회상당하고 경미한 것인 경우에는 행위의 구성요건을 배제하듯이,[143] 행위가 사회적 상당성을 가지는 경우에는 그에 대한 허가 또한 구성요건배제사유이고, 행위가 사회적 상당성의 범위를 벗어난 경우에는 허가는 위법성을 조각시키는 역할을 한다고 본다. 하지만 이러한 견해는 구성요건에 해당하는 행위들 중 어떠한 행위가 사회적 상당성을 갖는 행위인지에 대한 아무런 기준을 제시하지 못하고,[144] 그 상당성의 기준으로 행정법상 위험을 들 것인지 아니면 형법적 위험으로 할 것인지라는 판단과정을 거치도록 한다는 점에서 한계를 갖는다. 따라서 행정법상 허가의 성질을 확정한 후, 그에 따르는 형법적 효력을 고찰하는 것이 적절할 것으로 보인다.

행정법상 일반적으로 허가는 헌법상 보장되는 자유권에 기초한 행위가 행정청이 실정법이 제한을 가하는 사유에 해당되는지 여부를 사전에 심사할 수 있도록 하는 것으로서 허가유보부 예방적 금지의 성질을 갖는다.[145] 이에 반하여 예외적 허가는 해당 행위가 법령에서 입법취지 실현을 저해하는 유해성을 인정하여 원칙적으로 금지되지만 예외적으로 금지를 해제하여 행위를 적법하게 하는 해제유보부 제재적 성격을 갖는다.[146] 전자의 경우 원칙적으로 헌법상 보장되는 자유권의 행사에 관한 것이므로, 실정법이 요구하는 일정한 요건들을 갖춘 경우 허가거부는 헌법상 기본권에 대한 부당한 침해가 되기 때문에 기속행위에 속하게 된다.[147] 이와는

142) 심재무, “행정법상 허가의 형법적 효력,” 577면 이하.
143) 김일수, 한국형법I, 471면.
144) 심재무, 전게논문, 578면.
145) 이동희, 행정법 I, 285면.
146) 이동희, 상게서, 291면.
147) 이동희, 상게서, 285-286면.

달리 후자의 경우에는 원칙적으로 금지된 행위를 허용함으로써 사인의 권리를 확장시켜주는 의미를 갖는 수익적 행정행위로서 재량행위의 성질을 가질 수 있다.[148] 이러한 허가의 행정법적 성질을 기초로 하여, 허가유보부 예방적 금지의 경우에는 허가가 정당화사유로 취급되어 허가 있는 행위는 위법성이 조각된다.[149] 따라서 허가는 범죄체계론상 위법성에 위치하게 된다. 반면 해제유보부 제재적 금지의 경우에는 허가 있는 행위만이 적법성을 가지게 되어 구성요건해당성을 배제하는 효과를 발생시킨다.

나. 문화재보호법 제90조 제1항 및 제2항 검토

문화재보호법 제90조 제1항 및 제2항을 살펴보면, 지정・가지정 문화재는 제39조 제1항에서, 일반동산문화재는 제60조에서 수출을 원칙적으로 금지하고 있고, 동조 단서에서 국외 전시 등 문화교류를 목적으로 수출・반출하는 경우 2년 내에 다시 반입할 것을 조건으로 허가할 수 있도록 하였다. 여기서 허가는 조건유보부 재량행위라 할 것이고, 원칙적으로 금지된 행위를 예외적으로 허용한다는 점에서 해제조건부 제재적 금지에 해당한다. 따라서 문화재보호법상의 허가는 범죄체계론상 구성요건에 위치하게 된다.

구성요건요소인 허가에 관하여 두 단계의 문제가 제기될 수 있다. 우선 적법한 허가/불허가 처분만이 구성요건에 해당되는지가 문제된다. 다음으로 행정행위의 적법성의 착오의 해결방법 또한 검토할 필요가 있다. 판례는 위법한 행정행위와 형법과의 관계에 대하여, 행정행위의 하자가 중대・명백하여 당연무효인 경우에는 위법한 행정행위에 대한 불이행이 범죄를 구성하지 않는다고 본다.[150] 행정행위의 하자가 당연무효에 이르지 않고 취소사유에 불과할 경우 판례는 “국토의 계획 및 이

148) 이동희, 상게서, 290-292면; 예외적 허가가 항상 재량행위의 성질을 갖는 것은 아니다. 예외적 허가의 경우 판단여지를 인정한 판례가 있지만(개인택시운송사업면허에 대한 판례로 대법원 1996. 10.11. 선고 96누6172 판결) 법문에 따라서는 또한 경우와 기속행위로 보는 판례(광업법의 불허가 처분에 대한 대법원 1970.7.24. 선고 70누5 판결)도 있다.

149) 김봉태·이인규, “행정법상 허가 등의 형법상 효력,” 9면.

150) 대법원 1989. 3. 28. 선고 89도149 판결.

용에 관한 법률 제133조 제1항에 정한 처분이나 조치명령을 받은 자가 이에 위반한 경우 이로 인하여 법 제142조 에 정한 처벌을 하기 위하여는 그 처분이나 조치명령이 적법한 것이라야 하고, 그 처분이 당연무효가 아니라 하더라도 그것이 위법한 처분으로 인정되는 한 법 제142조 위반죄가 성립될 수 없다" 고 하여 그 위반행위를 범죄로 구성하지 않는다.[151] 형사법원은 행정행위의 취소여부에 관한 행정법원의 판결에 기속되지 않고 독자적으로 행정행위의 위법성을 판단할 수 있고, 이러한 행정행위의 적법성 여부는 구성요건에 해당한다.[152]

행정행위의 적법성이 구성요건에 해당한다면, 문화재보호법상 수출·반출에 대한 불허가처분이 위법하다고 오인하여 그 처분을 이행하지 않은 경우, 즉 불허가처분에도 불구하고 지정·가지정·일반동산문화재를 수출·반출하려 한 경우 착오이론을 통하여 범죄의 성립을 부정할 수 있는가라는 논점이 제시될 수 있다. 형법 제13조는 "죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다" 고 하여 인식의 대상은 범죄를 구성하는 객관적 구성요건임을 밝히고 있다. 따라서 허가의 적법성이 구성요건요소라면 그 적법성 또한 고의의 대상이 된다고 할 수 있다. 다만 불허가처분의 대상이 된 사실관계에 대하여 문화재청장이 오인했음을 이유로 허가 없이 수출·반출했을 때는 구성요건적 착오로 해결하여 구성요건적 고의를 조각하고, 과실범처벌규정이 없으므로 처벌되지 않겠지만, 행위자가 문화재청장의 불허가처분이 법문의 오인에서 비롯된 포섭의 착오라고 판단하여 그 불허가처분을 불이행한 경우라면 구성요건고의를 조각하지 않는다. 잘못된 법적평가에서 비롯된 포섭의 착오이며, 이는 구성요건적 착오가 아닌 금지착오의 문제로 형법 제16조에 따라 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 면책될 수 있다.

151) 대법원 2007. 2. 23. 선고 2006도6845 판결.
152) 김남진·김연태, 행정법I, 284-285면.

3. 형벌조항의 명확성 확보를 위한 행정행위의 요건

가. 행정행위의 명확성에 대한 일반적 논의

(1) 개괄

행정행위는 적법하고 유효하게 성립해야 목적한 효력을 발생시킬 수 있고, 성립요건에 흠결이 존재하는 경우에는 위법 또는 부당한 하자 있는 행정행위로서 하자의 정도에 따라 무효 또는 취소의 대상이 된다.[153] 현행 행정절차법 등에서는 행정행위의 일반적 성립규정을 두고 있지 않지만,[154] 학설과 판례에 따라 내부적 성립요건과 외부적 성립요건으로 나누고 있다. 외부적 성립요건이란 행정 내부에서의 결정단계를 지나 외부를 향해 표시되었을 때에야 비로소 행정행위가 성립한다는 것으로, 일단 표시가 되면 상대방에게 도달되었는지 여부를 불문하고 행정청은 행정행위의 효력에 기속되게 된다.[155] 내부적 성립요건으로는 주체에 관하여 '정당한 권한을 가진 자'가 '권한 내의 사항에 대하여' 사기·강박 등에 의하지 않은 '정상적인 의사'를 가지고 행할 것을 요건으로 한다.[156] 행정행위의 내용은 실현가능하고 명확하며 법의 취지 및 공익에 부합해야 한다.[157] 또한 법에서 내정하는 신청·동의, 의견제출·청문, 행정내부의 협의·심의·자문 등의 절차를 거쳐 형식적 요건을 갖추어 발하여야 한다.[158]

행정행위의 명확성은 내용적 요건으로, 실현가능한 내용을 가진 행정행위의 상대방이 그 내용을 구체적이고 명확하게 인식할 수 있도록 하는 것이다. 이러한 행정행위의 명확성 원칙은 행정절차법 제5조 및 행정규제기본법 제4조 제1항에서 확

---

153) 김동희, 전게서, 318면.

154) 미국의 경우, 연방행정절차법(Federal Administrative Produre Act : APA) 제706조는 행정행위의 일반적 적법요건을 명시하고 있다. 그 요건으로는 '자의적이거나 전단적 혹은 재량권의 남용 등 법률에 위반된 행위가 아닐 것,' '헌법상 권리·권한·특권 또는 면제규정에 반하지 않을 것,' '법률상의 관할·권한 및제한 규정을 위반하거나 법률상 권리에 흠결이 존재하지 않을 것,' '법이 정하는 절차를 준수할 것' 등이 있다.

155) 김동희, 전게서, 317면.

156) 김동희, 상게서, 315-316면.

157) 김동희, 상게서, 316면.

158) 김동희, 상게서, 316-317면.

인하고 있으며, 판례는 행정행위가 구체적인 법집행에 해당한다는 점을 근거로 행정행위가 객관적으로 명확할 것을 요구하고 있다.[159] 행정행위가 형사처벌의 구성요건이 되거나 위법성배제사유 등에 해당하는 경우에는 죄형법정주의의 파생원칙인 형벌법규의 명확성원칙의 중요한 내용을 이룰 수 있으며, 행정법의 기본원칙인 신뢰보호의 기초가 되어 행정행위의 실질적 적법성을 담보하는 내용적 요건의 핵심이라고 할 수 있다.

행정행위 종속성을 띠는 형벌규정의 구성요건으로서 행정행위의 적법성에 관한 요건은 상당부분 비례성심사와 중복된다. 행정법의 입법취지 및 공익에의 부합성은 비례성심사의 목적의 정당성 및 법익의 균형성과 상관성을 갖는다. 이에 비해 행정행위의 명확성의 요건은 비례성심사의 전단계 심사대상으로서 행정행위의 내용이 그 상대방에게 분명히 인식되어 신뢰의 기초가 될 수 있을 정도로 명확하지 않다면 그 자체로 형벌규정의 명확성 원칙 위반의 근거가 된다. 행정행위의 명확성이 인정된다면 입법취지 및 공익에의 부합 여부는 비례성 심사의 단계에서 진행될 수 있겠지만, 행정행위의 명확성이 의심된다면 그 자체로 위헌이라고 판단할 수 있다.

행정행위의 명확성 요건으로 우선 당해 행정청과 행정행위 상대방의 명확한 특정이 있어야 한다. 행정절차법 제21조 제1항 제2호는 의무를 부과하거나 권익을 침해하는 침익적 행정처분이 있는 경우에 사전통지할 것을 명하면서 당사자의 성명과 주소를 기재하도록 하고 있는데, 이는 처분으로 인하여 법적상태의 변동을 겪게 될 상대방을 명확히 하기 위한 것이다. 행정행위의 상대방을 일정 집단으로 표시할 경우 그 집단이 상대방인지 아니면 그 구성원 개개인이 상대방인지 특정할 수 없거나, 집단의 구성원의 변동이 있어 그 구성원들을 확정할 수 없는 경우에는 그 상대방에 대한 표시가 명확하다고 할 수 없을 것이다. 판례는 행정행위의 상대방이 그 내용에 비추어 명확하게 표시되지 않은 경우에 당해 행정행위는 원칙적으로 당연무효라고 보아 이후 경정절차가 이루어졌다고 해도 하자가 치유되지는 않는다고 보았다.[160]

---

159) 대법원 1995. 11. 14. 선고 95누10853 판결.

160) 상속세 부과처분시 상속인들 중 1인에게만 상속세 전액을 부과한 경우, 상속세에 대한 부담분을 가진 나머지 상속인들에게 당해 행정행위의 효력이 미치지 않는다는 판례로 대법원

두 번째 행정행위의 명확성 요건으로는 행정행위의 발효 시기, 성질・행위목적 및 수단 그리고 행정행위의 근거가 되는 사실관계에 대한 명확한 제시가 있다.[161] 우선 당해 행정행위가 급부적 혹은 침익적인지 아니면 단순한 사실확인에 불과한 것인지를 명확히 할 필요가 있다. 행정행위의 법적성질을 나타내기 위하여 반드시 허가나 통지, 처분 등 행정법상 용어를 사용할 필요는 없으나 상대방이 그 성격을 충분히 인식할 수 있는 방식으로 표현되어야 할 것이다.[162] 행정행위 상대방이 자신의 법률상태의 변동을 예측할 수 있도록 행정행위에 따른 효과발생의 시기 및 행정행위의 심사대상이 된 사실관계의 시간적 범위 등도 명확히 표현될 필요가 있다. 판례는 행정청의 행정행위의 근거가 된 행위의 내용에 대해서도 구체적인 명확성이 요구된다고 보았다.[163] 침익적 행정행위의 경우에는 행정행위가 부과하는 의무 불이행에 대한 제재수단 또한 명시해야 할 것이다.

마지막으로 행정행위의 명확성 판단의 기준은 사회통념 및 통상인이고, 행정행위의 내용이 사회통념상 인식할 수 없을 정도로 불명확한 경우에는 원칙적으로 무효라고 할 것이다.[164] 판례는 "행정청이 행정대집행법 제3조 제1항 에 의한 대집행계고를 함에 있어서는 의무자가 스스로 이행하지 아니하는 경우에 대집행할 행위의 내용 및 범위가 구체적으로 특정되어야 하나, 그 행위의 내용 및 범위는 반드시 대집행계고서에 의하여서만 특정되어야 하는 것이 아니고, 계고처분 전후에 송달된 문서나 기타 사정을 종합하여 행위의 내용이 특정되거나 실제건물의 위치, 구조, 평수 등을 계고서의 표시와 대조・검토하여 대집행의무자가 그 이행의무의 범위를 알 수 있을 정도로 하면 족하다"고 하여 행정행위 발동 당시에 명확성요건이 미비하다고 하더라도 추후 보완될 수 있다고 하였다.[165] 또한 판례는 "독점규

1084.1.24. 선고 83누467 판결.

161) "위 각 시정명령은 지원주체와 지원객체, 반복금지를 명한 지원행위의 종류와 유형 및 그 내용 등에 있어서 관계인들이 인식할 수 있는 정도로 구체적이고 명확하다"고 하여 행정행위의 명확성의 요건을 밝힌 판례로 대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결.

162) 김봉철, "행정행위의 명확성원칙에 관한 연구," 316-317면.

163) 대법원 2013.6.28. 선고 2011두18151 판결.

164) 김남진·류연태, 전게서, 310면; 김봉철, 전게논문, 309면.

165) 대법원 1990. 1. 25. 선고 89누4543 판결.

제및공정거래에관한법률에 의한 시정명령이 지나치게 구체적인 경우 매일 매일 다소간의 변형을 거치면서 행해지는 수많은 거래에서 정합성이 떨어져 결국 무의미한 시정명령이 되므로 그 본질적인 속성상 다소간의 포괄성·추상성을 띨 수밖에 없다" 고 하여 행정행위의 명확성 정도는 법률의 명확성 요구에 비해 완화된 것으로 해석하는 경향을 보이고 있다.[166]

(2) 지정문화재에 대한 반출허가의 명확성

문화재보호법상 문화재 정의규정의 모호성에도 불구하고 지정문화재의 경우 행정청의 구체적인 지정행위가 이루어짐으로써 수범자의 예견가능성이 보장되어 법문상의 모호성이 어느 정도 해소되었다고 볼 수 있다. 하지만 지정, 혹은 반출허가라는 행정행위의 상대방이 특정되지 않거나 지정기준 및 허가의 기준이 모호할 경우 수범자는 국가에 적극적으로 지정을 요구하여 감독 및 급부적 행정의 혜택을 입을 기회를 갖기 어렵고, 허가 여부가 온전히 행정청의 재량으로 여겨지게 되기 때문에 수범자는 문화유산을 활용할 다양한 방안을 모색하는 대신 법률위반을 회피하기 위하여 그 활용에 소극적이 되며 선택의 폭을 확장시키지 못하게 된다. 따라서 지정문화재의 경우에도 최소한 행정행위의 명확성 요건을 구비하여야 할 것이다. 다만 관리·보조 등 급부적 행정의 경우에는 명확성 요구의 정도가 형벌조항에서보다는 감소할 수 있다. 지정에 의한 자신의 관리물·소유물의 가치상승에 및 국가보조 대한 기대와 구체적 대상을 지정문화재로 보호함으로써 투여되는 자원과 보호가치의 비교라는 공익을 비교할 때, 행정청의 판단에 대한 불복 및 이의제기 절차 마련의 필요성은 별론으로 하고, 이에 대한 행정청의 판단은 존중될 필요가 있기 때문이다.

나. 일반동산문화재에 대한 행정행위의 명확성

지정·가지정·등록문화재는 행정청의 직권으로 지정 등의 행정행위가 행해질

166) 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결.

수 있고, 그 명확성의 요건 또한 일반 행정행위와 크게 다를 바가 없다. 지정 등 행정행위가 이루어진 후 당해 문화재의 소유자의 재산권 행사가 제한되며 문화재 관리를 위하여 행정청이 부과한 의무를 불이행한 경우 행정적·형사적 제재를 받게 되기 때문이다. 하지만 일반문화재의 경우 소유자가 문화재 해당성에 대해 의문을 가지더라도 수출·반출 전에는 그 해당성을 확인할 의무를 지지 아니하며, 문화재보호법 제92조의 경우에는 아직 문화재 해당성에 대한 확인이 이루어지지 않은 경우에라도 은닉 등의 행위로 그 효용을 해한 경우 형사처벌을 받도록 하는 등 일반 행정행위와는 차이를 보이는 점이 있기 때문에 이를 중심으로 살펴보기로 한다.

(1) 확인시 소급하여 범죄성립

형법 제1조 제1항은 범죄의 성립과 처벌은 행위시 법률에 의한다고 명시하고 있다. 이에 따르면 행위시에 그 행위를 구성요건으로 하는 범죄와 그 처벌이 법률에 확정되어 있어야 하는데, 아직 확인 절차를 거치지 않은 일반동산문화재의 경우 문화재보호법 제90조의 무허가수출 등의 행위나 제92조의 은닉 등의 행위시 문화재해당여부가 결정되지 않았다는 점에서 문제가 된다.

비록 소유자 등 행위자가 문화재의 가치를 인식하고 있었다고 하더라도 이는 내심의 가치판단일 뿐이며, 이것만을 기준으로 객관적으로 문화재 해당성을 확정할 수는 없다. 즉, 행위자가 수출 및 은닉 등의 문화재보호법상 형사처벌 조항들이 규정하는 구성요건상의 행위를 하기 이전에 문화재청장의 확인을 받은 바 있거나 확인에 준하는 문화재급부행정 또는 관리행정에 관한 신청을 한 선행행위가 있다면 행위자가 해당 물건의 문화재 해당성 인식이 객관적으로 표현됐다고 할 수 있으나, 외부로 표출된 바 없다면 일반동산문화재 해당성에 대한 행위자의 판단은 일반 예술품에 대한 가치판단과 다르게 취급할 근거가 없으며 법원이 해당 물건의 소유만으로 해당성을 인식했다고 간주하지 않는 한 판명할 방법도 없다고 본다. 판례도 문화재를 외국에 반출하기 위해 세관 검사대에 제출하는 것만으로는 허가를 위한 신고라고 보고 있지 않고 있다.[167]

167) 대법원 1968.3.19. 선고 68도108 판결.

이탈리아와 같이 일정한 연한(50년)이 지난 작가가 생존하지 않는 예술작품 및 건축물에 대하여 문화재 해당 여부를 행정청에 확인받도록 일률적으로 규정하고 있지 않은 상황에서, 확인절차를 거치지 않은 일반동산문화재의 수출·반출 및 은닉 등의 행위를 형사처벌의 대상으로 하는 것은 반출 이후에 이루어질 미래의 확인의 결과를 문화재 해당 여부가 불분명한 현재의 상황에 적용하는 것으로,[168] 범죄는 행위시인 현재 성립하는 것이 아니고 미래의 결과가 현재의 범죄를 구성하는 전미래적 결과를 발생시킨다.[169] 이러한 규정방식은 확인절차를 거치기 전까지는 적어도 객관적으로는 일반 물건과 다른 법적 평가를 내릴 근거가 없음에도 불구하고 형법상의 손괴죄의 재물의 타인성을 요건으로 하지 않고 "자기 물건"에 대한 은닉을 처벌한다는 점에서 부적절하다.[170] 범죄구성요건에 행정행위가 포함되는 경우 일반 형벌조항과 마찬가지로 범죄행위시에 행정행위가 적법하게 성립해 있어야

168) 문화재 지정 여부가 불분명한 상태인 가지정문화재에 대하여 지정문화재에 대한 명령위반 처벌 조항을 적용하는 것은 피고인에게 불리한 유추해석으로 죄형법정주의에 반한다는 판결로 대법원 2005.2.18. 선고 2003도4158 판결.

169) 데리다는 근대법학의 선형적 시간개념이 아닌 순환적 시간개념을 상정하고 법의 전미래적 성격을 설명한 바 있다. 하지만 이러한 법의 전미래적 성격은 행위시와 재판시에 존재하는 지연(Nachträglichkeit)의 구조 때문이며, 현재의 잠정성이 미래와의 관계 속에서 변화의 궤적을 남기는 것은 어디까지나 확정된 사실관계에 대한 해석의 차원이지 사실관계의 확정 자체가 전미래적으로 이루어지는 것은 적어도 형법에서는 죄형법정주의 원칙상 받아들여질 수 없다. 법의 전미래성에 대한 설명으로 Derrida, *Margins of philosophy*, 9-13면.

170) 대전고등법원은 구문화재보호법 제81조를 검토하면서 문화재보호법상의 은닉죄는 반드시 재물의 타인성을 전제하는 것은 아니라고 하였다. 다만 ① 일반동산문화재는 개인 소유가 허용되고, ② 지정문화재에 비하여 문화재로서의 가치가 낮고, ③ 문화재보호법도 지정문화재에는 관리 및 비용보조제도와 공개의무를 규정하지만 일반동산문화재에는 그러한 제도를 규정하지 않았다는 점, ④ 형법상 손괴죄는 재물의 타인성을 전제로 한다는 점, ⑤ 전문매매업자의 경우 장부비치의무를 부과하고 있다는 점, ⑥ 문화재에 대한 손괴죄의 법정형이 2년 이상의 유기징역으로 중하다는 점 등을 감안하여 일반인과 전문매매업자를 구분해서 일반인의 경우 은닉을 '일반인 또는 문화재청 등의 발견을 곤란 또는 불가능하게 하는 행위'라고 넓게 해석할 것은 아니고 지하나 물속에 숨김으로써 다시 발견하는 것을 현저히 곤란하게 하는 행위로 파악해야 한다고 판시하였다(대전고등법원 2009. 6. 3. 선고 2009노63 판결). 이러한 판결은 일반동산문화재 전반에 대하여 자기 재물에 대한 은닉 처벌을 정당하다고 보았던 과거의 판결(헌법재판소 2007.7.26. 자 2003헌마377 결정)에 비하여 일반인과 전문매매업자를 구분하여 일반인의 경우 은닉의 의미를 좁게 해석했다는 점에서 의미를 갖지만, 일본 등 일반동산문화재에 대한 은닉 등을 처벌하지 않는 입법례와 비교해봤을 때 이를 범죄화하는 것이 타당한지에 대해서는 문화재보호의 필요성을 근거로 별다른 법리적 고찰을 하고 있지 않다는 점에서 한계를 갖는 것으로 보인다.

하며, 미래의 행정행위를 기대하고 현재의 행위를 범죄로 구성하는 것은 행정행위의 유효성을 따지기 이전에 아직 존재하지도 않는다는 점에서 죄형법정주의에 대한 심각한 위반의 우려가 있다.

(2) 가치판단의 주체

문화재보호법 시행규칙 제48조는 일반동산문화재로 오인될 우려가 있는 동산을 비문화재로 확인받아 국외로 반출하려는 자는 대상물을 신청서와 함께 제출하도록 규정하고 있다. 확인신청이 접수되면 문화재보호법 제60조의2 제1항에 의해 배치되는 문화재감정위원이 감정절차를 진행하고,[171] 비문화재임이 확인되면 확인서를 배부하고, 일반동산문화재에 해당할 경우에는 동법 시행규칙 제43조에 따라 허가를 신청하도록 하고 있다.

일반동산문화재의 경우 문화재의 가치판단의 1차적 주체는 소유자 혹은 반출하려는 자이다. 일반동산문화재의 경우 문화재 해당성 판단 절차는 반출하려는 자의 확인 신청으로 개시되며, 시행규칙 별표에 마련된 일반동산문화재의 범위에 관한 기준을 기초로 하여 판단하게 된다. 이러한 협력적 성격의 행정행위에서 법관이나 전문가 혹은 행정청이 아닌 일반인(전문매매업자는 제외)에게 행정법상 불확정개념 해석과 적용을 어디까지 기대할 수 있는지가 문제된다.[172] 별표상의 기준들 또한

171) 문화재보호법 시행령 제37조 제2항에 따르면 문화재감정위원이 될 수 있는 자는 다음과 같다.
1. 문화재위원회의 위원 또는 전문위원
2. 문화재청, 국립중앙박물관, 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도 소속 공무원으로서 동산문화재 관계 분야의 학예연구관 또는 가군 전문경력관
3. 동산문화재 관계 분야의 학사 이상 학위 소지자로서 해당 문화재 분야에 종사한 경력이 2년 이상인 사람
4. 대학의 동산문화재 또는 천연기념물 관계 분야 학과의 조교수 이상인 사람 또는 그 학과에서 2년 이상 강의를 담당한 경력이 있는 사람
5. 동산문화재 관계 분야의 저서가 있거나 3편 이상의 논문을 발표한 사람
6. 동산문화재 관계 분야에서 5급 이상의 국가공무원 또는 지방공무원으로 3년 이상 계속 근무한 경력이 있는 사람
7. 동산문화재 관계 분야에서 5년 이상 계속 근무한 경력이 있는 사람

172) 행정법상 불확정개념의 해석 및 적용에 있어서 행정청의 재량권 인정여부와 법원의 통제 가능성에 대한 논의로 전재경, 전게서, 14면 이하; 길준규, 전게논문, 292면 이하 참조.

앞에서 살펴본 바와 같이 많은 불확정개념을 사용하고 있고, 객관적 기준으로 제시하고 있는 시간기준인 50년은 현대작과의 구분여부를 애매하게 하고 있기 때문이다. 다작이라는 수량 개념 또한 도자기 등의 경우 동일한 유형의 물건이 다수 존재한다는 면에서 일반인은 문화재에 해당하지 않는다고 성급하게 판단할 소지가 많다. 따라서 협력적 행정행위 관계에서 일반인의 일반동산문화재에 대한 가치판단을 보완해 줄 절차적 요건 마련이 행정행위의 명확성을 담보할 중요한 요소가 된다.

(3) 수범자의 예견가능성 확보를 위한 절차

헌재 98헌바67 다수의견은 문화재의 개념요소인 역사적·예술적·학술적 가치가 추상적이기는 하나 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 그 보존 및 활용 가치를 판단할 수 있고, 구체적 사안에서는 법관의 해석을 통해 가치의 유무를 판별할 수 있다고 보았다.[173] 혹시 발생할 수 있는 문화재 해당성에 대한 오인도 수출 및 반출 전 확인제도를 통하여 해소될 수 있고, 이를 통해 오인으로 인한 형사처벌의 위험을 감소시켰다는 다수의견에 대해 반대의견은 "죄형법정주의는 법률로 범죄의 구성요건과 처벌의 내용을 명확하게 규정함으로써 국민이 스스로 그 규정내용을 알고 그에 따라 행위를 할 수 있도록 하여 법적 안정성을 보장하기 위한 것이므로 어떤 물건을 반출 또는 수출하기 전에 미리 문화체육부장관의 확인을 받도록 한 규정이 있다고 하여 구성요건의 내용이 불명확한 법 제80조 제2항(현 제90조 제2항)이 죄형법정주의에 위반되지 않는다고 말 할 수는 없다"고 비판하였다.

다수의견은 법률의 내용이 다소 불명확하다고 하더라도 그 내용을 확인할 절차가 있다면 명확성원칙 위반의 하자가 치유될 수 있다고 판단한 것으로 보인다.[174] 이에 비해 반대의견이 절차적 마련을 통하여 형벌법규의 불명확성이 치유될 수 없다고 판단한 것인지는 분명하지 않은데, 현행 일반동산문화재의 확인이 수출 및 반출 전에야 행위자의 신청에 의하여 이루어지는 등 명확성 확보를 위한 절차라고

173) 헌법재판소 2000.6.29. 자 98헌바67 결정.
174) 다만 그 확인절차의 시기 및 적절성에 대한 실질적 검토는 하고 있지 않다.

평가받기에는 미진하다는 판단도 내포한 것으로 보인다.

문화재보호법상 문화재 개념은 가치평가적 용어를 다수 사용하고 있기 때문에 전문가가 아닌 수범자가 판단하기에는 어려움이 있고, 일반동산문화재의 경우에는 수범자 스스로 그 가치를 판단하여 확인 신청여부를 가려야 하는 만큼 확인제도 자체가 수범자의 명확한 규범 인식에 기여한다고 보기는 어렵다. 판례의 반대의견에서 밝혔듯이 행정절차의 마련이 법률의 불명확성을 치유할 수 있다고 보기는 무리가 있다.

다만 행정행위의 명확성 측면에서는 문화재보호법의 규범력을 제고하기 위한 단계적 절차마련이 의미를 가질 수 있다. 현재 문화재보호법은 일반동산문화재에 대해 행정지도나 세제혜택, 관리비용지원 등 문화재의 원형보존을 위한 어떠한 개입도 하지 않고 있다. 그리고 국외로 수출 할 때에만 자발적 신고를 하도록 하고 이를 이행하지 않은 경우 바로 형사처벌하는 방식이다. 일반적으로 지정이 이루어지지 않은 문화재에 대하여 그 반출이 금지되어 있는 사실이 널리 알려지지는 않았고, 수범자들이 일반 재물과는 구별하여 그 행위의 반사회성 파악하기란 쉬운 일이 아니다.

자기 물건을 외국으로 반출하고 은닉하는 행위 등이 그 자체로 반사회성을 갖는 것은 아닌 만큼, 문화재보호법상의 처벌조항들의 궁극적인 목적은 당해 행위의 처벌이라기보다는 문화유산의 가치에 대한 국민들의 공감대 형성과 예방 및 재발방지에 있다고 할 것이다. 따라서 일반동산문화재의 경우 1차적으로 관리지도 및 지원금 제도 등을 제도화 하여 무허가반출 등의 행위 이전에 위 급부행정에 관련되어 문의한 적이 있는지 등을 인식가능성의 증거로 삼을 수 있을 것이다. 또한 제재적 방법에 있어서도 전문매매업자들과 일반인을 구분하고,[175] 단계적 방식을 채택하여 1회 위반에는 계고 등의 경고조치를 마련하고 이를 거듭할 때 형사처벌하도록 규정한다면,[176] 수범자의 행정행위에 대한 예측가능성을 담보할 수 있을 것이

175) 문화재에 대한 가치판단 가능성을 높게 인정하고 벌칙규정 외에 어떠한 관리규정도 마련하지 않았다는 점에서 현재의 벌칙규정은 일반인보다는 전문매매업자를 대상으로 한 것으로 보인다.

176) 이근우, 전게논문, 203면.

다.

4. 소결

문화재보호법상 벌칙규정의 명확성 판단의 출발은 수권법률의 명확성 여부이다. 즉, 문화재의 개념이 명확한지 여부가 우선적 심사대상이 된다. 지정 및 일반동산문화재 공통으로 문화재의 개념은 충분한 명확성을 확보하지 못하였다. 하지만 지정문화재의 경우 지정이라는 행정행위를 통하여 소유자 등의 권리 제한 및 법적 개입을 예견할 수 있기 때문에, 법률의 명확성은 일반동산문화재에서 주로 문제된다는 점을 확인한 바 있다. 하지만 지정 및 일반동산문화재에 대한 형벌조항은 행정행위를 구성요건으로 하고 있기 때문에 행정행위의 명확성 문제는 일반동산문화재에 국한하지 않는다. 다만 일반동산문화재의 경우 행정행위가 명확하다면 수권법률상 다소의 불명확성도 치유될 가능성을 살펴보았다.

행정행위의 명확성 요건은 문화재보호법에 국한되는 것이 아니며, 법규의 명확성 확보가 어려운 전문영역·기술영역 등에서 실질적 명확성을 확보하는 방안이 될 수 있다. 명확성원칙의 궁극적 목적은 수범자의 예견가능성 확보를 통한 법적안정성 및 적극적 일반예방의 효과에 있기 때문에, 법문의 모호성을 보완하여 상기의 목적을 달성할 수 있는 다른 수단이 있다면 명확성의 우회적 확보를 부정할 이유가 없다고 할 것이다. 행정행위의 명확성 요건은 상대방의 특정과 행정행위의 내용의 명확성이며, 그 명확성 판단의 기준과 주체는 사회통념과 일반인이 될 것이다.

무허가반출에 대한 처벌규정인 제90조의 경우 허가의 내용이 명확한지가 문제되는데, 지정의 경우 그 실질적 명확성(위원회의 민주적 구성 등)은 차치하고, 행정청의 명확한 지정행위가 있었기 때문에 주로 문제가 되는 것은 일반동산문화재이다. 일반동산문화재의 반출행위나 은닉행위의 경우, 행위 시에는 문화재해당성에 대한 확인절차 미비로 인하여 고의를 인정하기 어렵지만 이후 행정청의 판단시점으로부터 소급하여 행위시부터 범죄가 성립하는 것으로 간주하는 문제점이 있다. 또한 가치판단의 주체를 소유자로 두고 있으면서 이를 보완해줄 아무런 행정적 절차가 마련되어 있지 않다는 점에서 행정행위의 명확성을 인정하기 어렵다. 따라서

일반동산문화재의 경우 금지되는 행위를 예견할 수 있는 법률의 명확성은 물론 행정청과 수범자의 소통의 과정이 전혀 마련되어 있지 않다는 점에서 법률의 불명확성이 보완될 수 있는 절차적 장치가 마련되어 있다고 평가하기 어렵다.

제3절 비례성심사

형법상 보호법익의 심사는 형벌의 근거를 마련하고 형법의 영역으로 포섭할 수 있는지에 대한 적격심사의 역할을 한다. 보호대상이 속한 특정한 영역이 형법의 적용대상으로 자리 잡았다면, 법익의 세분화를 통하여 법익의 내용을 구체화할 수 있다. 이러한 1차적 제한을 통하여 확정된 법익이 수범자에게 전달되기 위한 형식적 요건의 심사기준으로서 명확성원칙을 논한 바 있다. 다음으로 확정된 법익의 침해가 전체 법체계상 어느 정도의 심각성을 갖는지 살펴보고 다른 법익들 간의 관계를 조명하는 한편 법익 개념을 실질화하기 위한 절차적 보장의 수단으로서 비례성원칙을 상정할 수 있다.

비례성원칙은 방법의 적정성 측면에서는 경험적·사실적 인과관계를 기반으로 비교적 용이하게 판단할 수 있으나, 피해의 최소성 원칙과 관련해서는 형법의 보호영역에 따라 상이한 내용을 갖는다. 특히 집단적 감정가치 보호의 경우 이와 관련하여 수범자의 예견가능성 확보를 위한 구체적인 사전절차 마련이라는 기준이 추가된다. 법익균형의 원칙의 경우 판례는 경제적 기본권과 정신적 기본권, 사회적 법익과 개인적 법익이라는 추상적 준거틀만을 제시하고 있고, 법익형량의 구체적인 기준을 제시하지 못하고 있다. 특별법의 양산으로 사회의 제 영역에서 형법적 고려가 이루어져야 하는 만큼, 개별사건의 구체적 타당성 확보의 교두보로서, 또한 입법기관의 선재적 가치판단의 일방적 인정이 아닌 입법지침으로도 기능하도록 하여 순환적 관계형성을 도모하기 위하여 범죄의 유형화를 통한 법익형량의 일반적 심사기준 및 강도 설정이 필요하다고 본다. 법익개념의 구체화를 위하여 언급되었던 위해성(harm) 개념에 근거한 Living Standard를 기준으로 범죄를 유형화하고 집단적 법익이 속하는 유형에서의 비례성원칙의 내용을 살펴보도록 한다. 또한 집단적 감정가치 보호에 대한 비례성원칙의 강화 근거로서, 헌법원리로부터 형사적 개입이 도출될 수 있는지, 그리고 도출될 수 있다면 그 한계는 무엇인지 고찰한다.

I. 형법에서 비례성 심사의 일반적 의미

헌법은 국가 권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본 이념으로 하고 있다. 법치국가원리의 형법상 구현원리인 죄형법정주의는 형식적 의미의 법률의 존재만으로 충족되지 않고, 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례 관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 이념까지 포함하고 있다.[177] 즉, 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 입법형성권이 무제한 인정될 수 없고, 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조와 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성이 확보되어야 한다.[178] 형벌의 기본권 침해성은 그 정당화를 위해 높은 수준의 규범적 근거를 필요로 하고, 그러한 역할을 하는 것이 헌법이다.[179] 헌법은 법체계 전반을 관장하며 형법영역에서는 형법이 보호해야 할 이익들을 확정하는 형벌발동의 근거이면서 동시에 형벌의 기본권침해성이 가져올 헌법적 가치에 대한 중대한 침해를 제한하는 역할을 한다. 헌법상 보호되는 가치들 중 형법이 그 법익으로 할 수 있는 영역을 선택하여 그 가치의 내용을 구체화하고, 죄형법정주의라는 프리즘을 통하여 그 일반적 적용을 위한 형식을 갖춘 후 비례성 심사를 통해 그 포섭범위를 확정하게 된다.

이러한 일련의 절차는 형법에서뿐만 아니라 특별형법에도 적용된다. 우리나라의 경우 형법상의 특정한 범죄유형에 대한 가중처벌을 위하여 특별형법을 제정하는 경우가 일반적이다. 정책적 필요 및 제정 및 개정의 용이성으로 특별형법은 한시적이고 예외적으로 운용되는 대신 형법에 버금갈 정도의 일반법으로서의 지위를 획득하고 있다.[180] 따라서 특별형법 역시 다른 법률과 마찬가지로 범죄와 형벌은 헌법질서에 기초한 그 시대의 가치체계와 일치되도록 제정되어야 할 것인데, 입법취

177) 헌법재판소 1992. 4. 8. 자 90헌바24 결정.
178) 헌법재판소 2003. 11. 27. 자 2002헌바24 결정.
179) 이용식, “비례성 원칙을 통해 본 형법과 헌법의 관계,” 27면.
180) 박광현, “형사특별법으로부터 형법의 복원,” 204면.

지나 정책상 필요에 의해 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 비례성원칙에 어긋난다면 이와 같은 법정형을 규정한 법률조항은 헌법에 반한다고 보아야 한다. 즉 비례성 원칙의 심사는 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제 원리에 반하여 자의적으로 행사된 것인지 여부를 판단하는 것이다.[181]

비례성원칙의 세부원칙으로는 방법의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성이 제시될 수 있다.[182] 방법의 적합성 원칙은 기본권을 제한하는 법이 이를 통하여 추구하고자 하는 목적을 달성하기 위하여 가장 적절한 수단이어야 한다는 것이다.[183] 다만 목적달성을 위한 유일한 수단을 것을 요구하는 것은 아니며,[184] 적합성의 정도는 목적을 이루기 위한 상황이 개선되거나 일부가 실현되면 족하고 완전한 적합성을 필요로 하는 것은 아니다.[185] 피해의 최소성 원칙은 적합성을 지닌 수단들 중에서 기본권의 침해를 최소화시키는 수단을 선택해야 한다는 원칙이다. 임의적 규정으로도 입법목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 필요적 규정만을 두어 구체적 사안의 개별성 및 특수성을 고려할 수 없게 만들거나,[186] 기본권 제한 없이 다른 방법을 통하여 입법목적을 달성할 수 있는 경우에는 피해의 최소성 원칙을 위반한

---

181) 헌법재판소 1992. 4. 28. 자 90헌바24 결정.

182) 목적의 정당성을 비례성원칙의 세부원칙으로 둘 수 있는지에 대해서는 논의가 있다. 판례는 일반적으로 목적의 정당성을 포함시키고 있다. 헌법재판소 1992.12.24. 자 92헌가8 결정; 동지의 견해로 이민열, “목적의 정당성을 비례 원칙에 포함해야하는 근거와 그 역할,” 5면 이하; 목적의 정당성을 비례성원칙에서 제외하는 견해로 이기철, “헌법재판소는 비례의 원칙에 목적의 정당성을 포함시켜도 좋은가?” 377면 이하; 입법목적의 정당성은 입법에 대한 제한의 원리로서 입법목적의 정당성이 충족되지 않는 경우에는 비례성원칙의 적용 이전에 법률의 위헌성이 인정될 수 있고, 헌법 제37조 제2항의 문언도 목적의 정당성과 “필요한 경우”라는 비례성심사를 구분하고 있다고 보아 이 글에서는 목적의 정당성은 비례성심사 기준에서 제외한다.

183) 허영, 전게서, 295-296면.

184) 헌법재판소 1989.12.22. 88헌가13 결정.

185) 이용식, “비례성 원칙을 통해 본 형법과 헌법의 관계,” 32면.

186) 헌법재판소 2005.4.28. 2004헌바47 결정; 헌법재판소 2000.6.1. 99헌가11 결정.

것이 된다. 법익 균형의 원칙은 좁은 의미의 비례성원칙이라고 불리기도 하는데, 제한되는 기본권의 정도와 그 제한에 의해 얻어지는 공익을 엄격하게 비교형량하여 공익이 더 클 경우에만 기본권 제한이 정당할 수 있다는 원칙이다.[187]

방법의 적합성 원칙과 피해의 최소성 원칙은 목적과 수단과의 인과관계를 중심으로 경험적·사실적 측면을 조명하는 반면 법익 균형의 원칙은 선택된 수단과 목적의 관계를 규범적으로 가치평가하는 작업이다.[188] 또한 비례성원칙의 심사는 사법부의 판단이 입법부의 재량을 제한할 수 있는지에 대한 문제로도 제기될 수 있다. 입법부의 입법행위에 대해 삼권분립의 원칙상 사법부의 개입은 제한적일 수밖에 없고, 심사의 기준이 명확하지 않다면 입법권에 대한 침해의 소지가 있다. 미국의 경우에는 경제·자유권 등 영역을 나누어 그에 따른 법률심사 기준을 제시하여 입법부로 하여금 입법의 지침으로 삼도록 하거나 입법의 합헌성을 최대한 추정하는 등 상호보완적 관계를 형성하고 있다. 우리나라의 경우 헌법 제37조 제2항이 기본권제한입법의 한계를 설정하고 있으며, 판례는 이를 일반적인 조항으로 보고 구체적인 사건에서 위 조항의 해석을 통하여 심사를 진행하고 있다. 하지만 사회의 복잡화와 기본권의 층위 및 기본권 제한이 발생시킬 피해의 정도가 각각 다른 점을 고려해 볼 때, 비례성의 내용을 구체화시킬 필요가 있다고 본다.

II. 문화재보호법상 벌칙규정에 대한 비례성심사 기준 설정

1. 헌재재판소의 심사기준에 대한 재검토의 필요성

가. 문제의 지점 : 헌재 98헌바67 결정을 중심으로

[결정요지]

문화재를 보존하여 활용하는 데 있어서 굳이 지정여부를 고집하여 그에 따른 차이를 둘 합리적인 이유가 없으며, "지정되지 아니한 유형문화재 중 동산에 속하는 문화재"의 무허가 국외 수출 또는 반출을 금지하는 것은 문화재를 보존·활용하기 위한 적정한 방법으

187) 허영, 전게서, 295면.

188) 이용식, "비례성 원칙을 통해 본 형법과 헌법의 관계," 33-34면.

로서, 이를 위반하는 행위에 형사벌을 과하는 것은 금지규정의 실효성을 보장하는 차원에서 보면 합리성이 인정되고, 법익의 균형성의 원칙에도 어긋나지 아니하므로 이 법률조항은 과잉금지의 원칙에 위반되는 것도 아니다.

[전문]

과잉금지 원칙의 위반 여부

헌법 제37조 제2항 소정의 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)은 국민의 기본권 제한에 대한 국가작용의 한계를 명시한 것으로서, 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 중 어느 하나에라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙이다.

(1) 법은 문화재 중 중요한 것을 지정문화재로 할 수 있도록 규정하고 있다(제4조 내지 제7조 , 제13조 , 제55조). 그러나 문화재를 소장하는 자는 도난의 우려 또는 정부에 의한 관리·감독의 기피로 공개를 주저하고 그 위에 매장문화재의 도굴, 문화재의 은밀한 거래 등으로 인하여 문화재의 소재를 제대로 파악할 수 없는 것이 현실이므로 법이 규정하는 문화재의 지정도 이미 공개된 문화재에 한정될 수밖에 없다. 이러한 이유 때문에 '비지정동산유형문화재' 중에는 지정문화재보다 역사상 또는 예술상의 가치가 더 큰 것도 있을 수 있다. 문화재의 지정은 상당한 시일이 소요되므로 공개된 '비지정동산유형문화재'라고 할지라도 그것이 언젠가는 지정문화재로 될 가능성 또한 배제할 수 없다.

이러한 사정을 고려하면, 모든 문화재를 보존하여 활용하는 데 있어서 굳이 지정여부를 고집하여 그에 따른 차이를 둘 합리적인 이유가 없으므로, '비지정동산유형문화재'를 보존·활용하려는 이 법률조항의 목적의 정당성은 충분히 수긍할 수 있는 것이다.

(2) 문화재는 그 사회의 문화적 풍토와 역사적 전통을 배경으로 하여 형성되는 것이어서 원래의 장소에 있을 때에 역사적·문화적·예술적 가치가 더 높게 평가되는 것이고, 그 장소를 떠나서는 의미와 가치가 반감되는 것이다. 그런데 문화재가 국외로 수출 또는 반출되면 국가의 주권이 미치지 아니하여 이를 보존·활용할 수 없게 되고 일단 수출 또는 반출된 것은 사실상 반입이 어려운 것이므로, 대부분의 국가들도 그 보호의 대상 및 정도에서는 차이가 있으나 문화재의 국외반출을 엄격히 제한하는 것이 현실이다.

따라서 '비지정동산유형문화재'의 무허가 국외 수출 또는 반출을 금지하는 것은 문화재를 보존·활용하기 위한 적정한 방법으로서, 이를 위반하는 행위에 형사벌을 과하는 것은 금지규정의 실효성을 보장하는 차원에서 보면 합리성이 인정되는 것이다.

(3) 법이 위와 같이 '비지정동산유형문화재'의 국외 수출 또는 반출을 금지하면서, '비지정동산유형문화재'의 국외전시 등 국제적 문화교류를 목적으로 반출하는 것은 2년 이내에 다시 반입할 것을 조건으로 국외반출을 할 수 있도록 하는 한편 부득이한 사유가 있는 경우는 2년의 범위 안에서 기간연장을 허용하는 것은(법 제76조 제1항 , 제21조 제1항, 제2항), 문화재의 국제적 교류를 통해 법의 제정목적의 하나인 인류문화의 발전에 기여하는 것이므로 문화재의 보존·활용이라는 측면에서 합리적인 방법이라고 할 것이다.

'비지정동산유형문화재'의 무허가 국외 수출 또는 반출을 금지함으로써 소유자 등이 입게 될 불이익과 이를 금지하여 문화재를 보존·활용하는 공익을 비교하면 후자의 이익이 더 크고, 이를 위반하는 행위에 형사처벌을 하는 것은 법익의 균형성의 원칙에도 어긋나지 아니하므로 헌법 제37조 제2항 소정의 과잉금지의 원칙에 위반되는 것도 아니다.

헌법재판소의 다수의견은 문화유산에 대한 형법적 개입의 근거로 문화유산의 가치를 제시하면서, 일반동산문화재도 행정청의 관리대상으로 선정되지 않았다는 사실적 혹은 행정적 차이만 가질 뿐 가치에 있어서는 지정문화재 이상의 의미를 가질 수 있으므로 지정여부를 기준으로 처벌의 강도를 달리 할 필요가 없다고 판단하고 있다. 따라서 일반동산문화재에 대하여 무허가 수출행위를 금지하고 이를 위반할 경우 형사처벌하는 것은 문화재의 보존과 활용이라는 공익에 의하여 소유자 등의 권리 제한이 정당화될 수 있다고 결정하였다. 하지만 이러한 다수의견의 태도는 다음과 같은 문제점을 갖고 있다.

첫째, 지정과 일반동산문화재의 가장 큰 차이점인 수범자의 예견가능성 부분을 간과하였다. 가치를 규범화하지 않고 바로 법익으로 인정하는 오류에 기인한다. 둘째, 목적의 정당성에 대한 지나친 비중을 두고 있다. 목적의 정당성이 비례성심사의 대상이 될 수 있는지, 그리고 적합성 및 필요성 심사의 기준이 "원래의 장소에 있을 때 문화재의 가치가 더 높게 평가된다"로 설정될 수 있는지도 의문이 든다. 이는 목적의 정당성 심사의 연장에 지나지 않는다. 결국 일반동산문화재의 무허가반출행위의 처벌규정은 지정여부에 따라 가치가 차이를 보이지 않고 국내에 있을 때 그 가치를 더 발휘한다는 두 가지 목적의 정당성의 나열에 불과하다. 결국 이 결정에서는 적합성 및 필요성 심사가 이루어지지 않았다고 볼 수 있다. 이는 위 결정에 국한되지 않고 문화재보호법에 관한 다수의 헌법재판소 결정에서 나타나고 있다.[189]

마지막으로 법익형량에 있어서 제한되는 기본권의 형량 대상인 공익이 충분히 구체화되지 않은 원리에 근거했다는 사실 간과하고 있다. 문화재보호법이나 헌법

189) 적합성·필요성심사의 근거로 문화재 세탁을 통한 밀거래·해외반출 억제의 목적을 들어 목적의 정당성 심사를 반복하고 있는 결정으로 헌법재판소 2007.7.26. 자 2003헌마377 결정.

어디에서도 원래의 장소에 있을 것 등 국가의 활용정책에 대한 의무를 지우지 않았다. 그럼에도 불구하고 헌법이 명시하고 있는 기본권과 구체화되지 않은 원리를 무리하게 비교하고 있다. 이러한 근거 없는 의무 부과는 결국 책임원칙 위반의 결과를 낳을 소지가 있다. 문화재보호법의 경우 신체나 재산과는 다르게 물리적 위해의 결과가 발생하는 것은 아니므로 일정한 의무가 법적으로 부과되어 있어야 이에 대한 위반에 대하여 책임을 물을 수 있다. 헌법원리로부터 도출하는 경우, 구체화되는 과정 없이 곧바로 의무가 부여되는지는 의문이다. 지정문화재의 경우 문화재보호법에서 관리감독 등에 대한 조항이 구비되어 있고, 소유자 및 관리자가 이를 인지하고 있다. 따라서 지정문화재의 경우에는 지정으로 인하여 제한되는 헌법에서 구체적으로 보호되는 기본권과 헌법원리로부터 도출된 공익 사이의 형량이 주로 문제된다. 하지만 일반동산문화재의 경우에는 이러한 조항들이 구비되어 있지 않기 때문에 헌법원리로부터 활용에 이바지할 의무가 곧바로 도출될 수 있을 경우에만 그 위반에 대한 형사처벌이 가능해진다.

나. 헌법상 기본권이 아닌 원리에 근거

(1) 헌법상 기본권과 원리의 관계

헌법은 국가와 국민이 나아가야 할 방향을 가리키고 모든 법률의 이념이 된다. 공동체의 법적 기본질서로서의 헌법은 정치적·국가적 과제 수행의 근거가 되는 기본원리들을 규정한다. 시대나 국가에 따라 이러한 기본원리는 변화하기 마련이다. 하지만 현재 헌법에 있어서 국가질서의 형성과 유지에 중추적인 역할을 하는 원리가 무엇인가를 밝히지 않으면 헌법의 전체적인 통일성과 나아가 국가질서에 대한 올바른 이해가 어렵게 된다. 현대 국가에서 헌법질서의 전체적 형성은 헌법질서의 기초 내지 지주가 되는 몇 개의 기본원리들과 개별규정들과의 전체적인 연관 속에서 가능하다. 헌법의 기본원리는 헌법질서의 근간을 형성하는 기능을 할 뿐 아니라 개별적인 문제해결에 있어서 법원 및 해석지침으로 기능한다.

헌법의 기본원리의 개념 및 효력에 대해서는 “헌법의 이념적 기초가 되는 것

이면서 헌법을 총체적으로 지배하는 지도원리,"[190] 사회공동체가 기능국가로 조직되고 통일되는 데 있어서 갖추어야 하는 "정치질서의 법적인 상수" 등으로 파악하는 견해가 제시되고 있고,[191] 우리나라 헌법의 기본원리의 종류에 대해서는 학자들 간의 견해의 차이를 보이고 있다. 헌법의 기본원리에 대한 이해는 헌법과 국가의 관계를 보는 관점과 관련이 있다. 다른 한편, 헌법은 국가에 국한되는 것이 아니라 국가영역 내에서의 비국가적 생활에 있어서도 공동체의 법적 기본질서가 된다. 헌법은 비조직 사회를 정치적으로 통일시켜서 하나의 국가사회를 창설하는 기능을 가지기 때문에 현대국가의 필수적인 성립요소로 간주되며, 정치적 통일형성과 법적질서의 창설과 유지라는 기본과제를 수행하기 위해 헌법은 우선 정치적 통일을 형성할 지도원리를 규정하게 된다.[192]

헌법의 개방성, 불확정성으로 인하여 해석을 통하여 구체적으로 그 내용이 확정되고 보충될 필요가 있기 때문에 그 해석의 기준으로 작용하는 헌법의 기본원리는 중요한 역할을 한다. 헌법의 기본원리는 헌법의 개별성의 시각에서가 아니라 전체적 통일적인 시각에서 인정되어야 하지만, 헌법이 직접 어떤 사항을 기본원리라고 천명하지 않는 한, 특히 헌법의 전문과 총강조항에서, 그리고 헌법의 기타규정 등으로부터 추론할 수밖에 없다.[193] 헌법의 기본원리를 도출할 수 있는 대표적인 헌법규정으로는 국가목적규정, 입법위임, 기본권규정, 전문 등을 들 수 있으며 이중 "국가행위에 대한 원칙과 지침을 설정하고, 국가행위에 대해 명령과 지시를 통하여 일정한 방향으로 방향설정과 실질적 과제를 부여하는" 것을 목적으로 하는 국가목적규정은 헌법의 기본원리를 파악하는데 핵심적인 규정이 된다.[194]

국가질서의 형성과 유지에 중추적인 역할을 담당하는 헌법의 기본원리는 헌법에 의하여 정립되어 국가질서를 객관적으로 명확하게 규율해야 하며, 우리의 실제 현실 속에서 통용력을 갖는 것이어야 한다. 헌법의 기본원리들은 시대적 사조가 변

190) 권영성, 헌법학원론, 125면.
191) 허영, 전게서, 198면.
192) 정극원, "국가목적규정에 관한 일고찰," 219-221면.
193) 김수갑, 전게서, 212면.
194) 정극원, "국가목적규정에 관한 일고찰," 219-221면.

함에 따라 변화할 수 있지만,[195] 1) 헌법의 각 조항과 모든 법령의 해석척도가 되고, 2) 입법과 정책입안의 방향제시가 되며, 3) 국가기관(공직자)과 모든 국민의 행동지침이 되고 4) 헌법개정에 있어서 그 개정금지대상이 되는 법규범적 성격을 가지고 있다.[196]

(2) 형벌의 근거 및 통제의 강도 비교

헌법이 스스로 결정을 하고 있거나 구체적인 지침을 제시하고 있는 경우에는 입법자의 형성 여지는 축소된다. 헌법이 확정하고 있지 않거나 결정에 대한 단순한 지침만을 규정하고 있거나 결정에 있어서 일정한 방법만을 규정하고 있는 경우에는 입법자에게는 형성의 자유가 인정된다. 이 관점에 따르면 입법자의 형성의 자유의 범위는 결정적으로는 어느 정도로 기본권이 법적 결정을 사전에 확정하고 있는지 여부, 어느 정도로 강하게 입법자의 제한권한에 한계를 설정하고 있는지 여부에 달려 있다. 다만 하버마스는 일반적인 법규범과는 달리 기본권에 보편주의적 의미의 절대적 구속력을 인정하고 있다.[197]

헌법에서의 기본권 보장이 결국 형벌권(국가작용)의 제한 기제로 작동하는 것과 마찬가지로 헌법에서의 제도적 보장도 형벌권이라는 국가권력 행사의 근거로 작용한다. 이러한 헌법의 역할의 전환은 헌법의 보장 원리가 형법으로 오면 제한의 원리로 전환된다는 것을 의미한다. 다만 기본권의 경우 헌법이 특히 보장하고 있으므로 제한의 근거가 헌법상 명확해야 하는 반면, 제도적 보장은 사회 구성원 간의 합의(하버마스적 대화이성을 통한 구조 생성) 단계이므로, 제도적 보장에 기초한 권리의 경우에는 사회적 필요에 따라 제한될 가능성이 보다 더 커진다. 즉, 형법의 개입 근거가 조금 더 확장된다고 할 것이다. 다만 이것이 제한의 원리가 아닌 형사

---

195) 근대 입헌민주주의적 헌법은 개인주의·자유주의 아래에서 개인의 기본권보장과 권력분립을 핵심으로 하는 법치국가원리가 핵심적인 원리로 기능하였지만, 현대산업사회에서는 국민의 생존권보장과 실질적 평등의 확보를 목적으로 하는 사회국가원리가 중시되고 있다. 나아가 국제평화주의와 인격적 삶의 향상을 추구하는 문화국가원리의 중요성이 강조되지 않을 수 없다.

196) 권영성, 전게서, 126면.

197) 이상돈, 법이론, 298면.

입법의 근거가 될 경우에는, 기본권 보장을 위한 입법 및 제도적 보장을 위한 입법으로 전환된다.[198] 따라서 형법은 이러한 의무를 위반한 행위들에 대하여 적용된다. 헌법상 제도적 보장 의무 위반에 대한 형사입법은 그에 따라 침해되는 헌법상 기본권침과의 형량과정을 거칠 수밖에 없으므로, 기본권을 근거로 하는 형사입법의 경우보다 엄격한 입법심사가 이루어진다고 할 수 있다.

다. 형벌가중의 근거로서 입법목적

헌법재판소는 문화재보호법상 형벌조항의 비례성을 심사함에 있어서, 적합성 및 필요성심사를 목적의 정당성 심사로 대체하는 경향을 보이고 있다.[199] 목적의 정당성 심사에의 편중은 크게 두 가지 문제점을 발생시킨다.

첫 번째로 권력배분의 원칙상 법원의 역할과 한계에 대한 문제가 제기될 수 있다. 입법의 목적은 정책적 판단으로서 입법자의 고유영역이라고 할 수 있다.[200] 이는 법원 구성의 민주성의 문제이기도 하지만,[201] 입법목적이란 입법자의 고유한 판단에서 도출된 것이라기보다는 추상적 형태의 헌법적 명령을 입법자의 해석을 통해서 현실화한 것이라고 이해하는 것이 적절할 것이다.[202] 헌법재판소는 헌법 제37조 제2항에서 제시한 기준에 한정한 목적의 정당성 심사가 가능하다는 논지를 전개하고 있지만,[203] 여기서 "국가안전보장・질서유지・공공복리"는 법문 그대로 제한 혹은 차별적 입법의 목적에 대한 제한이며, 이러한 제한이 헌법적 질서에 합치한다면 비로소 "필요한 경우에 한하여"라는 비례성심사의 단계로 넘어가게 된다.[204] 따라서 헌법 제37조 제2항을 근거로 하여 비례성심사의 내용에 법률 자체

198) 제도적 보장에 기초한 형사입법이란 일종의 정책적 입법이라고 평가할 수 있다. 입법에 있어서 정책적 필요와 죄형법정주의 등 법적 원칙들은 끊임없이 갈등을 겪게 된다. 정책적 입법과 법적 원칙의 관계를 조명한 드워킨, 법과 권리, 227-234면.

199) 헌법재판소 2007. 7. 26. 자 2003헌마377 결정.

200) 이준일, "헌법상 비례성원칙," 27면.

201) 이러한 문제점을 제기한 글로 이기철, 전게논문, 401면.

202) 이준일, "헌법상 비례성원칙," 27면.

203) 이러한 분석으로 이준일, 상게논문, 27면; 이기철, 전게논문, 385면.

204) 이기철, 상게논문, 385면.

의 목적의 정당성까지 확장하는 해석은 무리가 있다. 헌법재판소와는 달리 대법원은 비례성심사에 있어서 목적의 정당성을 심사의 기준으로 삼지는 않고 있다.[205]

목적의 정당성을 비례성심사의 기준으로 설정할 경우 발생할 수 있는 또 다른 문제점은 비례성원칙의 성격에서 발견할 수 있다. 비례성원칙은 절대적 기준을 상정한 개념이 아니라 목적과 수단 사이의 상대적 관계성에서 비롯된다.[206] 여기서 상대성이란 형벌조항의 입법취지만을 가지고 헌법적 가치와 합치하는지 평가하는 것이 아니라 형벌조항에 의하여 제한받는 기본권 또는 헌법적 가치와의 형량에 의해 이루어지므로, 법익균형성 심사를 통하여 충분히 검토될 수 있다.[207]

헌법재판소는 문화재보호법상 형벌조항의 비례성심사에서 목적의 정당성 심사를 포함시키는 것을 넘어 적합성과 필요성심사까지도 목적의 정당성 심사를 중심으로 검토하고 있다. 또한 목적의 정당성이 인정될 경우, 제한되는 기본권 및 입법의 목적이 위치하는 헌법상 영역을 확정하고 이를 기초로 양자를 법익형량하는 대신, 목적의 정당성 충족이 곧 법익형량이라는 결론으로 이끌어가는 헌법재판소의 결정은 실질적으로 비례성원칙을 유명무실하게 하며, 입법정책적 결단의 주체를 입법자가 아닌 헌법재판소로 전환하여 민주주주의의 권력배분의 원리를 침해하게 된다. 따라서 비례성심사는 적합성과 필요성 및 법익균형성에 맞춰져야 할 것이며, 특히 법익균형성 심사의 경우 형벌조항으로 인하여 제한되는 기본권 및 원칙의 헌법적 영역과 형벌조항을 통해 이룩하려는 공익의 헌법적 영역을 확정하는 작업을 선행하고, 각 영역의 형사적 개입의 한계점을 근거로 삼아 구체적으로 이루어져야 한다.

2. 적합성 및 필요성 심사기준 : 행정적 조치의 전치(前置)

---

205) 대법원 2005.4.29. 선고 2002도7262 판결 등; 이에 대한 분석으로 이기철, 상게논문, 384면.

206) 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙,” 282면.

207) 같은 취지의 견해로, 이준일, 전게논문, 28면; 이기철, 전게논문, 400-401면; 이에 반하여 목적의 정당성 또한 비례성심사의 내용이 된다는 견해로 한수웅, “헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위,” 9면.

문화유산은 예술과는 다르게 미적·역사적·학술적 가치의 집단적 "공감"을 통하여 형성되고 향유된다. 따라서 어떠한 물건 혹은 행위가 문화유산에 해당하기 위해서는 충분한 공감형성, 즉 공론화가 필수적이다. 이러한 공론화 작업이 미비할 경우, 해당 물건 등의 가치는 예술과 마찬가지로 개인의 영역에 머물 뿐이며 이에 대한 형법상 특별한 보호는 정당화되기 곤란하다. 문화유산의 성립과 향유의 전제조건으로서 공론화 사실의 존재는 비례성심사에 있어서는 그 공론화 과정의 실질성으로 발전한다. 공론화 과정의 실질성이란 공동의 미적·문화적 경험의 인정여부에 대한 역사적 요건과 그 경험의 결과물에 대한 가치판단이 집단적으로는 물론 개인적으로도 인식가능할 수 있도록 최대한 명확하게 이루어졌는지 여부로 이루어진다고 할 수 있다.

영국의 경우 앞에서 살펴 본 바와 같이 행정청이 작성한 문화재 목록을 국회에서 승인하는 절차를 통하여 대의적·간접적 공론화를 꾀한다고 평가할 수 있다. 공론화는 직접적이고 대면적으로 이루어지는 것이 이상적이지만, 영국과 같은 간접적 공론화 방식도 과정 및 결과의 공개와 공청회 등 참여기회의 마련이 보장된다면 그 실질성을 인정할 수 있을 것이다. 이외에도 공론화 과정의 실질성은 행정청과 수범자의 소통을 통해서도 이루어질 수 있다. 행정청과 수범자의 소통은 사전적 행정조치라는 형태로 발현되곤 한다.

사전적 행정조치는 일반동산문화재와 같이 문화재 해당성 여부를 일반 수범자가 독자적으로 판단하기 어려운 분야에서 더 큰 의미를 가지는데, 그 형식은 사전적 확인절차 및 경고조치 혹은 행정벌의 형태로 단계화될 수 있다. 이탈리아의 경우 제작 후 일정기간이 지난 물건의 문화재 해당성을 확인할 수 있는 절차를 구비하였고, 이를 통하여 문화재로 판단된 물건에 대해서만 법적개입이 이루어지는 방식을 취하고 있음을 확인한 바 있다. 우리나라의 경우 일반동산문화재에 대한 문화재해당성 판단을 전적으로 일반 수범자에게 전가하고, 관리 등에 대한 아무런 행정조치를 마련하지 않았음에도 불구하고 형사적 제재만을 부과한다는 점에서 이러한 사전적 절차가 결여되어 있고, 이러한 사전적 절차의 결여는 적합성 및 필요성 심사의 중요한 기준이 될 수 있다. 단계적 행정조치로도 충분히 확보될 수 있었던 문

화유산의 보호와 향유라는 목적을 형벌이라는 과도한 수단을 통하여 달성하려고 하기 때문이다. 이는 문화재 해당성을 온전히 일반수범자가 판단해야 하는 일반동산문화재에 국한하는 것이 아니라, 비록 지정이 이루어졌다고 하더라도 문화재의 이동 및 소유권 행사 자체가 금제품 사용과 같은 본래적 불법성을 갖지 않는다는 점에서 단계적 행정절차의 전치는 적합성과 필요성의 중요한 심사기준으로 작용할 수 있다.

3. 위해성에 기초한 법익형량 : 히르쉬의 Living Stnadard

비례성심사 중 방법의 적합성과 피해의 최소성 원칙은 경험적 사실관계를 바탕으로 인과관계를 밝히는 작업이기 때문에 적합성 심사를 위한 가상적 인과관계를 설정하거나 피해의 최소성 심사를 위한 입법상 명백한 오류 발견이라는 비교적 객관적인 기준이 존재한다고 볼 수 있다. 그에 비하여 법익형량은 입법자의 사전적인 가치판단 및 재량적 판단 고려가 필연적이며,[208] 법원으로서는 구체적 타당성과 합리성을 확보하기 위하여 심사강도 및 기준을 정할 때 정형화 작업이 용이하지 않다는 점에서 심사의 어려움이 있다.[209] 이러한 심사기준 및 강도의 정형화 작업의 난해성을 해결하기 위해 범죄의 대상이 사적소유인지 아니면 공공재산인지를 기준으로 삼거나, 해당 심사대상인 형벌조항의 보호법익이 개인적 법익인지 사회적 법인지에 따라 불법성의 정도를 판단하거나,[210] 헌법이 명문으로 보호를 하는 대상인지를 기준으로 삼기도 한다.[211] 하지만 이러한 기준들은 자칫 객관적인 근거를 찾기 곤란할 수 있어 자의적이거나 일관성 없는 판단결과를 발생시킬 수 있다. 이러한 문제인식을 바탕으로 영미에서 제기된 바 있는 형벌조항이 위치하는 생활영역에 대한 경험적이고 객관적인 분석을 통하여 법익형량의 기준을 구체화하는 견해를 검토하고자 한다.[212]

---

208) 이용식, “비례성 원칙을 통해 본 형법과 헌법의 관계,” 33면.

209) 김대환, “비례성원칙의 심사강도 - 비교법적 검토를 포함하여 -” 302면.

210) 박기석, 전게논문, 41면.

211) 헌법재판소 2007.7.26. 자 2003헌마377 결정.

212) 독일의 경우에는 입법에 대한 비례성 심사강도를 판례를 통해 형성하면서 헌법상 입법형성

형법의 책임원칙은 행위자의 책임정도에 따라 형벌이 부과되어야 함을 원칙으로 한다. 하지만 점차 예방목적이 강조되는 입법이 양산되면서 행위자의 책임의 정도를 엄격히 형량하려는 노력보다는, 일반예방적 효과를 위하여 범죄화의 대상을 확장시키고 형법적 수단의 투입을 조기화하며 법정형의 하한을 상향하는 특별법 제정 경향이 증가하였다.[213] 이러한 입법경향에 따른다면 각 범죄유형의 상한 및 하한을 느슨하게 설정하고 다른 구체적인 불법성 판단은 예방효과나 사회적 위험도 그리고 법경제적 효율성에 근거하여 구성될 것이다.[214] 형법은 사회방위의 목적도 갖지만 원칙적으로 행위시에 행위자의 비난가능성을 확정하여 그에 대한 책임을 부과하는 기능을 중심으로 한다는 점에서 위의 경향은 문제점을 갖는다. 하지만 개인의 책임을 개별적 상황에서 형량할 수 있다는 사고는 자칫 보편적이고 일관적인 규칙성을 가져야 하는 형법을 개별사건의 구체적 사건의 타당성을 위해 탄력적으로 운영할 위험을 발생시킬 수 있다.

또한 행위자의 책임과 그로 인해 발생한 결과의 중대성이 항상 비례하는 것은 아니기 때문에 행위자 중심으로 발생할 결과를 귀속시킨다는 형법의 대원칙이 행위자에게 행위책임의 범위를 초과하는 결과책임을 귀속시킴으로써 형해화될 수 있

의 여지 부여 정도·행위규범 혹은 통제규범 해당 여부 등에 따라서 입법심사의 강도를 나누고 있다. 연방헌법재판소는 이 외에 사실관계의 특성과 해당 법익의 의미를 고려하여 명백성통제와 타당성통제, 강화된 내용통제로 심사단계를 3분화하고 있다. 이에 대한 설명으로 김대환, 전게논문, 305-311면; 우리나라 헌법재판소 판례들이 비례성심사에 있어서 기본권의 성질에 따른 비례성심사의 강도가 뚜렷하게 나타나지 않는다는 지적으로 정태호, “헌법재판의 한계에 관한 고찰-입법형성의 여지를 규정하는 요인들에 대한 분석을 중심으로-” 227-232면; 미국의 경우 위헌법률심사 기준으로 합리성심사기준과 엄격심사기준을 제시하고 있으나 이는 주로 평등권 심사 영역에서 제시되는 이론으로 방법의 적정성을 주로 다루고 있어 최소피해의 원칙과 법익형량을 내용으로 하는 비례성원칙과는 구분된다는 견해로 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙,” 278면; 미국은 위헌법률심사에 있어서 자유권과 재산권을 구분하여 법률의 명확성에 대한 심사의 기준을 다르게 하고 있다. 미국의 이러한 입법심사 경향은 해당 사건에서 법익 형량을 하는 방식이 아니라 해당 사건에서 문제가 되는 기본권의 성격을 평등권·자유권·재산권 등으로 미리 범주화하여 명확성 및 방법의 적정성에 대한 심사의 기준을 정하고 심사에 들어가게 된다. 이에 대한 설명으로 이우영, “미국의 위헌심사기준으로서의 ″이중 기준,″” 429-435면; 다만 사법자제이론을 비례성이론의 일종으로 파악하는 견해로 김대환, 전게논문, 306-307면.

213) Allen, “Decline of the Rehabilitative Ideal in American Criminal Justice,” 150면.

214) 이러한 입법경향을 지지하는 Norval Morris에 대한 설명으로 Johnson, “MORRIS, NORVAL, Madness and The Criminal Law,” 1541면.

다. 따라서 법정형을 결정하는 또 하나의 요인으로 고려되고 있는, 행위로 인해 발생하는 위해성(harm)을 중심으로 놓고 형법상 포섭될 수 있는 행위들을 유형화하고 각 영역의 불법성의 정도를 단계화한 후 각 단계에서의 불법성 판단의 범위를 대략 정할 수 있다면 위해성과 책임이 각각에 기초한 범죄 성립범위를 제한하는 역할을 수행할 것이라고 기대한다.[215] 또한 비례성심사에서 법익형량을 함에 있어서 구체적인 기준을 제시할 수 있을 것이다.

책임이 실체법적으로 행위자의 고의와 책임조각사유 고려를 통하여 도출되는 것이라면, 위해성은 행위로 인하여 발생한 결과가 행위의 대상에 대하여 이해관계를 갖는 주체에게 갖는 의미를 규범적으로 파악한 것이다.[216] 위해성은 주체가 대상에 대해 갖는 권리 및 이해관계를 통하여 얻을 수 있는 법적 이익을 박탈하거나 제한하는 것이며, 일정한 영역에서의 법익은 각 개인의 법적 이익의 총합이라고 할 것이다.[217] 구체적 영역에 따른 위해성의 정도를 범주화시킨다면 종국적으로 책임의 상한과 하한도 예방목적으로 확장되는 것을 막는 장치도 될 수 있을 것이다. 이하에서는 이러한 문제점을 바탕으로 각 범죄영역의 위해성을 측정하여 범주화하는 것을 시도한 히르쉬의 living standard 개념을 고찰하도록 하겠다. 히르쉬의 견해는 파인버그의 mediating maxims를 구체화한 것이기 때문에 히르쉬의 견해를 검토함으로써 자연스럽게 파인버그의 견해도 살펴볼 수 있을 것이다. 히르쉬는 법정형 및 양형을 결정하는 요소로 책임과 위해의 심각성을 기준으로 꼽으면서 현재의 범죄예방효과에 중점을 둔 양형관행을 비판적으로 보고 있다.

히르쉬에 앞서 파인버그가 이익개념을 중심으로 하여 범죄의 심각성의 단계화를 시도한 바 있다. 파인버그는 최저수준 보장의 이익(welfare interest)의 침해- 안전(security) 이익의 침해- 누적적(accumulative) 이익의 침해로 단계화하고 있지만, 히르쉬는 이러한 mediating maxim들이 위해를 분류하여 계층화하기에는 부족하다고 보고 있다. 파인버그는 위의 이익들의 침해를 통하여 다른 선택의 가능성

---

215) 위해성 개념과 형법상 법익의 관계에 대해서는 제3장에서 논한 바 있다. 위해성 개념은 현실적으로 나타난 형법상 법익의 경중 판단의 구체적인 판단척도로서 기능한다.

216) Feinberg, *Harm to Others,* 32면.

217) Feinberg, *Harm to Others,* 33-34면.

이 차단된다는 점에서 범죄의 심각성을 판단할 수 있다고 보지만, 히르쉬는 최저수준보장의 이익이 침해되는 사안들 사이에서의 단계화도 필요하다고 보고 있다.[218] 이때 living standard는 비교적 객관적이고 범죄예방이라는 기존의 경향보다는 행위자의 응분에 맞는 결과에 주목한 안정적 기준이라고 설명하고 있다.

living standard는 크게 네 가지로 분류된다. 생존을 위한 필수단계(subsistence)-최소한의 삶의 질(minimal well-being) 보장-적정한 삶의 질(adequate well-being)- 강화된 삶의 질(enhanced well-being)로 각각 신체의 완전성-최소한의 물질적 보장-인간다운 삶의 보장-프라이버시와 자존감・자주성에 대응된다.[219] 예술 및 문화유산과 관련된 이익은 강화된 삶의 질에 속하는 것으로,[220] 범죄의 심각성 정도가 가장 낮은 편에 속하게 된다.[221] 이와 같이 히르쉬의 living standard는 행위를 통한 위해의 결과의 중요성을 생활 혹은 생존과의 밀접성과의 관계를 기준으로 단계화하였다. 이러한 단계화는 형벌조항에 의하여 제한되는 기본권과 형벌조항을 통하여 달성하려는 공익의 영역 구분으로 확장될 수 있다.[222] 각 기본권 및 헌법원리는 그 존재영역을 확정한 후, 이러한 영역에서의 위해성 발생하였을 경우 형법적 제한의 상한과 하한, 즉 한계를 설정할 수 있다는 점에서 living standard 이론 검토의 실익을 찾을 수 있다.

---

218) Hirsch, A. von & Jareborg, Nils, Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis, Oxford Journal of Legal Studies Vol.11 No.1, 1991, 8-9면.

219) Hirsch & Jareborg, “Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis,” 17-19면.

220) 이와는 달리 범죄로 인한 정신적 침해는 위의 living standard를 결정하는 요소 중 하나로 작용한다.

221) 히르쉬는 living standard를 주로 신체에 관한 범죄에 대하여 논증하였고, 그의 논리를 일관할 경우 물질적 위해에 부수하지 않은 독립적인 정신적 침해는 강화된 삶의 질 영역에 속하게 될 것이다. 또한 정신적 침해의 종류도 앞서 파인버그의 정서보호원리 및 위해성원리에서 살펴본 바와 같이 동등한 심각성을 갖는 것이 아니며, 세분화가 가능하다.

222) 여기서 주의할 점은 living standard는 위해성이라는 결과에 따른 형사제재의 강도에 대한 문제이지 그 영역에 대한 헌법적 보호의 강도는 아니라는 점이다. 예를 들어 표현의 자유의 경우 강화된 삶의 질 영역에 속하기 때문에 형법적 제재의 강도가 약화되어야 하지만, 이러한 논증이 헌법적 보호의 강도도 낮아져야 한다는 것은 아니다. 헌법상 표현의 자유는 특별한 보호를 받고 있어 그 제한은 엄격한 심사를 거쳐야 하므로, living standard의 이러한 분류는 헌법적 질서와 충돌하지 않는다고 본다.

III. 문화재보호법상 형벌조항에의 적용

1. 검토의 대상

문화재보호법은 제90조에서 무허가수출 등의 행위를 형사처벌하고 있다. 지정·가지정·등록문화재의 경우 제90조에서 정하는 행위 이전에 이미 행위자가 문화재의 해당성을 파악할 수 있는 기회가 있었다는 점에서 확인절차를 거치지 않은 일반동산문화재에 대한 위 조항의 행위들과는 차이가 있다. 제90조 제2항의 경우 일반동산문화재를 국외로 수출하거나 반출하려고 하는 경우 먼저 문화재에 해당하는지 여부에 대한 확인을 받은 후 허가를 받도록 하고 있는데, 반출하려는 물건이 문화재에 해당하는지 여부를 의심하지도 못하거나 의심하더라도 확인이 필요한 정도의 가치가 있다고 판단하지 못한 경우까지 위 조항의 구성요건에 해당하게 된다.

2. 적합성 및 필요성 원칙 검토

문화재보호법의 1차적 입법목적이 문화재의 원형보존이고, 문화재의 국외 수출 및 반출로 인하여 문화재의 활용도가 낮아진다고 할 수 없고, 제1조가 인류문화의 발전까지 입법의 목적에 포함시키고 있다는 점을 보았을 때, 위 행위에 대한 형사처벌의 방법의 적합성과 피해의 최소성 원칙 위반이 의심된다.

판례는 "문화재는 그 사회의 문화적 풍토와 전통을 배경으로 형성되는 것이어서 원래의 장소에 있을 때에 역사적·문화적·예술적 가치가 더 높게 평가되는 것이고, 그 장소를 떠나서는 의미와 가치가 반감된다"고 보고,[223] "문화재의 효용을 유지하는 것은 당해 문화재의 소유자 또는 관리자에게도 일정한 이익을 가져다준다"는 근거를 제시하면서 일반동산문화재에 대한 형사처벌이 비례성원칙을 위반하지 않는다고 보았다.[224] 하지만 문화유산과 원산지의 관계는 앞에서 살펴 본 바처럼 여전히 논란이 되는 부분이고, 소유자 및 관리자에게 주어지는 일정한 이익

223) 헌법재판소 2000. 6. 29. 자 98헌바67 결정.
224) 헌법재판소 2007. 7. 26. 자 2003헌마377 결정.

이 전체 국민의 향유권 중 일부로 보는 것이라면 구체적으로 침해되는 재산권과 비교하여 제한되는 법익이 압도적으로 크다고 할 것인데 법원은 후견적인 입장에서 추상적 선언에 그치고 있다는 점에서 충분한 근거라고 보기는 어렵다.

무엇보다 일반동산문화재의 형사처벌의 가장 큰 문제점은 형사처벌을 할 때까지 문화재 소유자 및 관리자가 행정청이나 국회 또는 다른 기관을 통하여 문화재 해당성을 판명받을 기회를 갖기 어렵다는 점과 반출 등 행위를 금지할 뿐 관리에 대한 지도나 급부제도가 전혀 마련되어 있지 않다는 점이다. 문화재의 원형보존이라는 문화재보호법상의 입법취지에 비추어 보아도 일반동산문화재의 관리에 있어서 가장 중요한 조치는 문화재해당성을 확인하여 행정청이 현상을 파악하고 관리를 지도할 수 있는 기회를 마련하는 것이다. 이러한 선행절차가 전혀 마련되어 있지 않은 상황에서 형사처벌이라는 방법은 지나치게 사후적이어서 입법목적에 적합한 수단이라고 할 수 없다. 또한 확인절차 및 관리지도 제도가 마련되어 있지 않은 상황에서 경고조치 없이 곧바로 형사처벌의 단계로 넘어가는 것은 입법목적에 맞는 단계적 제도를 충분히 마련할 수 있음에도 불구하고 가장 기본권 침해가 큰 수단을 위하의 효과를 얻기 위하여 선택했다고 이해할 수밖에 없다.

3. 법익균형성 원칙 검토

가. 문화재보호법상 형벌 가중의 현황

문화재보호법 제90조는 무허가수출 행위에 대하여 지정·가지정문화재의 경우에는 5년 이상의 유기징역과 필요적 몰수를 정하고 있고, 일반동산문화재의 경우에는 3년 이상의 유기징역과 필요적 몰수를 규정하고 있다. 헌법재판소는 위 조항에 대하여 “범죄에 대한 형벌은 행위의 불법내용과 책임의 정도와의 사이에 적절한 비례관계를 유지해야 하고, 원칙적으로 법정형은 법관에게 각 행위의 개별성과 고유성에 맞추어 형을 선고할 수 있게끔 재량의 여지가 주어져야 한다”고 하면서 “이 법률조항의 대상물건인 ’비지정동산유형문화재’는 성질상 다종다양하고 거기

에다 요건 면에서는 시대성, 희귀성, 예술성까지 겹쳐 있으므로 물건에 따라서는 문화재로서의 가치는 물론 금전으로 환산한 가액 또한 크게 차이가 나는데도 불구하고, 이러한 개별적인 특수성을 무시한 채 법정형은 일률적으로 3년 이상의 유기징역에 처하고 해당 문화재는 몰수하는 것으로 규정하고 있다. 특히 형종 선택의 여지도 없이 법정형의 하한을 높게 설정하고 있어 구체적인 사건에서 법관의 양형재량권은 제한될 수밖에 없고, 그 결과 범죄의 정상에 참작할 만한 사유가 없는데도 작량감경을 강요당하며 심지어 적정형량을 이끌어내지 못하는 불합리한 결론 때문에 실형선고를 주저하여 형의 집행을 유예하는 경우가 생길 수도 있다"고 하여 문제점을 지적한 바 있다.[225)]

또한 제92조 제1항은 형법 제329조 절도죄가 6년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금을, 제366조 손괴죄가 3년 이하의 징역 또는 7백만 원 이하의 벌금을 정하고 있는 것에 비하여 선택형 없이 5년 이상의 유기징역으로 일률적으로 정하고 있다. 제2항은 형법상 범죄로 구성되지 않는 자기물건에 대한 은닉과 손괴도 처벌하고 있고 그 법정형도 2년 이상의 유기징역으로 규정하고 있다. 특히 은닉 행위의 경우 비록 일반적인 재산권 행사보다 강한 사회적 의무가 인정된다고 하더라도 체계적 통일성의 관점에서 형법에서 처벌되지 않는 행위를 특별법에서 형법상 절도 등의 신체에 대한 침해가 없는 범죄들의 법정형보다 높게 책정하는 것은 비례성원칙 위반의 가능성이 높다.

형법적 개입이 이루어지기 위해서는 행위의 대상에게 위해 혹은 위험이 발생하거나 형법 규정이 보호하고자 하는 법익이 침해되었을 때이다. 법익 침해의 양상은 크게 두 가지로 준별할 수 있는데, 하나는 행위의 결과가 기본권 내지 사회질서 등 '이익'의 침해를 발생시키지만 그 침해의 정도에 따라 혹은 사회적 상당성 등 위법성배제사유가 존재하느냐에 따라 범죄화하거나 형벌권을 발생시킬 수 있는지를 결정하는 것이고, 다른 하나는 기본권이나 그보다 근본적인 자유의사, 양심 등 자유보장이 우선하는 영역-예를 들어 표현의 자유, 학문의 자유 등 주로 자유권적 기본권 관련-에서 헌법 제37조 제2항 단서에 해당하는 제한사유로 판단될 때 범죄

225) 헌법재판소 2000.6.29. 자 98헌바67 결정.

화 혹은 형벌의 대상으로 인정하는 것이다.

전자의 경우 적어도 입법단계에서 행위의 불법성과 결과의 침해성 판단이 이루어진 상태이고, 보충성 등 형법 개입의 근거 또한 입법의 단계에서 한 차례 심사가 이루어졌다고 할 수 있다. 이러한 경우 남은 것은 부과되는 형벌의 정도에 대한 헌법적 비례성 심사일 것이고, 원칙적으로 금지되는 행위에 대하여 예외적 상황, 즉 위법성이나 책임, 드물게 구성요건을 탈락시킬 수 있는 경우를 상정하였느냐 정도가 심사의 대상이 될 것이다.

이에 반하여 원칙적으로 기본권 등의 영역에 속하여 인격발현 등을 이유로 절대적 자유가 인정되는 영역에서, 혹은 해당 영역의 성질상 형법적 통제가 바람직하지 않은 경우에 헌법 제37조 제2항에 포섭될 수 있는 사유로 형벌권 행사가 될 경우에는 우선 입법의 단계에서부터 행위 자체가 해악을 발생시키는지, 그 해악에 대한 해결방법이 형법이 될 수 있는지라는 형법 내부의 구성요건상의 심사 그리고 보충성의 심사가 엄격하게 이루어진다. 이 지점은 전자의 경우와 강도의 차이를 보일 뿐이지만, 입법의 단계에서 비례성 심사가 엄격하게 이루어질 수밖에 없는 이유는 급부가 아닌 기본권 제한의 입법의 경우 그 핵심적 내용을 훼손해서는 안되기 때문이다.

문화재의 경우 개인이 느끼는 미적 감정, 전통, 문화적 동질감 등이 차이를 보이고 있고, 그에 대한 가치판단 또한 다양한 편차를 보인다. 이러한 문화재에 대한 가치판단은 예술의 자유라는 기본권의 영역에서 보호되며 예술표현의 자유보다 인격의 핵심에 가깝다는 측면에서 더 강한 헌법적 보호를 받으므로 형법의 개입이 원칙적으로 허용되지 않는다.[226] 그럼에도 불구하고 국가가 일정한 기준을 제시하고 그에 대한 평가를 강요하고 심지어 그에 대한 처벌까지 예비하고 있을 경우 개인의 내심의 의사는 침해당할 우려가 있다. 특히 일반동산문화재의 경우 형사처벌 전에 아무런 행정적 관리 및 제재조치가 없고 그 법정형이 입법목적을 고려하더라도 법관의 양형판단을 저해할 정도로 하한을 높게 책정하고 선택형조차 두고 있지 않으며, 임의적 몰수로도 충분할 수 있음에도 일률적으로 필요적 몰수를 규정하고

226) 이용식, “비례성 원칙을 통해 본 형법과 헌법의 관계,” 37면.

있어 법익의 균형성을 일탈한 것으로 보인다.

나. Living Standard에 따른 검토

히르쉬의 living standard에 따르면 문화유산은 개인 혹은 집단의 감정가치에 대한 보호로 '강화된 삶의 질' 영역에 포섭된다. 강화된 삶의 질 영역은 '적정한 삶의 질'을 한 단계 발전시킨 것으로, 적정한 삶의 질을 보장하기 위한 요소가 될 수는 없지만 삶의 질을 적정한 수준 이상으로 향상시킬 수 있다는 점에서 의의를 가진다.[227] 따라서 문화재보호법상 문화유산 관련 범죄에 대한 법정형은 그 재산범적 성격을 배제하였을 경우, 신체나 재산에 관한 죄보다 낮게 책정되는 것이 온당하다. 특히 문화재보호법 제90조 무허가반출행위의 경우 해당물건에 대한 권리자가 재산권행사를 한다는 점에서 재산범적 성격을 인정할 수 없으므로 지정문화재의 경우에도 형법상 신체에 관한 죄 및 재산죄에서 정하고 있는 법정형 이상을 부과하는 것은 바람직하지 않다. 다만 이를 정책적 필요에 의해 가중시켜야 하는 예외적 경우에는 비례성원칙을 훼손하지 않기 위한 조치로 행위자를 포함한 수범자들이 충분히 납득할 수 있을 절차적 공론화와 의무부과의 단계적 과정(경고조치 등 행정조치의 선행)이 존재해야 한다. 일반동산문화재의 경우 반출 및 훼손 등의 행위 이전에 문화재 해당성을 확인할 수 없다는 점에서 문화재의 규범적 가치는 집단의 영역이 아닌 개인의 영역에 머물러 있다고 볼 수 있다. 따라서 이에 대한 형법적 제재는 개인의 삶의 질을 향상시키는 물건을 보호하지 못한 점에 대하여 이루어지는 형태가 되어 지나친 후견주의적 입법이라고 평가할 수 있다.

---

227) Hirsch & Jareborg, 전게논문, 19면; 히르쉬는 강화된 삶의 질 영역의 예로 스웨덴의 여름별장(sommarstuga) 제도와 언어적 성희롱을 들고 있다. 따라서 강화된 삶의 질 영역은 감정 및 정서적 영역에 국한되지 않고 물질적 영역까지 포섭한다. 다만 히르쉬도 인정하였듯이 물질적 영역을 포함할 경우 적정한 삶의 기준과의 교집합을 어떻게 처리할 것인가라는 문제가 제기될 수 있다.

제4절 개정 방향 검토

문화재보호법상 형벌조항을 법률의 명확성 및 행정행위의 명확성, 그리고 비례성을 기준으로 검토하였다. 명확성심사의 경우 지정문화재와 일반동산문화재의 적용범위에서 차이를 보인다. 명확성원칙의 취지가 수범자의 예견가능성 확보에 있다는 점을 고려하면, 법률이 모호하더라도 지정이라는 행정행위를 통하여 수범자의 예견가능성을 어느 정도 확보할 수 있다는 점에서 법률의 명확성은 일반동산문화재에서 주로 문제된다. 행정행위의 명확성은 행정행위가 유효해야 문화재 해당성이 긍정되고 그를 기초로 한 형벌 구성요건도 충족할 수 있다는 점에서 지정문화재에도 적용된다. 다만 일반동산문화재의 경우 범죄행위 이전에 문화재해당성을 판단할 수 있는 절차가 마련되어 있지 않다는 점에서 행정행위의 실질적 명확성을 인정하기 어렵다. 이를 바탕으로 일반동산문화재에 대한 형벌조항의 개정방향을 검토해보면, 현행 문화재보호법과 같이 일반동산문화재의 사전절차성이 확보되지 않는 상태라면 일반동산문화재에 대한 형사적 제재는 그 정당성을 찾기 어렵다. 행정청과 수범자의 소통이라는 간접적 공론화의 기회조차 부여되지 않은 상태에서 문화재의 집단적 감정가치를 인정할 수 없고, 개인적 영역에 속하는 문화재에 대한 가치판단을 국가가 형벌을 통해 통제하는 것은 지나친 후견주의적 태도라고 볼 수 있기 때문이다. 또한 행정미비를 개인에게 형사책임으로 전가하는 것 또한 입법 목적 및 정책적 필요성을 통해 정당화될 수 없다.

다만, 일반동산문화재에 대한 법률의 명확성 확보와 행정절차가 갖추어진다면 범죄화가 가능할 것이다. 법률의 명확성 확보를 위한 1단계 조치는 기계적인 포괄위임을 자제하고 영국 등과 같이 동일법전에서 일반 수범자가 문화재 해당성을 판단할 수 있도록 하는 편제이다. 현행 문화재보호법은 일반동산문화재에 대한 정의규정 및 기본적 관리사항까지도 시행령 및 시행규칙에 위임하고 있는데, 적어도 정의규정과 행정청의 관리 및 통제가 이루어지는 대략적 사항은 기본법적 성격을 가진 문화재보호법에서 제시하여야 할 것이다. 일반수범자의 경우, 행정적 사전절차가 갖추어져 범죄화가 가능하다고 하더라도 절취 등에 관한 92조는 목적범의 형태

로 규정되어야 할 것이다. 지정문화재의 경우 소유자 등이 국가의 통제여부에 대한 인식을 하고 있기 때문에 목적성을 명시할 필요성이 낮다고 하더라도,[228] 일반동산문화재의 경우 자기물건에 대한 처분권이라는 헌법상 기본권에 대한 중대한 침해가 발생하기 때문에 고의 외에 목적성까지 추가하는 것이 적절할 것으로 판단된다.

지정문화재 및 일반동산문화재 공통으로 고려할 사항은 행위주체의 준별이다. 문화재의 개인소유를 부정하지 않는 이상, 문화재의 해당성 및 관리에 대한 비전문가와 전문가의 차이를 인정하여 그에 맞는 차별적 입법이 필요하다. 특히 일반 수범자와 문화재매매업자 등 전문가에 대한 형벌조항은 구분하여 입법할 필요가 있다. 문화재보호법 제78조는 문화재매매업자의 경우 관리장부 비치의무를 부여하고 있으며, 제76조에서 문화재매매업을 일정한 자격을 갖춘 자에 대한 허가요건으로 요구하고 있다는 점에서 문화재매매업자의 문화재에 대한 감정능력을 기대할 수 있기 때문에, 문화재매매업자에 대한 형사제재는 문화재의 보호 외에 행정명령 위반에 대한 제재라는 측면에서도 정당화될 수 있다. 이에 반하여 일반수범자의 경우, 특히 일반동산문화재의 경우에는 행정청에서 사전관리의 기회를 부여하지 않아 결과적으로 행정청이 방치했던 영역이라고 할 수 있으므로, 이에 대한 형사제재는 문화재보호의 모든 책임을 일반 수범자에게 전가하고 있다는 점에서 적절하지 못하다.

또한 지정문화재나 일반동산문화재 공히 현재의 법정형은 지나치게 높게 책정되어 있다. 헌법재판소가 결정을 통해 권고했듯이 선택형의 추가 등 법관의 양형판단을 방해하지 않을 정도로 현실화할 필요가 있다. 이때 문화유산의 보호는 감정가치에 대한 보호로, 비록 그 상실감으로 인한 여론의 요구가 있다고 하더라도 영역의 특성상 형법상 신체에 관한 죄나 재산죄보다 가중하여 처벌할 수는 없다고 할 것이다. 다만 조직범죄 및 전문가에 의한 범죄, 비전문가이기는 하나 영리목적의 상습적 범죄 등의 경우로 국한하여 가중처벌을 고려하되, 이는 지정문화재에 국한하여야 하며, 일반동산문화재에 적용하기 위해서는 영리적 목적으로 그 금전적 가

228) 문화재보호법 제48조 제1항은 국가지정문화재의 공개의무를 규정하고 있다. 다만 이에 대한 행정벌 등의 제재는 존재하지 않고, 오히려 제2항의 공개제한명령 위반에 대하여 제101조에서 관리행위 방해 등의 죄로 처벌하고 있다.

치를 증가시키려는 목적과 고의적 은닉 등 추가적 요건을 규정하는 방식을 택해야 할 것이다.

제5장 결론

경제적 수준의 향상 및 개발도상국들의 국제적 지위 향상으로 인하여 문화적 소비, 특히 공동체의 문화적 자산인 문화유산에 대한 사회적 관심과 향유 욕구가 우리나라뿐만 아니라 전 세계적으로 커지고 있다. 하지만 이에 대한 규범적 보호 및 한계설정 논의가 그에 비례하여 풍부하게 이루어지지는 못하고 있는 것이 현실이다. 사회문화적, 법학적 논의의 부족은 행정적 편이에 따라 문화유산 영역에 무분별한 형법의 개입이 이루어지는 결과를 낳았다. 문화유산 보호법제에 대한 법학계의 관심부족으로 행정청 및 입법자들은 문화유산 보호의 필요성을 이유로 반성적 고려 대신 개입의 정당화 작업만을 거듭하고 있다.

대부분의 새로운 영역들은 형법의 대상이 될 수 있는지 여부에 대한 원론적 고찰 이전에 입법에 의해 먼저 형법의 영역에 포함되고, 이후 형법의 보충성이라는 프리즘을 통해 그 적합성을 받게 된다. 환경·안전·문화 등 새로운 영역 자체가 죄형법정주의와 법익보호, 비례성원칙 위에 서 있는 전통적 형법과 이질적이라고 할 수는 없다. 형법은 비록 일정한 한계를 내정하고 있지만, 여전히 새로운 영역에서의 범죄적 행위에 대하여 유용한 수단이 될 수 있으며 전통적 형법의 원칙들 또한 의미를 갖는다. 다만 사회영역의 다양화에 따라 각 영역의 구성원리 및 행동양식과 공동체에 대한 영향력이 차이를 갖게 되므로 그에 맞춰 전통적 형법원리를 보완하는 작업은 필요할 것이다.

본 논문에서는 그동안 형법학계의 주목을 받지 못했던 문화유산의 보호라는 형법의 새로운 과제를 검토하였다. 우선 형법을 매개로 이루어지는 국가와 문화의 상호관련성을 탐구하여 문화영역의 자율성보장이라는 바탕 위에서 온 국민이 최소한의 문화생활을 누릴 수 있는 적극적인 조건이 무엇인가를 밝히고자 하였다. 이를 통해 도출된 문화 및 문화유산의 규범적 특이성에 대한 인식을 바탕으로 형법의 투입 여부를 검토하고, 일관된 접근이 용이하지 않은 전통적 이론을 보완하기 위

하여 문화유산 관련 범죄에 대한 형법적 개입의 근거로서의 법익이론과 그 개입의 헌법적 한계로서의 명확성원칙 그리고 비례성원칙을 차례로 검토하였다.

문화에 개념 변천의 궤적을 충분히 따라가기 위해서는 유럽이나 미국뿐만 아니라 동아시아의 역사 속에서 문화의 개념이 어떻게 생성되고 변동했는지 관찰해야 할 것이다. 하지만 본 논문에서는 우선 문화의 규범적 의의를 추출하기 위하여 문화라고 개념정의 될 대상의 범위를 한정하는 것을 시작으로 하여 문화재의 문화적, 규범적 의미 분석이라는 목적에 적합한 정도까지만 문화의 의미를 고찰해보았다. 여기에 소개된 입장 외에도 문화에 대한 여성주의적 접근, 과학적 접근, 인류학적 접근 등 90년대 문화연구의 활성화 이후 최근까지도 문화에 대한 다양한 접근이 이루어지고 있다. 하지만 이 논문의 목적이 문화에 대한 개념을 새로 정립하는 것이 아니라 문화가 가지고 있는 다양한 개념과 그 대상을 고찰하고 대상에 따라 규범적 사고의 틀이나 접근방법이 변용될 수 있다는 점을 인지하는 것에 있기 때문에, 이 목적의 범위 내에서만 문화에 대한 인문학적・사회과학적 접근을 시도해보았다. 이러한 학제적 접근법은 건설적으로 분석적인(constructively analytical) 법학연구에 머물지 않고 분석적으로 건설적인(analytically constructive) 법학연구로 나아가는 시작이라고 생각한다.[229]

법익개념의 혼란과 행정법상 형벌조항의 범람의 뒤에는 형법을 사회적 불안감의 완화장치로 인식하는 정치적 배경이 있다. 기본권 보장의 보루로서의 형법의 임무와 행정적 필요를 실질적이고 안정적인 조합으로 이끄는 노력 대신 기능적이고 즉흥적인 결합으로 상정하는 것이 형법의 상품화의 주요 원인으로 보인다. 따라서 정치적 필요에 의하여 규범이 잠식당하지 않는, 즉 형법의 상품화로 나타나는 생활세계의 식민지화를 완화하기 위해서는 다시금 형법의 신중한 투입의 보루였던 법익론으로 돌아갈 필요가 있다. 특히 행정법상 형벌규정들이 보편적 법익 개념을 남용하는 경향을 보이는 만큼, 전통적 법익론이 난항을 겪어왔던 보편적 법익 개념을 재검토하여 시대적 과제를 안정화된 규범의 틀로 포섭할 수 있는 법익론의 재구성이 필요하다.

---

229) 윌리엄즈, 문화사회학, 241면.

최근 여론의 동향에 따라 문화, 환경, 동물 등 전통적 틀로 설명되기 힘든 분야에 대한 형사입법이 이루어지고 있다. 그리고 현재 이 영역들은 일정한 기준 없이 보편적 법익이라는 느슨한 틀로 묶여 있다. 따라서 법익론은 보편적 법익의 세분화와 재구성을 위하여 기존의 일률적인 하향식 적용방식 대신 개별 분야들의 특성을 살펴 각 분야와 형법과의 관계를 조망하는 상향식·그물형 이론구성을 시도할 필요가 있다. 위 영역들의 형벌규정의 다수는 문화재나 동물, 환경 등 구체적 보호대상으로 설정하여 적극적인 법익 해당성 검토를 하기보다는 본유적 가치(intrinsic value)를 규범화 과정 없이 곧바로 법익으로 간주하거나 그에 대한 인간의 감정가치를 일차적 보호대상으로 하고 있는 것으로 판단된다.[230]

정서나 윤리와 관련된 분야라고 하더라도 법익보호, 죄형법정주의, 비례성 심사라는 형법적 최소요건을 갖춘다면 그 규범성을 인정할 수 있다. 이때 법익보호원칙은 죄형법정주의나 비례성심사라는 헌법적 제한원리의 전제조건, 즉 대상의 확정 및 범위설정, 형법의 수단적 합리성 확보를 위한 형사입법의 시작점이 될 것이다. 법익이론에 따른 확정이 전제되지 않는다면 헌법상 제한은 무한한 범위에서 시작하게 됨으로써 비효율적이거나 공허한 선언으로 남을 수 있다. 법익의 확정을 위하여 감정가치를 도덕과 윤리로부터 분리하여 정서보호원리를 독자적 형사입법원리로 자리매김 시킨 파인버그의 형사입법이론을 살펴보았다. 파인버그의 정서보호원리를 발전시킨 히르쉬는 정서보호원리가 현실화되기 위해서는 위해성원리에 의한 제한이 이루어져야 한다고 보고, 인종차별적 발언과 같이 감정가치의 침해가 위해로 평가되는 경우에는 형법의 개입이 정당화될 수 있다고 설명하고 있다.

파인버그와 히르쉬의 논증을 구체화하여 감정가치의 주체를 개인과 불가분의 집단으로 구분하였다. 개인의 감정가치는 형법상 모욕죄 등에서 이미 보호되고 있으나, 개인의 감정가치를 형법적으로 보호하는 태도는 형벌의 과잉을 불러올 수 있

230) 동물보호법 제1조는 “동물의 생명보호, 안전 보장 및 복지 증진을 꾀하고, 동물의 생명 존중 등 국민의 정서를 함양”하는 것을 목적으로 선언하고 있다. 하지만 민법 및 형법에서는 여전히 동물을 “물건”으로 취급하고 있어 통일적 해석이 불가능하다. 결국 이 입법은 인간의 감정을 자극하는 ‘그 무엇’을 통제함으로써 인간의 정서보호를 일차적 목적으로 한다고 평가하거나 동물의 생명이라는 본유적 가치로부터 곧바로 법익을 도출한 것이라고 평가할 수 있다.

다는 점에서 바람직하지 않다. 하지만 인종차별과 같이 헌법상 기본권 혹은 기본질서로서 보호하고 있음에도 불구하고 반헌법적 질서가 공동체에 팽배하여 피해자로서는 공동체를 벗어나지 않고서는 감정가치의 침해를 회피할 수 없는 경우에는 예외적으로 형법의 보호대상이 될 수 있다. 집단의 감정가치는 현행 형법상 국기모욕죄 및 국가보안법상 찬양고무죄 등에서 나타나고 있다. 집단적 감정가치의 형법적 보호는 자유주의적 형법이 법익을 사회윤리로부터 분리함으로써 극복하려 했던 형법의 정치화를 가속화시킬 수 있다는 점에서 바람직하지 않다. 다만 문화유산의 경우처럼 집단의 특정한 감정가치가 헌법에 부합하고, 실질적인 공론화를 통하여 구성원들의 승인에 도달한다면 형법상 보호가 정당화될 가능성이 있다. 다만 이러한 경우에는 형법 적용영역의 과도한 확장을 막기 위한 강도 있는 헌법적 제한이 요구된다.

문화재보호법상 형벌조항에 대한 헌법적 제한은 명확성원칙과 비례성원칙을 중심으로 이루어질 수 있다. 문화재보호법상 문화재에 대한 정의는 행정적 분류의 기준을 그대로 차용했기 때문에 형벌조항에 요구되는 명확성의 기준을 준수하지 못하였고, 처벌의 정도도 문화재보호법의 취지를 초과할 뿐만 아니라 동일 행위에 대한 형법상 불법판단의 정도를 상회하고 있기 때문이다. 명확성심사는 주로 일반동산문화재에서 문제되는데, 지정문화재의 경우 비록 법문이 불명확할지라도 지정이라는 행정행위를 통하여 소유자 등의 예견가능성이 확보되었기 때문이다. 일반동산문화재에 대한 명확성심사는 포괄위임입법금지원칙을 중심으로 살펴보았다. 포괄위임입법금지원칙의 심사는 수권조항의 명확성, 위임의 방식, 하위법령의 명확성 3단계로 나뉜다. 문화재보호법 제2조 정의규정은 매우 추상적이고 가치충전적인 개념만을 사용하였고, 시행령은 구체화 없이 바로 시행규칙에 위임하였으며, 시행령에서도 구체적인 사항은 별표에 가서야 찾아볼 수 있기 때문에, 일반 수범자가 문화재 해당성을 판단하기 매우 곤란하여 위헌의 소지가 있다. 다음으로는 행정행위의 명확성이 문제된다. 문화재에 대한 형사처벌은 기본 형법전이 아니라 개별 행정법상 벌칙규정의 형태로 이루어졌고, 동법의 형벌조항에 행정적 정의규정이 그대로 차용되었기 때문에 행정종속성의 문제가 대두되었다. 특히 동법 제90조의 ‘허가’는 구성요건상 행정종속성을 보이는 조항으로, 행정행위의 명확성을 확보하기

위해서는 대상과 행정행위의 내용이 명확할 뿐만 아니라 이를 확인할 수 있는 행정적 절차까지 구비되어야 한다.

문화유산 관련 범죄에 대한 법정형은 동일한 행위에 대한 형법상 법정형보다 과중하고, 형법상 처벌되지 않는 소유자의 처분행위까지 처벌의 대상으로 삼는다는 점에서 비례성심사의 필요성이 있다. 문화유산의 보호는 헌법상 기본권이 아닌 문화국가원리라는 헌법원리에 근거하기 때문에 기본권에 비하여 충분히 구체화되지 않았고, 법적 보호의 정도도 기본권보다 낮다고 할 수 있다. 따라서 헌법상 원리 보호를 위한 기본권의 제한은 신중하게 이루어져야 한다. 따라서 비례성심사의 기준은 기본권에 근거한 제한적 법률보다 강화하여 이루어져야 한다. 문화재보호법상 형벌조항에 대한 비례성심사의 기준으로는 적합성 및 필요성 심사의 기준으로서는 문화재해당성을 일반수범자가 판단할 수 있고, 관리 및 감독의 조력을 받을 수 있는 행정적 조치의 전치 여부와 법익균형성의 심사 기준으로 히르쉬의 Living Standard를 도입하였다. 현행 문화재보호법상 일반동산문화재의 경우, 사전적 행정적 절차가 전혀 구비되어 있지 않고, 경고 및 행정벌 등의 단계화가 이루어져 있지 않다는 점에서 일반동산문화재에 대한 형벌조항은 비례성원칙을 위반하였다고 평가할 수 있다. 지정문화재의 경우에도 Living Standard에 따르면 문화유산은 생존에 필수적인 요소가 아니며, 문화영역 내에서도 인간다운 삶을 위한 최저보장의 정도를 넘어서는 영역에 위치한다. 따라서 지정이라는 행정작용과 민족문화에 대한 자긍심이라는 감정가치를 고려하더라도 현행 법정형은 과도하다고 평가할 수 있다.

이상의 검토를 통하여 문화재보호법상 형벌조항의 개정방향을 설정할 수 있다. 일반동산문화재의 경우 사전절차가 마련되지 않은 현재의 상태라면 형사적 제재는 정당화될 수 없다. 다만, 일반동산문화재에 대한 법률의 명확성 확보와 행정절차가 갖추어진다면 범죄화가 가능할 것이다. 법률의 명확성 확보를 위해서는 일반 수범자가 문화재 해당성을 판단할 수 있도록 동일법전에서 최대한 명확하고 자세한 규정을 하는 것이다. 또한 절취 등에 관한 92조는 목적범의 형태로 규정되어야 할 것이다. 지정문화재 및 일반동산문화재 공통으로 고려할 사항은 행위주체의 준별이다. 문화유산의 전문성을 고려할 때, 일반 수범자와 문화재매매업자 등 전문가에 대한 형벌조항은 구분하여 입법할 필요가 있다. 또한 지정문화재나 일반동산문화재

공히 현재의 법정형은 지나치게 높게 책정되어 있다. 따라서 선택형의 추가와 법관의 양형판단을 방해하지 않을 정도의 법정형의 현실화 작업이 필요하다. 문화유산의 보호의 실질은 감정가치에 대한 보호로, 비록 그 상실감으로 인한 여론의 요구가 있다고 하더라도 영역의 특성상 형법상 신체에 관한 죄나 재산죄보다 가중하여 처벌할 수는 없기 때문이다. 다만 조직범죄 및 전문가에 의한 범죄, 비전문가이기는 하나 영리목적의 상습적 범죄 등의 경우로 국한하여 가중처벌을 고려할 수 있을 것이다.

법학은 전통법학에서처럼 현재 있는 법현실을 파악하는 일을 중지해서는 안 되지만, 지금 있는 것들이 어떠한 모습으로 있는지 그리고 있어야 할 것이 무엇이고 있어서는 안 될 것들이 무엇인지 발견하는 작업도 병행되어야 한다. 문화는 기본적으로 법외 영역이다. 특히 문화영역의 자율을 강조하는 철저한 문화상대주의 입장에서 국가정책을 거부할 수도 있다. 하지만 다양한 삶의 양식들은 각기 고유한 가치를 추구하고 있기 때문에 가치 충돌이 공멸을 초래하거나 또는 특정한 삶의 양식이 독점적 지위를 차지하여 다른 삶의 양식을 파괴해버리는 결과를 막기 위해서는 공적인 중재가 필요하다.

부 록

문화재보호법 시행규칙 [별표 2]

일반동산문화재의 구체적인 범위(제42조 관련)

<table>
<tr><th colspan="3">보존 대상</th><th rowspan="2">제외 대상</th></tr>
<tr><th>대분류</th><th>중분류</th><th>소분류(세분류)</th></tr>
<tr><td rowspan="8">전통
회화</td><td>산수화</td><td>산수화 등</td><td rowspan="16">○파손 및 훼손이 심하고 보존 상태가 나쁘거나 과도하게 보수되어(먹이나 채색을 넓게 덧칠한 경우 등) 작품의 원형을 거의 잃어버린 것
○다작(多作)으로 인해 동일한 성격과 가치를 가진 작품이 많이 남아 있어서 대체될 수 있는 것
○작가 또는 제작연대가 불분명하고 제작기법이 졸렬하며 특이성이 없어 역사적·학술적·예술적 가치 또는 민속문화재로서 가치가 없는 것
○제작된 지 50년이 안 된 것으로서 모방·재현된 것 또는 현대작</td></tr>
<tr><td>인물화</td><td>초상화, 고사인물화, 도석인물화 등</td></tr>
<tr><td>풍속화</td><td>풍속화 등</td></tr>
<tr><td>기록화</td><td>계회도, 행렬도, 순절도, 궁궐도, 의궤도, 하례도, 순력도, 행사도, 수연도 등</td></tr>
<tr><td>영모·화조화</td><td>영모화(동물화), 화조화, 초충·어해·기명절지도 등</td></tr>
<tr><td>사군자</td><td>매도, 난도, 국도, 죽도 등</td></tr>
<tr><td>민화</td><td>민화, 문자도 등</td></tr>
<tr><td rowspan="3">근대
회화</td><td>서양화</td><td>풍경화, 인물화, 정물화 등</td></tr>
<tr><td>동양화</td><td>산수화, 인물화, 풍속화, 사군자화, 영모·화조화, 민화 등</td></tr>
<tr><td>기타</td><td>사진·삽도 등</td></tr>
<tr><td rowspan="2">불교
회화</td><td>괘불화</td><td>석가불도(영산회도), 미륵불도, 노사나불도, 삼세불도, 삼신불도, 사불회도, 오불회도 등</td></tr>
<tr><td>탱화</td><td>여래도(석가불도, 영산회도, 아</td></tr>
</table>

		미타불회도, 아미타래영도, 관경변상도, 염불왕생첩경도, 미륵하생경변상도, 약사불회도, 비로자나불회도, 삼세불회도, 삼신불회도, 53불도, 천불도 등), 보살도(관음보살도, 지장보살도, 삼장보살도 등), 나한·조사도(16·500나한도, 조사도, 국사도, 영정 등), 신중도(제석·천룡도, 사천왕도, 금강도, 산신도 등), 기타(감로도, 시왕도, 현왕도, 칠성도, 조왕도 등)	
	경전화	사경화, 판경화 등	
	벽화	석벽화, 토벽화, 판벽화 등	
종교회화	유교회화	유교회화	
	무속화	무속화	
일반조각	암벽조각	암각화, 각석 등	○얼굴, 손, 다리 등 시대적 특징을 반영하는 중요 부분이 절반 이상 파손·결실되었거나 보수되어 원형을 거의 잃어버린 것(명문이나 출토지가 분명한 것은 제외) ○다량 제작으로 동일한 것의 수량이 많이 남아 있어서 대체될 수 있는 것 ○조형성(造形性)이나 제작기법이 졸렬하고 형태, 양식, 재료 등의 특징 또는 지역적인 특색 등 특이성이 없어 역사적, 학술적, 예술적 가치 또
	토우	인물상, 동물상, 생활용구(가옥, 배 등)	
	십이지상	쥐·소·호랑이·토끼·용·뱀·말·양·원숭이·닭·개·돼지상	
	능묘조각	석인(문인상, 무인상), 석수(사자, 호랑이, 양, 말, 기린, 코끼리, 해태 등)	
	장승	천하대장군, 지하여장군, 돌하르방 등	
불교	여래	석가불, 아미타불, 미륵불, 약사불, 비로자나불, 탄생불 등	

조각	보살	관음보살, 대세지보살(세지보살), 문수보살, 보현보살, 지장보살, 일광보살, 월광보살 등	는 민속문화재로서 가치가 없는 것 ○조각의 단편(명문이 있는 것 제외) ○근대 이후에 제작된 것으로 조형, 조각기법 등에서 학술적, 예술적 가치가 없는 것 [중요 작가나 유파(流波)를 대표하는 작품이나 조선미술전람회 출품작은 제외]
	천부	사천왕, 인왕, 범천, 제석천, 팔부중, 비천, 가릉빈가 등	
	나한	나한상, 유마거사, 오백나한, 십육나한 등	
	명왕	명왕상, 공작명왕 등	
	기타	성문, 선재동자, 동자상 등	
근대 조각	인물조각	두상, 흉상, 전신상 등	○제작된 지 50년이 안 된 것으로서 모방·재현된 것 또는 현대작
	종교조각	불교조각, 신상(산신상, 성모상), 성인상 등	
석조물	탑	석탑, 전탑, 모전석탑, 다보탑, 보협인탑, 사리탑, 4사자석탑, 청석탑, 오륜탑 등	○파손이 심하거나 중요 부분이 절반 이상 결실 또는 보수되어 원형을 거의 잃어버린 것 (명문이나 출토지가 분명한 것은 제외)
	부도	팔각원당형부도, 석종형부도 등	
	석등	방형석등, 육각석등, 팔각석등 등	○다량 제작으로 수량이 많이 남아 있는 것(시대양식을 반영하는 것은 제외) ○제작기법이 졸렬하고 특이성이 없어 역사적, 학술적, 예술적 가치가 없는 것 ○석조의 단편(명문이 있는 것 제외) ○제작된 지 50년이 안 된 것으로서 모방·재현된 것 또는 현대작
	당간지주	당간, 지주 등	
	석비	이수, 비신, 비좌, 귀부 등	
	석조	장방형석조, 원형석조 등	
	기타	신도비, 묘갈, 묘표, 혼유석, 장명등, 망주석, 향로석, 상석과 고석, 입석(선돌), 남녀근석, 제단(성황단), 석간(돌기둥) 등	
일반	목공예	가구류(장, 농, 반닫이, 서안, 탁	○장식·조각의 손상, 문양의

<table>
<tr><td rowspan="16">공예</td><td></td><td>자, 문갑, 경대, 고비, 찬장, 반, 돈궤, 가께수리, 경상, 관대함, 반짇고리, 벼루집, 앞닫이, 붓통, 문서함, 평상, 뒤주, 교의, 주독, 제탁, 향탁 등)</td><td rowspan="16">마모, 색감의 변질, 표면의 부식·박락 등 훼손·파손이 심하거나 중요 부분이 절반 이상 결실 또는 대용재(代用財)로 교체되어 원형을 거의 잃어버린 것(제작기법 등이 특이한 것은 제외)
○다수가 현전하는 것이거나 명문 또는 특이한 문양·기법이 없어 역사적, 학술적, 미술공예적 가치 또는 민속문화재로서 가치가 없는 것[중요 인물의 묘장 출토품, 전세품(傳世品) 및 복장유물(腹藏遺物)은 제외]
○근대에 대량 생산된 것(조선미술전람회 당선작, 중요무형문화재의 초기작은 제외)
○제작된 지 50년이 안 된 것으로서 모방·재현된 것 또는 현대작</td></tr>
<tr><td>칠공예</td><td>칠공예품(상, 상자, 궤, 함, 그릇, 붓통 등), 가구류, 기명류(함지박, 발우, 쟁반, 그릇, 완, 수저 등)</td></tr>
<tr><td>화각공예</td><td>가구류(장, 함, 궤 등), 침선도구류(자, 실패), 기타(선추, 붓 등)</td></tr>
<tr><td>죽공예</td><td>채상, 낙죽, 붓통 등</td></tr>
<tr><td>초고공예</td><td>화문석 등</td></tr>
<tr><td rowspan="6">금속공예</td><td>청동용구(시저, 병, 대접, 접시, 완, 반, 합 등)</td></tr>
<tr><td>장신구(관모, 요대, 대구, 목걸이, 귀걸이, 팔찌, 반지, 뒤꽂이, 비녀, 향갑, 떨잠, 동곳, 노리개 등)</td></tr>
<tr><td>생활용구(촛대, 거울, 향로, 화로 등)</td></tr>
<tr><td>무속구(거울, 방울 등)</td></tr>
<tr><td>마구(말안장, 방울, 행엽, 등자 등)</td></tr>
<tr><td>무구(검, 창, 방패, 총통, 완구 등)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">옥석공예</td><td>옥공예(패식, 옥로, 장신구, 향로, 인장 등)</td></tr>
<tr><td>석공예(화로, 연초함, 촛대 등)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">복식공예</td><td>의복, 제화, 안경 등</td></tr>
<tr><td>관모 등</td></tr>
</table>

	근대공예	기독교공예	
		근대공예	
불교 공예	의식법구	범종, 금고, 운판, 바라, 법고, 금강령, 금강저, 경자, 목어 등	
	공양구	향로, 정병, 화병, 촛대, 등, 다기, 마지, 발우 등	
	장엄구	불단, 닫집, 불감, 목패, 금속탑, 보당, 불번, 불연, 전패 등	
	사리장치	사리호(병), 사리함 등	
	복장품	후령통 등	
	기타	석장, 업경대, 패불함, 다라니주머니, 청동시루 등	
유교 공예	제례용구	제기, 향로, 명기 등	
도자 공예	토・도기	토기(호, 발, 완, 병, 시루, 기대, 고배, 벼루, 잔, 주자, 합, 상형 등), 와전류	○명문이나 독특한 문양이 없고, 심하게 파손되어 복원이 어렵거나 대용재를 절반 이상 사용하여 복원한 것 ○소성(燒成)이 불량하고 시유면(施釉面)의 산화가 심한 것(명문이나 문양은 없지만 출토지를 알 수 있는 것은 제외) ○도자기편(독특한 문양이나 명문이 있는 것 또는 출토지를 확인하여 체계적으로 다량 수집한 것은 제외) ○원형을 상실한 재번조품(再燔造品)(산화가 심하지 않아 원형을 복원한 것은 제외) ○제작된 지 50년이 안 된 것
		도기(호, 병, 시루, 두무, 단지, 소줏고리 등)	
		녹유(잔탁, 호, 발, 병, 합 등)	
	자기	청자(완, 대접, 접시, 호, 병, 주자, 합, 잔탁, 베개, 의자, 연적, 필가, 장구, 타일, 상형, 향로, 불상, 승상, 변기 등)	
		백자(완, 발, 대접, 접시, 호, 병, 주자, 합, 잔탁, 반, 묵호, 연적, 필가, 필세, 필통, 담뱃대, 떡살, 명기, 묘지, 장군, 숟가락, 양념단지, 촛대, 베갯모, 인장, 타구, 장기, 해시계, 추, 고드랫돌, 애자, 문진 등)	
		분청사기(발, 대접, 접시, 호,	

		병, 장군, 반, 합, 벼루, 묘지 등)	으로서 모방·재현된 것 또는 현대작
		석간주(호, 병 등)	
		흑유자(호, 병, 주자, 푼주 등)	
		잡유자(호, 병, 주자 등)	
전적류	필사본	고본(친필본 등)	○훼손 또는 낙질도(洛帙度)가 심하여 원형을 식별하기 곤란한 것으로서 역사적, 학술적, 예술적 보존가치가 없는 것[유일고본(唯一稿本) 및 일기, 등록류와 명인의 지기(識記)나 장서인(藏書印)이 날인되어 있는 경우는 제외]
		사경(묵서, 금니, 은니 등)	
		일기류(일기 등)	
		등록류(등록 등)	
		사본류	
	목판본	대장경(초조, 재조 등), 교장	○필사본의 원본이 현존하는 전적의 복사본 중 그 복사자가 역사상 명인이 아닌 것
		간경도감본(한문본, 언해본 등)	
		관판본, 사찰본, 서원본, 사간본, 방각본 등	
	활자본	목활자본	○국내 소장의 완본이 공공기관 등에 있어 재확보가 가능하고 현존본이 많이 전래되어 쉽게 구입할 수 있는 것(다만, 명인의 지기나 장서인이 날인되어 있는 것은 제외)
		금속활자본	
		기타 활자본	
고문서류	국왕문서	책류(옥책, 죽책, 시책, 애책 등)	○제작된 지 50년이 안 된 복제본(영인본·복사본) 또는 현대작
		교령류(교서, 유서, 유지, 왕지, 교지, 교첩, 녹패, 녹권, 공신회맹문, 비답, 봉서, 은사장, 윤음 등)	
		조칙류(조, 칙, 고명 등)	
		표전류(전문, 표문 등)	
	왕실문서	궁방류(내지, 자지, 영지, 영서, 수본, 하답, 도서 패자, 도장허	

		급문 등)	
	관부문서	소차장계류(소초, 차자, 상소, 계본, 계목, 장계, 서계, 초고 등)	
		첩관통보류(차첩, 관문, 첩보, 첩정, 해유문서, 서목, 수본, 고목, 감결, 전령, 망기 등)	
		증빙류[표문, 노문(路文), 입안, 입지, 제음, 완문, 완의, 입의, 자문, 조흘첩, 절목 등]	
		단자류(사은단자, 진상단자, 표폄단자, 서경단자, 시호망단자, 문안물종단자 등)	
		호적류(준호구, 호구단자, 호적, 민적부 등)	
	사인문서	소지류(소지, 상서, 의송, 등장, 상언, 발괄, 단자, 청원서 등)	
		시권류(시권, 방목 등)	
		문기류(입후성문, 노비, 토지, 가옥, 어장, 염분, 공인, 기인, 경주인, 도장, 전당문기, 패지, 수표, 수기 등)	
		분재기류(분금문기, 허여문기, 별급문기, 화회문기, 유서 등)	
		서간·통고류(혼서, 통문, 회문, 간찰 등)	
		치부·기록류(추수기, 도조기, 불망기 등)	
		시문류(제문, 만사, 축문 등)	

	사찰문서	사적기, 중수기, 복장기, 모연문, 권선문, 상량문, 불양안 등	
	서원·향교문서	좌목(선생안, 청금안, 재임안, 접사안 등)	
		소지류(소지, 등장 등)	
		증빙류(절목, 입의 등)	
		기문류(의례, 홀기, 제문, 축문, 상량문 등)	
		통보류(통문, 회문 등)	
		치부·기록류(전답안, 노비안 등)	
서간류	서예	서예(왕실, 일반 등)	○훼손이 심하여 원형을 식별하기 곤란한 것으로서 역사적, 학술적, 예술적 가치가 없는 것 ○발신자나 수신자 및 내용 면에서 자료적 가치가 적은 일반인의 서간 ○다시 고쳐 써서 서적의 자양(字樣)에 오손이 심하여 보존 가치가 없는 것 ○친필로 쓰이지 않고 모서된 것 ○필자 또는 유래를 알 수 없고 서예사적 가치가 없는 현판류 또는 주련류 ○인기나 수결이 없는 간찰류·단자류 또는 수록류로 자료적 가치가 없는 고문서류 ○제작된 지 50년이 안 된 복제
	간독류	간독(간찰, 필첩, 유묵 등)	
	시고류	시고(별시, 하시 등)	
	탁본류	탁본 등	

			본(영인본·복사본) 또는 현대작
서각류	목판각류	판목류(책판, 경판 등)	○제작자나 소유자 등의 유래가 불분명하고 자료나 각자 기술이 졸렬하여 자료적 가치가 없는 것 ○제작된 지 50년이 안 된 복제품 또는 현대작
		현판류(편액, 현판, 주련 등)	
	금석각류	비(기념비, 신도비, 선정비, 충효비, 묘비, 사적비, 탑비, 부도비, 비갈, 장생표 등)	
		지석(묘지석 등)	
		석각류	
		명문류	
	인장류	어보류, 관인, 사인 등	
근대 매체	시청각류	녹음, 사진, 필름, 영상기록물 등	○파손·부식·훼손이 심하여 판독할 수 없는 것 ○수록 내용 중 중요한 부분이 멸실되어 자료로서 가치가 없는 것 ○같은 종류의 매체가 현존하는 것이 많아 쉽게 구할 수 있는 것
고고 자료	선사유물	석기(타제석기, 마제석기 등)	○심하게 부식·훼손되어 학술적 보존가치가 없는 것
		골각기 등	
자연사 자료	자연과학 유물	인골류	○심하게 부식·훼손되어 역사적·학술적·과학적·심미적·관상적 보존가치가 없는 것
		생물자료(동물자료, 식물자료 등)	
		무생물자료(지질자료, 광물자료 등)	
과학 기술 용구 및	생업기술 용구	농경(농기구류, 경작기류 등)	○다량 제작되고 양식상·기술상 특색이 없는 일반화된 일회용 잡기로서 학술적 보존가치가 없는 것
		수렵(수렵 등)	
		어로(어로 등)	
	천문지리	천문(천문, 시간 등)	

<table>
<tr><td rowspan="20">민속
자료</td><td rowspan="2">기구</td><td>기상(기상 등)</td><td rowspan="20">○파손·부식·훼손되어 원형을 잃었으며 수리·복원이 불가능하여 민속문화재로서 학술적 가치가 없는 것
○근대 이후에 제작된 것으로 흔하거나 일본화 또는 서구화된 것(중요무형문화재가 제작, 사용하던 근대기의 유물은 제외)
○제작된 지 50년이 안 된 것으로서 모방·재현된 것 또는 현대 용구</td></tr>
<tr><td>지리(지리, 풍수 등)</td></tr>
<tr><td rowspan="3">계측교역
기술용구</td><td>계산용구 등</td></tr>
<tr><td>도량형(계량용구, 계측용구, 화폐·우표 등)</td></tr>
<tr><td>교역용구 등</td></tr>
<tr><td rowspan="2">이동운송
기술용구</td><td>이동용구 등</td></tr>
<tr><td>운송용구 등</td></tr>
<tr><td rowspan="8">공예기술
용구</td><td>직조용구 등</td></tr>
<tr><td>초고공예용구 등</td></tr>
<tr><td>도자공예용구 등</td></tr>
<tr><td>목공용구 등</td></tr>
<tr><td>칠공용구 등</td></tr>
<tr><td>금속공예용구 등</td></tr>
<tr><td>의료(의약, 의료기 등)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">음식제조
용구</td><td>음식류</td></tr>
<tr><td>주류</td></tr>
<tr><td rowspan="2">인쇄기술
용구</td><td>인쇄기기(활자, 활판 등)</td></tr>
<tr><td>인쇄용구 등</td></tr>
<tr><td rowspan="2">놀이·유희용구</td><td>악기(현악기, 관악기, 타악기 등)</td></tr>
<tr><td>놀이도구 등</td></tr>
<tr><td rowspan="2">무기
병기류</td><td>무기무구류(도검류, 창류, 궁시류, 방어용구, 의전용구 등)</td><td rowspan="2">○유래가 분명하지 않으며 명문·문양·장식이 없거나 심한 파손으로 자료적 가치가 없는 것
○제작된 지 50년이 안 된 복제품</td></tr>
<tr><td>병장기류(병기, 총포류, 화기류 등)</td></tr>
<tr><td rowspan="3">외국문화재</td><td>도자</td><td>청자, 백자 흑유자 등</td><td rowspan="3">○우리나라 미술에 직접 영향을 주지 않았거나 우리나라 문화재와 관련성이 없는 것
○예술상, 학술상, 역사상 중요한 자료적 가치가 없는 것</td></tr>
<tr><td>공예</td><td>일반공예, 불교공예, 유교공예, 과학기술 용구 및 민속문화재 등</td></tr>
<tr><td>조각</td><td>불교조각, 일반조각 등</td></tr>
</table>

	회화	중국회화, 일본회화, 불교회화(탱화, 벽화 등)	○제작된 지 100년이 안 된 것으로서 모방·재현된 것 또는 현대작
	전적	필사본, 목판본, 활자본, 문서류 등	

참고 문헌

1. 단행본

국내단행본

문화재청, 문화재관리과정, 2008.

강구진, 형법강의 각론 I, 박영사, 1983.

강문수, 문화유산의 세계화 법제연구, 한국법제연구원, 2014.

계희열, 헌법학 (中) (신정2판), 박영사, 2005.

권영성, 헌법학원론 (개정판), 법문사, 2010.

김남진・김연태, 행정법 I (제16판), 법문사, 2012.

김동희, 행정법 I (제20판), 박영사, 2014.

김수갑, 문화국가론, 충북대학교 출판부, 2012.

김일수, 한국형법 I [총론 上] (개정판), 박영사, 1996.

_____, 형법질서에서 사랑의 의미, 세창출판사, 2013.

김정순, 문화유산의 지속가능한 향유를 위한 법제연구, 한국법제연구원, 2010.

김진호, 금융이야기, 이화여자대학교출판부, 2007.

박균성, 행정법론 (상) (제13판), 박영사, 2014.

박동석, 문화재법 총론편, 민속원, 2014.

배종대, 형법각론 (제8판), 홍문사, 2013.

서헌제・정병윤, 캐나다와 영국의 문화정책 및 법제에 관한 연구, 한국법제연구원,

2006.

신의기・박현호・이준우・장민선, 범죄예방을 위한 환경설계의 제도화 방안(IV) : 공원 및 문화재 관련시설 범죄예방을 중심으로 - 문화재의 효율적 활용과 재난예방 -, 한국형사정책연구원, 2011.

오세정, 문화재보호법원론, 주류성, 2005.

오세혁, 법의 한계, 세창출판사, 2013.

유형식, 독일미학 : 고전에서 현대까지, 논형, 2009.

윤동호, 특별형법전의 정비를 위한 기초연구, 한국형사정책연구원, 2005.

이상돈, 예술형법, 박영사, 2014.

_____, 기초법학 (제2판), 법문사, 2010.

_____, 형법학 -형법이론과 형법정책, 법문사, 1999.

이주원, 특별형법 (제3판). 홍문사, 2014.

이항녕, 법철학개론 (제3정판), 박영사, 2004.

장호순, 미국 헌법과 인권의 역사 (개정증보판), 개마고원, 2009.

전재경, 문화유산법제 개선방안연구, 한국법제연구원, 2000.

장영민・박기석, 환경형법의 이론적 문제점에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1992.

정광렬・한경구, 문화기본법 제정을 위한 기초연구, 한국문화관광정책연구원, 2004.

허 영, 한국헌법론 (전정10판), 박영사, 2014.

홍성방, 헌법학 (중), 박영사, 2010.

홍정선, 행정법원론 (하) (제22판), 박영사, 2014.

번역서

가라타니 고진 저 / 조영일 역, 네이션과 미학, 도서출판b, 2013.

드워킨, R. 저 / 염수균 역, 법과 권리, 한길사, 2010.

리케르트, H. 저/ 이상엽 역, 문화과학과 자연과학, 책세상, 2004.

밀, J. S. 저 / 박홍규 역, 자유론, 문예출판사, 2009.

베르그손, H. 저 / 최화 역, 의식에 직접 주어진 것들에 관한 시론, 아카넷, 2001.

벡카리아, C. 저/ 한인섭 역, 범죄와 형벌, 박영사, 2010.

비가렐로, G. 저/ 이상해 역, 강간의 역사, 당대, 2002.

쉬너, L. 저/ 김정란 역, 예술의 탄생, 들녘, 2007.

아감벤, G. 저/ 박진우 역, 호모사케르, 새물결, 2008.

_____ 저/ 김항 역, 예외상태, 새물결, 2009.

아렌트, H. 저 / 서유경 역, 과거와 미래사이, 푸른 숲, 2005.

아리스토텔레스 저 / 강상진・김재홍・이창우 역, 니코마코스 윤리학, 도서출판 길, 2012.

엥기쉬, K. 저/ 윤재왕 역, 법학방법론, 세창출판사, 2011.

윌리엄즈, 레이몬드 저 / 설준규・송승철 역, 문화사회학, 까치, 1984.

카우프만, A. 저 / 김영환 역, 법철학, 나남, 2006.

칸트 E. 저/ 최재희 역, 순수이성비판 (개정판), 박영사, 2011.

키케로 저 / 김남우 역, 투스쿨룸 대화, 아카넷, 2014.

폿지, G. 저 / 박상섭 역, 근대국가의 발전, 민음사, 1995.

하쎄머, W. 저/ 배종대・이상돈 편역, 형법정책: 법치국가와 형법, 세창출판사, 1998,

헌팅턴, S. 저 / 이희재 역, 문명의 충돌, 김영사, 1997.

헤르더, J. G. 저 / 조경식 역, 언어의 기원에 대하여, 한길사, 2003.

외국단행본

Ashworth, A. & Horder, J. *Principles of Criminal Law* (7th eds.), Oxford University Press, 2013.

Cotterrell, R. *Law, Culture and Society*, Ashgate, 2006.

Daez, E. *Study on the Protection of the Cultural and Intellectual Property of Indigenous Peoples*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/28.

Derrida, J. *Margins of philosophy* (translated, with additional notes, by Bass, A.), University of Chicago Press, 1982.

Devlin, P. *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1965.

Eagleton, T. *The Idea of Culture*, Blackwell, 2010.

Feinberg, J. *Harm to Other : The Moral Limits of the Criminal Law* (Volume One), Oxford University Press, 1984.

_____, *Offense to Other : The Moral Limits of the Criminal Law* (Volume Two), Oxford University Press, 1985.

_____, *Harm to Self : The Moral Limits of the Criminal Law* (Volume Three), Oxford University Press, 1986.

_____, *Harmless Wrongdoing : The Moral Limits of the Criminal Law* (Volume four), Oxford University Press, 1988.

Fletcher, G. *Romantics at War- Glory and Guilt in The Age of Terrorism*, Princeton University Press, 2002.

_____, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998.

Gerstenblith, P. *Art, Cultural Heritage, and the Law : Cases and Materials*

(3rd ed.), Carolina Academic Press, 2012.

Greets, C. *The Interpretation of Cultures: selected essays*, Basic Books, 1973,

Hart, H. L. *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, 1963.

Hefendehl, R. *Kollective Rechtsgüter im Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, 2002.

Husak, D. *Overcriminalization*, Oxford University Press, 2007.

Kleinig, J. *Paternalism*, Manchester University Press, 1983.

Lemkin, R. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation Analysis of Government, Proposals for Redress* (2nd Ed.), the Law Book Exchange, 2008.

Norbert, E. *The Germans : power struggles and the development of habitus in the nineteenth and twentieth centuries*, Polity Press, 1996.

Prott, L. V. & O'Keefe P. *National Legal Control of Illicit Traffic in cultural Property*, UnescoDoc. Clt - 83/ws/16, 1983

Peršak, N. *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its limits and Continental Counterparts*, Springer, 2007.

Sax, J. L. *Playing Darts With Rembrandt : Public and Private Rights in Cultural Trasures*, University of Michigan Press, 2001.

Scanlon, T. *The Difficulty of Tolerance : Essays in Political Philosophy*, Cambridge University Press, 2003.

Simester A. P. & von Hirsch A. *Harm and culpability*, Oxford University Press, 1996.

von Hirsch, A. *Censure and Sanction*, Clarendon Press, 2003.

Williams, S. A. *The international and national protection of movable cultural property*, Oceana Publications, 1978.

根木 昭, 文化行政の發展, 水曜社, 2005.

2. 논문

국내 논문

강수경, “문화행정에서의 행정행위 -문화재보호법 규정을 중심으로-” 원광법학 제28권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2012.

강수진, “부동산 이중매매를 배임죄로 처벌하는 것은 타당한가?: 배임죄 불성립론에 대한 검토를 중심으로,” 형사법의 신동향 제49호, 대검찰청, 2015.

_____, “공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계,” 형사법의 신동향 제37호, 대검찰청, 2012.

권정임, “생태문화의 창출과 비전: 맑스와 윌리엄스에 대한 비판과 변형,” 사회와 철학 제16호, 사회와철학연구회, 2008.

김대환, “비례성원칙의 심사강도 - 비교법적 검토를 포함하여 -” 헌법학연구 제18권 제2호, 한국헌법학회, 2012.

김민동, “이탈리아 문화재 및 경관재법에서의 ‘문화재’ 개념,” 일감법학 제33호, 건국대학교 법학연구소, 2016.

김봉철, “행정행위의 명확성원칙에 관한 연구,” 공법연구 제43집 제3호, 2015.

김봉태・이인규, “행정법상 허가 등의 형법상 효력,” 법학연구 제35권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 1994.

김성룡, “법익론의 현황,” 법학논총 제35집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015.

김성수, “인간존엄과 행정법,” 공법연구 제43집 제1호, 한국공법학회, 2014.

김성은, “행정종속성과 형법적 환경보호,” 강원법학 제35권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012.

김수갑, “우리나라에서의 문화재보호정책의 현황 및 개선방향,” 법학연구 제7권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 1995.

_____, “한국헌법에서의 『문화국가』조항의 법적 성격과 의의,” 공법연구 제32집 제3호, 한국공법학회, 2014.

김영환, “법과 도덕의 관계 - 특히 한국형법을 중심으로,” 법학논총 제24권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2008.

김재희・박광민, “양형에 있어서 피해자의 역할,” 성균관법학 제20권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2008.

김종엽, “문화 개념의 역사적 변동과 지형: 문화연구의 지향점 재검토를 위하여,” 동향과전망 통권 72호, 한국사회과학연구회, 2008.

길준규, “문화재의 개념과 그 구성요건,” 공법연구 제30편 제1호, 한국공법학회, 2001.

김춘환, “문화재보호법에 있어서의 문화재보호,” 토지공법연구 제38집, 한국토지공법학회, 2007.

김현주, “무력충돌 시 문화재 보호에 관한 헤이그협약의 제정 배경과 발전,” 인도법연구 제33호, 대한적십자사 인도법연구소, 2013.

문재완, “위헌심사기준으로 과도한 광범성의 원칙,” 헌법학연구 제21권 제3호, 한국헌법학회, 2015.

박광현, “형사특별법으로부터 형법의 복원,” 서울대학교 법학 제53권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2012.

_____, “형법의 독자성과 민사법과의 법질서 통일성 관점에서 바라 본 학제 간 고찰,” 서울법학 제20권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2012.

박균성, “문화에 관한 국가의 개입과 지원,” 법학논총 제30권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2006.

박기석, “문화재범죄의 실태와 대책,” 형사정책 제16권 제2호, 한국형사정책학회, 2004.

박정호, “마르셀 모스의 『증여론』- 증여의 사회학적 본질과 기능 그리고 호혜성의 원리에 대하여,” 문화와 사회 제7권, 한국문화사회학회, 2009.

서을오, “인문학으로서의 법학: 체계적 사고와 문제 중심적 사고의 간격,” 법철학연구 제9권 제1호, 한국법철학회, 2006.

성기용, “명확성원칙에 관한 소고,” 법학논집 제16권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2011.

성 왕, “문화재보호법 제81조 제4항 등 위헌확인-사법상의 보유권한을 불문한 도굴문화재 보유·보관 행위의 처벌과 재산권의 제한,” 헌법재판소결정해설집, 2007.

손진상, “문화재보호법의 문제점과 개선방안,” 안암법학 제23권, 안암법학회, 2006.

송인범, “우리나라 문화재정책의 현황과 과제,” 백제문화 제40집, 공주대학교 백제문화연구소, 2009.

신동일, “생명공학의 형법적 한계,” 형사정책연구 제47호, 한국형사정책연구원, 2001.

심광현, “문화사회를 위한 문화 개념의 재구성,” 문화과학 통권 제38호, 문화과학사, 2004.

심세광, “미셸 푸코에 있어서 역사·진실·픽션,” 역사연구 제12호, 역사학연구소, 2003.

심재무, “행정법상 허가의 형법적 효력,” 비교형사법연구 제4권 제2호, 한국비교형사법학회, 2002.

안동준, “법익론의 생성, 발전과 변환,” 법학논총 제27집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2008.

안영길, “‘書畵同源論’의 형성과 그 의미 고찰,” 미술사학보 제21호, 미술사학연구회, 2004.

양종희, “사회이론에 있어서 문화의 위치: 문화와 사회구조 및 문화와 행위의 관계,” 한국사회학 제28집, 한국사회학회, 1994.

양천수, “인격적 법익론 - 의미와 한계 그리고 재구성 가능성 -” 성균관법학 제21권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2009.

오병선, “자유제한의 원리와 도덕의 법적강제,” 서강법학연구 제3권, 서강대학교 법학연구소, 2001.

_____, “밀의 자유론과 해악의 원리,” 수행인문학 제36집, 한양대학교 수행인문학연구소, 2006.

윤영철, “형사입법론으로서 형법의 최후수단성원칙에 대한 고찰,” 형사정책 제13권 제2호, 한국형사정책학회, 2001.

윤재왕, “‘포섭/배제’-새로운 법개념? 아감벤 읽기 I,” 고려법학 제56호, 고려대학교 법학연구원, 2010.

은숭표, “형법의 규준으로서의 행정법 - 사법과 형법의 규준으로서의 행정법(II) -” 토지공법연구 제45집, 한국토지공법학회, 2009.

이근우, “‘행정형법’ 개념의 현재적 의미,” 경남법학 제26집, 경남대학교 법학연구소, 2010.

이기철, “헌법재판소는 비례의 원칙에 목적의 정당성을 포함시켜도 좋은가?” 공법연구 제35권 제1호, 한국공법학회, 2006.

이덕인, “문화유산의 불법유출 방지와 보호규범에 대한 비판적 고찰,” 동아법학 제54호, 동아대학교 법학연구소, 2012.

이민열, “목적의 정당성을 비례 원칙에 포함해야하는 근거와 그 역할,” 법조 제

65권 제4호, 법조협회, 2016.

이봉의・전종익, “독점규제법 제3조의2 제1항 제5호 후단 “소비자이익 저해행위“ 금지의 위헌성 판단 : 명확성의 원칙을 중심으로,” 서울대학교 법학 제49권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2008.

이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙,” 헌법학연구 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007.

이용식, “형법에 있어서 인권보호- 형법의 체계론적 검토를 중심으로 -” 형사정책 제14권 제1호, 한국형사정책학회, 2002.

_____, “비례성 원칙을 통해 본 형법과 헌법의 관계,” 형사법연구 제25호, 한국형사법학회, 2006.

이우영, “미국의 위헌심사기준으로서의 “이중 기준”,” 서울대학교 법학 제50권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2009.

_____, “미국 위헌법률심사기준의 정립 과정에서 우월적 지위 이론,” 공법학연구 제12권 제4호, 한국비교공법학회, 2011.

이준일, “헌법상 비례성원칙,” 공법연구 제37집 제4호, 한국공법학회, 2009.

이철, “종교사회학적 관점에서 본 새로운 문화담론: 감정의 문화사회학을 중심으로,” 기독교사회윤리 제20집, 한국기독교사회윤리학회, 2010.

임미원, “법의 자기정당화의 위기 - 아감벤의 칸트 법개념 비판을 중심으로 -” 법학논총 제27권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2010.

임승빈, “문화 및 문화재 행정의 개혁의 원칙과 방향,” 한국행정학회 하계학술대회, 한국행정학회, 2012.

임웅, “형법상 명확성의 원칙,” 성균관법학 제16권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2004.

임지봉, “미국헌법상 표현의 자유 법리가 한국헌법에 미친 영향,” 미국헌법연구 제24권 제2호, 미국헌법학회, 2013.

정극원, “헌법재판과 명확성의 원칙,” 공법학연구 제15권 제1호, 한국비교공법학회, 2014.

정극원, “국가목적규정에 관한 일고찰,” 공법학연구 제4권 제2호, 한국비교공법학회, 2003.

정상우, “문화재보호법의 편제 개편 및 분법화 경향 연구 : 동아시아 비교를 중심으로,” 토지공법연구 제53집, 한국토지공법학회, 2011.

정태호, “헌법재판의 한계에 관한 고찰-입법형성의 여지를 규정하는 요인들에 대한 분석을 중심으로-” 공법연구 제30집 제1호, 한국공법학회, 2001.

조병선, “환경형법을 계기로 새로이 전개된 형법해석학적 이론들,” 청주법학 제6권, 청주대학교 법학과, 1992.

조홍식, “環境法 素描 : 環境法의 原理,實際,方法論에 관한 實驗的 考察,” 서울대학교 법학 제111권, 서울대학교 법학연구소, 1999.

지성수, “위임입법에 있어서의 명확성 원칙 -헌법재판소 결정에서 나타난 문제점을 중심으로-” 헌법재판소, 헌법논총 제15집, 2004.

최민영, “간통죄 규정을 통해 본 문화적 정체성 보호와 형법,” 성균관법학 제24권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2012.

최치원, “막스 베버의 문화개념과 합리주의개념 해석: 독일 학문사와 학문이론의 전개를 중심으로,” 정치사상연구 제8집, 한국정치사상학회, 2003.

하태훈, “21세기 한국 형사법학의 과제와 전망 - 정보사회, 위험사회, 통일한국의 형법의 과제와 임무 -” 안암법학 제13호, 안암법학회, 2001.

_____, “형법학원론에 대한 서평,” 심온 김일수교수 화갑기념 논문집, 한국형법학의 새로운 지평, 박영사, 2006.

_____, “결함제조물로 인한 법익침해와 그 형사책임,” 형사법연구 제17권, 한국형사법학회, 2002.

_____, “법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제 -최근 형사 관련법 개정경향

을 중심으로-” 고려법학 제62호, 고려대학교 법학연구원, 2011.

_____, “명확성의 원칙과 일반교통방해죄(형법 제185조)의 예시적 입법형식,” 형사법연구 제26권 제2호, 한국형사법학회, 2014.

한수웅, “본질성이론과 입법위임의 명확성원칙,” 헌법재판소, 법학논총 제14집, 2003.

_____, “헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위,” 저스티스 통권 제95호, 한국법학원, 2006.

홍영기, “국가권력의 한계, 어디에서 비롯되는가,” 법철학연구 제8권 제1호, 한국법철학회, 2005.

홍준형, “행정법상 불확정법 개념과 판단여지의 한계 - 최근 독일에서의 판례 및 이론 동향을 중심으로 -” 행정논총 제33권 제1호, 서울대학교 한국행정연구소, 1995.

번역 논문

Hefendehl, R. 저/ 전현욱・임석순 역, “법익과 범죄구조의 실질화,” 영남법학 제25호, 영남대학교 법학연구소, 2007.

Hirsch, H. J. 저/하태훈 역, “새로운 범죄유형(특히 환경범죄)에 대한 투쟁수단으로서의 형법,” 형사법연구 제7호, 한국형사법학회, 1994.

스테커, R. 저/ 김정현 역, “예술의 정의,” in 미학의 모든 것 I (레빈슨, R. 편 / 김주현・김정현・신현주 역), 북코리아, 2013

외국 논문

Allen, F. A. “Decline of the Rehabilitative Ideal in American Criminal Justice,” Cleveland State Law Review Vol. 27 Issue 2 , 1978.

Amos, K. “The Overall Function of International Criminal Law: Striking

the Right Balance Between the Rechtsgut and the Harm Principles," Criminal Law and Philosophy Vol.9, 2015.

Bork, R. "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," Indiana Law Journal Vol.47 Issue 1, 1971.

Bottke, W. "Roma locuta causa Finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes," in *In dubio pro libertate : Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburstag* (Hassemer, W. & Kempf, E. & Moccia, E. eds.), C.H. Beck, 2009.

Brodie, N. "The Market in Iraqi antiquities 1980-2008," *Organized Crime in Art and Antiquities*, ISPAC, 2009.

Coombe, R. J. "The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy," Canadian Journal of Law and Jurisprudence Vol.6 Issue2, 1993.

Damaška, M. R. "What is the Point of International Criminal Justice?" Chicago-Kent Law Review Vol.83, 2008.

Duboff, L. D. "Changing Art Customs: Removing the Tariff Barriers," Columbia -VLA Journal of Law & Arts Vol.10, 1985.

Elshtain, J. B. "Responses to Clark and Corcoran," Rhetoric & Public Affairs Vol.3 Issue 4, 2000.

Feinberg, J. "Legal Paternalism," Canadian Journal of Philosophy Vol.1, University of Calgary Press, 1971.

Habermas, J. "Concepts of Modernity, in *The Postnational Constellation : Political Essays* (Pensky, M. eds.), MIT Press, 2001.

Harding, S. "Justifying Repatriation of Native American Cultural Property," Indiana Law Journal Vol.72 Issue 3, 1997.

_____, "Value, Obligation and Cultural Heritage," Arizona State Law Journal Vol.3 Issue 2, 1999.

Hart, H. L. "Social Solidarity and the Enforcement of Morality," University of Chicago Law Review Vol.35, 1967.

Hassemer, W. "The Harm Principle and the Protection of 'Legal Goods' (Rechtsgüterschutz): a German Perspective," in *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch* (Simester & Neumann & Bois-Pedain eds.), Bloomsbury Publishing, 2014.

Herscher, E. "International Control Efforts: Are There Any Good Solutions?" in *The Ethics of Collecting Cultural Property* (2nd ed.) (Messenger, Phyllis M. eds.), University of New Mexico Press, 1999.

Heyman, S. J. "Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression," Boston University Law Review, Vol. 78, No. 5, 1998.

Husak, D. N. "Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Law," in *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part* (Shute, S. & Simester, A. P. eds.), Oxford University Press, 2002.

Hutt, S. "Cultural Property Law Theory : A Comparative Assessment of Contemporary Thought," in *Legal Perspectives On Cultural Reseouces* (Richman J. R. & Forsyth M.P. eds.), Altamira Press, 2004.

Jareborg, N. "Criminalization as Last Resort(Ultima Ratio)," Ohio State Journal of Criminal Law, Vol.2 Issue 2, 2004.

Johnson, P. E. "MORRIS, NORVAL, Madness and The Criminal Law (Book Review)," The University of Chicago Law Review, Vol. 50 Issue

4, 1983.

Lalive, P. "The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects," in The Conference "Governance of Cultural Property: Preservation and Recovery," Basel, Swaitzerland, 2009.

Manacorda, S. "Criminal Law Protection of Cultural Heritage: An International Perspective," in *Crime in the Art and Antiquities World* (Stefano Manacorda & Duncan Chappell eds.), Springer, 2011.

Massy, L. "The Antiquity Art Market: Between Legality and Illegality," International Journal of Social Economy, Vol.35 No.10, 2008.

Mckay, R. "The Preference for Freedom," New York University Law Review Vol.34, 1959.

Merryman J. H. "The Public Interest in Cultural Property," California Law Review Vol.77 No.2, 1989.

Moustakas, J. "Group Rights in Cultural Property: Justifying Stirict Inalienability," Note, Cornell Law Review Vol.74, 1989

Prott, L. V. & O'Keefe, P. " 'Cultural Heritage' or 'Cultural Property' ?" International Journal of Cultural Property Vol.1 Issue 2, 1992.

Simester A. P. & von Hirsch A. "Rethinking the Offense Principle," Legal Theory Vol.8 Issue 3, 2002.

Simester A. P. & Smith A. T. H. "Criminalization and the Role of Theory," in *Harm and Culpability* (Simester A. P. & Smith A. T. H. eds.), Clarendon Press, 2003.

von Hirsch, A. & Jareborg, N. "Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis," Oxford Journal of Legal Studies Vol.11 No.1, 1991.

von Hirsch, A. “Extending the Harm Principle: ‘Remote’ Harms and fair Imputation,” in *Harm and Culpability* (Simester A. P. & Smith A. T. H. eds.), Clarendon Press, 2003.

Welzel H. “Über den substantiellen Begriff des Strafgesetz,” in *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, de Gruyter, 1975.

梅崎進哉, “個人の保護と社會法益の構造,” 刑法雜誌 Vol.35 Issue 2, 日本刑法學會, 1996.

ABSTRACT

Study on Criminal Protection of Cultural Heritage

Rhie, Yuh-kyoung

Department of Law

The Graduate School of Korea University

Directed by Prof. Dr. Ha, Tae-Hoon

Before imposing criminal guilt, it is very important to subdivide sections of society and vary the degree of intervention of criminal law according to the characteristics of their respective fields. There are two reasons for choosing cultural heritage as my research agenda: the academic reason is that it is not desirable that culture becomes strongly subject to criminal law; the practical reason is that the punishment imposed by Cultural Heritage Protection Act is overly harsh, since South Korea is presently confronted with various conflicts between nations on the return and maintenance of its cultural heritage. However, the punishment must always fit the crime. Hence, a need arises to find the legal basis and set firm limits of the punishment on cultural heritage crimes.

While the civil law and penal regulations on crimes against property protect the market value of the object, the Cultural Heritage Protection Act concerns the value of sentiment. Traditional theories of legal interests protected by criminal law(*Rechtgut*) either have disregarded the de facto meaning of the value of sentiment as a ground for criminal legislation or have deemed it just a part of social ethics(*Sozial - ethischen Werts*), whose criminal protection almost the whole liberal criminal scholars have assumed to be refrained.

Nevertheless, Feinberg adopted an empirical approach to criminal legislation and revealed how the value of sentiment works, and then succeeded in distinguishing sentiment from morality or from social ethics. Feinberg's offense principle, which examines the possibility of the value of sentiment as a ground for criminalization, has been evolved by von Hirsch. von Hirsch proposes a hypothesis that the infringement of one's sentiment can be protected by criminal law, in case that it weighs as much as harm.

To materialize the theories of Feinberg and von Hirsch, the realm of value of sentiment is categorized according to types of agents: individual and associative agent. Like racist comments, criminal law can protect individual sentiment, only when in spite of constitutional decision, the unconstitutional atmosphere prevails throughout, so the victim can not avoid the offensive behavior or comments. Meanwhile, the sentiment of an associative agent - indissociable group – basically can not be protected by criminal law. However, like cultural heritage, the associative sentiment can be the criminal legal interest, if the three conditions below are fulfilled; It should be in the line with the constitution; Government

should enhance publicity on specific issues directly or indirectly in the *public sphere*; Via the *public sphere*, the value of sentiment on the specific object should be approved by society members.

The provision of Article 2 [Definitions] provides some clues about whether a specific object may fall under the protection of criminal law as cultural heritage. However, it is not enough for ordinary people, since it abuses the form of legislative delegation, especially when it comes to not-designated cultural heritage. Another problem is that the provision of Article 90 [Crime of Exportation, etc. without Permission] outlaws the owner's exportation of his own not-designated cultural heritage, even though no procedures to confirm the value of an object are not in place at all before the owner goes through customs.

After a critical review on the decisions of the Constitutional Court about these provisions, the process of examination for the Void for Vagueness Doctrine is phrased into three stages: delegating provisions, the way of delegating, and delegated provisions. In addition, the Cultural Heritage Protection Act has issues with the subordination of criminal law to administration, and therefore it is needed to examine the vagueness of administrative act – permission on the Article 90 -. The Principle of Proportionality(*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) also plays an important role for limitation of criminal intervention. The statutory punishment should not be against the Principle of Proportionality in order that the special protection of criminal law on value of sentiment about cultural heritage be justified. For the detailed comparison of the severity of crimes against value of sentiment with other legal interests, Living Standard of von Hirsch is introduced into my analysis. According to this

standard, the punishment for cultural heritage crimes can not be stronger than that of robbery or injury, except in the case that They are committed by crime syndicates or by cultural heritage experts.

All over the world, overcriminalization and severe punishment principles have been irresistible tools of politicians for decades. Criminal punishment has become a rite of intensification to pacify terrified crowds and to entrench state control. In order to overcome this status quo, it has been tried to categorize society according to the necessity of enforcing criminal law. Thus, the area of culture requires the public sphere to discuss an alternative to criminal law. The state should refrain from enforcing criminal law, especially in the area of culture. Concerning criminal law, maybe all laws, instrumental rationality and legitimacy are the essential virtues. However, in the area of culture (e.g. art, sports and cultural heritage) autonomy and freedom are the most urgent priorities. If criminal law is over-exercised in the area of culture, as Jürgen Harbermas says, the Life-world inspired by autonomous communication will be invaded and colonized.

Key Words : Cultural Heritage Protection Act, Value of Sentiment, Offense Principle, Harm Principle, Void for Vagueness Doctrine, Ban on Inclusive Delegated Legislation, the Principle of Proportionality, Living Standard