

유네스코협약 50주년 기념 학술심포지엄

---

# 1970년 유네스코협약의 어제와 오늘 그리고 미래

---

- 일 시 : 2020년 10월 22일(목) 10:00~17:00
- 주 최 : (사)한국국제사법학회 · 국제문화재법연구회 ·  
차세대 콘텐츠 재산학회 · 중앙법학연구소
- 후 원 : 문화재청 · 국외소재문화재재단 · 유네스코 한국위원회



## 유네스코협약 50주년 기념 학술심포지엄 프로그램

- **대주제** : 1970년 유네스코협약의 어제와 오늘 그리고 미래
- **일 시** : 2020. 10. 22일(목) 10:00~17:00
- **장 소** : 국립고궁박물관 본관 B1 강당
- **주 최** : (사)한국국제사법학회·국제문화재법연구회·  
차세대 콘텐츠 재산학회·중앙법학연구소
- **후 원** : 문화재청·국외소재문화재재단·유네스코 한국위원회
- **사 회** : 천창민 교수 (서울과학기술대 경영학과 (GTM전공))

10:00-10:05 **개회사**: 김성천 교수 (중앙법학연구소장, 중앙대 법학전문대학원)

10:05-10:15 **환영사**: 정재숙 문화재청장  
석광현 교수 (한국국제사법학회 회장, 서울대 법학전문대학원)

10:15-10:20 **축 사**: 최공웅 변호사 (초대 특허법원장)

---

### 기념촬영 (10:20-10:30)

---

#### 기조발제

10:30-10:50 **문화재의 국제적 불법거래 방지를 위한 한국의 노력과 역할**  
**발제자**: 석광현 (한국국제사법학회 회장, 서울대 법학전문대학원 교수)

10:50-11:10 **국내 불법 반입 몽골 공룡화석반환과 그 의미**  
**발제자**: 권순철 (SDG 법률사무소 변호사)

#### Session 1

**주제**: 국제법적 관점에서의 유네스코협약의 의의와 국제기구의 역할  
**좌장**: 최성수 (동아대 법학전문대학원 교수)

11:10-11:35 **1970년 유네스코협약의 채택배경과 국제법적 의의**  
**발제자**: 이근관 (서울대 법학전문대학원 교수)

11:35-12:00 **문화재 불법거래 방지에 관한 국제기구의 노력**  
**발제자**: 조동준 (서울대 정치외교학부 교수)

12:00-12:20: 패널토론

토론자: 장준혁 (성균관대 법학전문대학원 교수)

김병연 (문화재청 사무관)

---

오찬 (12:20-14:00)

---

Session 2

주제: 유네스코협약의 이행입법과 국외소재문화재 정책

좌장: 이영종 (가톨릭대 법학부 교수)

14:00-14:30 1970년 유네스코협약 이행입법과 관련된 국제사법적 쟁점

발제자: 이종혁 (한양대 법학전문대학원 교수)

14:30-15:00 1970년 유네스코협약 이행법제의 현황과 실무 - 문화재환수와 관련하여 -

발제자: 이규호 (중앙대 법학전문대학원 교수, 국제문화재법연구회 회장)

---

휴게 / Coffee & Tea Break (15:00-15:30)

---

15:30-16:00 문화재의 국제거래 관점에서 본 국외소재문화재 정책 검토

발제자: 서재권 (한국전통문화대학교 교수)

16:00-16:50 패널토론 및 종합토론

토론자: 천창민 (서울과학기술대 경영학과(GTM전공) 교수)

최승수 (법무법인 지평 변호사)

김인철 (상명대 지적재산권학과 교수)

16:50-17:00 폐회사

이규호 (국제문화재법연구회 회장, 중앙대 법학전문대학원 교수)

---

# Contents

---

## [ 기조발제 ]

|             |                                                                           |        |
|-------------|---------------------------------------------------------------------------|--------|
| <b>제1주제</b> | 문화재의 국제적 불법거래 방지를 위한 한국의 노력과 역할<br>발제자: 석광현 (한국국제사법학회 회장, 서울대 법학전문대학원 교수) | ... 1  |
| <b>제2주제</b> | 국내 불법 반입 몽골 공룡화석반환과 그 의미<br>발제자: 권순철 (SDG 법률사무소 변호사)                      | ... 45 |

## [ Session 1 ]

|             |                                                          |                    |
|-------------|----------------------------------------------------------|--------------------|
| <b>제1주제</b> | 1970년 유네스코협약의 채택배경과 국제법적 의의<br>발제자: 이근관 (서울대 법학전문대학원 교수) | ... 65             |
| <b>제2주제</b> | 문화재 불법거래 방지에 관한 국제기구의 노력<br>발제자: 조동준 (서울대 정치외교학부 교수)     | ... 99             |
| <b>패널토론</b> | 토론자: 장준혁 (성균관대 법학전문대학원 교수)<br>김병연 (문화재청 사무관)             | ... 113<br>... 121 |

## [ Session 2 ]

|             |                                                                                     |                               |
|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------|
| <b>제1주제</b> | 1970년 유네스코협약 이행입법과 관련된 국제사법적 쟁점<br>발제자: 이종혁 (한양대 법학전문대학원 교수)                        | ... 135                       |
| <b>제2주제</b> | 970년 유네스코협약 이행법제의 현황과 실무 - 문화재환수와 관련하여 -<br>발제자: 이규호 (중앙대 법학전문대학원 교수, 국제문화재법연구회 회장) | ... 159                       |
| <b>제3주제</b> | 문화재의 국제거래 관점에서 본 국외소재문화재 정책 검토<br>발제자: 서재권 (한국전통문화대학교 교수)                           | ... 179                       |
| <b>패널토론</b> | 토론자: 천창민 (서울과학기술대 경영학과(GTM전공) 교수)<br>최승수 (법무법인 지평 변호사)<br>김인철 (상명대 지적재산권학과 교수)      | ... 199<br>... 203<br>... 209 |



# 환 영 사

존경하는 정재숙 문화재청장님, 김성천 중앙법학연구소장님, 최공웅 초대 특허법원장님, 그리고 오늘 이 자리에 참석해주신 내외 귀빈 여러분 안녕하십니까. 저는 사단법인 한국국제사법학회 회장을 맡고 있는 석광현입니다.

주지하시는 바와 같이 1970. 11. 14. 유네스코에서 채택된 “문화재의 불법적인 반출입 및 소유권양도의 금지와 예방수단에 관한 협약”은, 문화재의 불법거래를 근절하기 위하여 문화재의 도난과 약탈을 방지하고 도난당한 문화재의 반환을 위한 국제적 틀을 제공하는 조약입니다. 최근까지 약 140개의 당사국이 있고, 우리나라에서도 1983년 발효되었습니다. 오늘 문화재청·국외소재문화재재단·유네스코 한국위원회의 후원 하에 국제사법학회가 국제문화재법연구회·차세대 콘텐츠 재산학회·중앙법학연구소와 함께 유네스코협약 50주년 기념 학술심포지엄을 개최하게 된 것은 대단히 기쁘고 영광스러운 일입니다.

한국국제사법학회는 1993년 설립된 이래 넓은 의미의 국제사법(國際私法)의 연구와 발전을 위하여 노력하고 있으며 국제문화재법연구회를 통하여 국제문화재법에 대한 연구를 지속하고 있습니다. 국제사법학회는 2009. 9. 5. 문화재청의 후원으로 1995년 유니드로와협약에 관한 세미나를 개최한 바 있습니다. 오늘 1970년 유네스코협약에 관하여 학술심포지엄을 개최하게 된 것은 국제문화재법에 대한 국제문화재법연구회와 국제사법학회의 지속적인 관심과 commitment를 보여주는 증거라고 생각합니다.

아무쯏록 유네스코협약의 50주년을 기념하는 오늘의 학술심포지엄이 일회성 행사로 끝나지 않고, 오늘의 논의를 계기로 대한민국이 협약 당사국으로서 국제적 의무를 충실히 이행함으로써 문화재의 국제적 보호라는 대의에 더 적극적으로 동참하고, 국내적으로도 이행상 미비점을 개선하는 계기가 될 것으로 믿습니다. 또한 한국의 유니드로와협약 가입도 전향적으로 검토하고, 국제 문화재·문화유산법에 대한 관심을 촉구하는 계기가 되기를 희망합니다. 국제사법학회도 국제 문화재·문화유산법에 대한 관심과 애정을 꾸준히 키워나갈 것을 다짐합니다.

마지막으로 오늘 학술심포지엄에서 발표, 토론 및 좌장을 맡아주신 선생님들과, 학술심포지엄의 준비를 위해 수고해 주신 관계자분들, 이 자리에 참여해주신 여러분, 특히 코로나로 인한 어려움 속에서도 직접 참석해주신 여러분께 거듭 감사의 말씀을 드리고, 여러분 모두 건강하시기를 진심으로 기원하면서 환영사에 갈음합니다. 감사합니다.

2020. 10. 22.

사단법인 한국국제사법학회

회장 석광현



기조발제

문화재의 국제적 불법거래 방지를 위한  
한국의 노력과 역할

석 광 현 교수  
(한국국제사법학회 회장,  
서울대 법학전문대학원 교수)



# 문화재의 국제적 불법거래 방지를 위한 한국의 노력과 역할

(1970년 유네스코협약 50주년 기념 기조발제)

2020년 10월 22일

서울대학교 법학전문대학원 교수 석광현

(khsuk@snu.ac.kr)

## 목 차

### I. 머리말

1. 1970년 유네스코협약 채택 50주년
2. 쟁점의 정리와 논의의 순서

### II. 문화재의 국제적 불법거래 방지를 위한 노력

1. 국제사회의 노력: 1970년 협약과 유니드로협약
2. 한국법의 상황

### III. 문화재보호제도와 관련된 1970년 협약의 규정과 한국의 이행

1. 1970년 협약의 개관
2. 문화재보호 국가기관 설립 및 문화재의 목록화 등 / 3. 국제적 공조
4. 문화재 보호에 관한 교육과 홍보 등 / 5. 1970년 협약의 미비점

### IV. 문화재의 불법거래 방지와 직접 관련된 1970년 협약의 규정과 한국의 이행 및 한국의 유네스코협약들의 이행방법의 정합성

1. 1970년 협약을 위반한 문화재 반입·반출 및 소유권양도의 불법성 선언
2. 문화재의 반출금지와 반출증명서 제도의 도입
3. 외국문화재의 불법 반입금지와 반환
4. 문화재보호법 제20조의 문제점과 개선방안
5. 문화재의 반출금지와 반입금지 위반에 대한 제재
6. 유네스코협약들의 이행방법의 정합성과 제19조·제20조의 편제의 문제점과 개선방안

### V. 한국에서 1970년 협약의 이행이 문제된 사례

1. 대마도에서 훔쳐 온 고려불상이 문제된 사건 / 2. 문화재보호법 제20조의 적용요건
3. 문화재보호법에 따른 한국 정부의 이 사건 불상 반환의무
4. 문화재보호법에 따른 한국 정부의 이 사건 불상 반환의무에 대한 예외

### VI. 1970년 협약을 보충하는 1995년 유니드로협약

1. 주요 내용 / 2. 문화재보호법 제20조는 유니드로협약을 고려한 것인가
3. 유니드로협약 가입의 문제

### VII. 1970년 협약 이외에 문화재의 불법거래 방지를 위한 한국의 노력과 역할

1. 문화재의 국제적 보호를 위한 다양한 실무적 노력
2. 유형문화재에 대한 국제물권법의 문제에 대한 관심

### VIII. 보호 대상에 관한 우리 문화재규범 간의 정합성

1. 현행법상 개념과 용어의 혼란상
2. 1970년 협약상 문화재의 개념과 문화재보호법 제20조의 외국문화재 개념의 관계
3. 문화재·문화유산의 개념: 문화재를 문화유산으로 대체할 것인가
4. 자연유산과 복합유산(또는 문화경관) 개념의 도입
5. 기념물 개념의 수정
6. 민속문화재 개념의 수정: 무형 민속문화재 개념의 도입
7. 무형문화재법상 무형문화유산 개념의 도입

### IX. 맺음말

## I. 머리말

### 1. 1970년 유네스코협약 채택 50주년<sup>1)</sup>

1970. 11. 14. 유네스코 총회에서 채택된 “문화재의 불법적인 반출입<sup>2)</sup> 및 소유권양도의 금지와 예방수단에 관한 협약(Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property)”(이하 “1970년 협약”이라 한다)<sup>3)</sup>은, 불법거래(illicit trafficking)를 근절하기 위하여 문화재의 도난과 약탈을 방지하고 도난당한 문화재의 반환을 위한 국제적 틀을 제공하는 협약으로 1972. 4. 24. 발효되었다. 1970년 협약은 평시<sup>4)</sup> 문화재 보호를 위한 최초의 국제법 문서이고 최근까지 약 140개의 당사국이 있는데, 한국에서는 1983. 5. 14. 조약 제809호로써 발효되었다. 여러 모로 부족한 필자가 1970년 협약의 50주년을 기념하여 오늘 “문화재의 국제적 불법거래 방지를 위한 한국의 노력과 역할”이라는 주제로 발표하는 것은 큰 영광이다.

### 2. 쟁점의 정리와 논의의 순서

여기에서는 아래의 논점들을 차례대로 논의한다.

첫째, 문화재의 국제적 불법거래 방지, 즉 국제적 불법거래로부터 문화재를 보호하기 위한 국제사회의 노력(Ⅱ.).<sup>5)</sup>

둘째, 문화재보호제도와 관련된 1970년 협약의 규정과 한국의 이행(Ⅲ.).<sup>6)</sup>

셋째, 문화재의 불법거래 방지와 직접 관련된 1970년 협약의 규정과 한국의 이행 및 한국의 유네스코협약들의 이행방법의 정합성(Ⅳ.).

넷째, 한국에서 1970년 협약의 이행이 문제된 사례(V.). 여기에서는 대마도에서 훔쳐온 고려 불상 사건을 언급한다.

다섯째, 문화재의 국제적 불법거래에 대처하는 수단인 1995년 유니드로협약(아래 정의함)(Ⅵ.). 한국은 1970년 협약을 이행하면서 그 범위를 확대함으로써 유니드로협약에 접근한 측면이 있으나 과연 그러한지와 그것이 적절한지를 언급한다.

여섯째, 1970년 협약 이외에 문화재의 불법거래 방지를 위하여 한국이 해야 할 노력과 역할(Ⅶ.). 여기에서는 문화재의 보호를 위한 국제사회의 다양한 실무적 노력<sup>7)</sup>과 유형문화

1) <https://en.unesco.org/news/celebrate-50-years-fight-against-illicit-trafficking-0> 참조.

2) 여기에서는 1970년 협약의 공식번역을 따라 문화재의 ‘반입·반출’이라 하나 ‘수입·수출’이 더 적절하다는 생각이 든다. 이 점은 아래(Ⅳ.3.다.)에서 논의하나, 이 글에서는 문맥에 반하지 않는 한 양자를 호환적으로 사용한다.

3) 1970년 협약의 상서는 Patrick J. O’Keefe, Commentary on the UNESCO 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, Second Edition (2007) 참조. 우리 문헌은 김형만, 문화재 반환과 국제법(2001), 97면 이하, 250면 이하; 서헌제·박찬호, 도난·불법반출 문화재에 관한 법리적 연구-1970년 UNESCO 협약, 1995년 UNDRIT 협약 및 주요체약국의 이행법을 중심으로-(한국법제연구원, 2007), 35면 이하; 송호영·김지현, 문화재환수관련 국내외 규범 및 제도의 운용과 개선방안에 관한 연구: 1970년 UNESCO협약과 1995년 UNIDROIT협약을 중심으로(2013), 70면 이하 참조. 2015년 채택된 1970년 협약의 운영지침(Operational Guidelines of the UNESCO 1970 Convention)도 있다.

4) 1954년 헤이그에서 채택된 “무력충돌 시 문화재 보호를 위한 협약(Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict)”과 의정서가 있으나 이는 평시의 것은 아니다.

5) 1970년 협약의 채택배경과 국제법적 의의에 관하여는 이근관 교수가 발표할 예정이다.

6) 1970년 협약 이행법제의 현황과 실무에 관하여는 이규호 교수가 발표할 예정이다.

7) 문화재 불법거래 방지에 관한 국제기구의 노력에 관하여는 조동준 교수가 발표할 예정이다.

재에 관한 국제물권법의 문제를 간단히 언급한다.<sup>8)</sup>

일곱째, 보호 대상인 문화재·문화유산 등의 개념에 관한 국내(문화재보호법)·국제(유네스코협약들) 문화재규범 간의 정합성 부족으로 따른 혼란과 개선방안을 언급한다. 1972년 “세계 문화유산 및 자연유산의 보호에 관한 협약”(이하 “세계유산협약”이라 한다)<sup>9)</sup>과 2003년 “무형문화유산의 보호를 위한 협약”(이하 “무형문화유산협약”이라 한다)<sup>10)</sup>이 한국에서 발효되었으나, 문화재보호법 제19조가 세계유산협약과 무형문화재보호협약을 단순히 언급하는 데 그칠 뿐이고, 전자의 ‘문화유산’과 ‘자연유산’, 후자의 ‘무형문화유산’이 문화재보호법과 무형문화재법상 자리를 잡지 못하고 있다. 이는 문화재의 국제적 불법거래 방지와 직접 관련된 것은 아니나 국제문화재법의 중요한 기본적인 논점이므로 언급한다.

1970년 협약의 문제점과 한국의 이행상황은 여러 번 논의되었고, 근자에 특기할 만한 조치는 없었던 것으로 보인다.<sup>11)</sup> 따라서 여기에서는 위 셋째의 논점을 중심으로 논의한다. 즉 ① 문화재의 불법거래 방지와 직접 관련된 논점으로서 문화재보호법 제20조를 중심으로 검토하고, ② 한국의 3개 유네스코협약들의 이행방법의 정합성, 즉 1970년 협약과 2003년 무형문화유산협약의 이행방법 간에 정합성이 있는지를 일별한다.

## II. 문화재의 국제적 불법거래 방지를 위한 노력

### 1. 국제사회의 노력: 1970년 협약과 유니드로협약 등

국제사회는 문화재의 국제적 불법거래를 방지하기 위하여 1970년 협약을 채택하였다. 기본적으로 ‘문화민족주의(cultural nationalism. 이를 ‘문화국가주의’라고도 번역한다)’<sup>12)</sup>에 입

8) 1970년 협약의 이행입법과 관련된 국제사법적 쟁점에 관하여는 이종혁 교수가 발표할 예정이다. 또한 6. 25. 도중에 도난당한 장렬왕후 어보 사건은 국외소재문화재의 환수 경로의 다양성을 보여주는 사례이다. 문화재의 국제거래 관점에서 본 국외소재문화재 정책 검토에 관하여는 서재권 교수가 발표할 예정이다.

9) 영문명칭은 “Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage”이고 약칭은 “World Heritage Convention”이다. 한국은 1988. 9. 14. 수락서를 기탁하였고 이는 조약 제966호로써 1988. 12. 14. 한국에서 발효되었다. 외교부의 공식번역문은 “세계문화유산 및 자연유산”이라고 하나, 세계는 자연유산에도 걸리므로 본문의 표현이 영문에 충실하다. 세계유산협약은 가장 성공적인 유네스코협약이라고 한다. 우리 자료는 이상해, “세계유산협약 가입 후 한국의 유산 및 문화 정책의 변화”, 2018년 5월 2일 개최된 유네스코 세계유산협약 가입 30주년 국제세미나 자료, 15면 이하 참조. 세계유산협약은 일반원칙을 담은 틀인 탓에 세부적인 규칙의 필요성이 일찍부터 인식되었고 이를 위하여 유네스코의 세계유산위원회는 협약의 실행을 위한 운영지침(Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention)(이하 “세계유산협약 운영지침”이라 한다)을 채택하였다. 여기에서 인용하는 운영지침은 2017년판이다.

10) 영문명칭은 “Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage”이다. 한국은 2005. 2. 9. 수락서를 기탁하였고 이는 조약 제1775호로써 2006. 4. 20. 한국에서 발효되었다. 위 협약을 위한 운영지침(Operational Directives for the implementation of the Convention for the Safeguarding of the Intangible Heritage)도 있다. 동 협약에 관하여는 우선 Janet Blake, Commentary on the UNESCO 2003 convention on the safeguarding of the intangible cultural heritage (2006) 참조.

11) 다만 2016년 문화재보호법 제39조 제2항이 개정됨으로써, 문화재의 국외 반출허가를 받고자 하는 경우 국민 편의 차원에서 반출 예정일 5개월 전에 관세청장이 운영·관리하는 전산 시스템을 통하여 문화체육관광부령으로 정하는 반출허가신청서를 문화재청장에게 제출하도록 한다.

12) 이는 문화재를 특정국의 문화유산(national cultural heritage)의 일부로 바라보는 시각으로

각한 1970년 협약(제7조 b항 제ii호)<sup>13)</sup>은 출처 당사국<sup>14)</sup>(the State Party of origin)의 요청에 따라 다른 당사국이 동 협약의 발효 후에 자국으로 반입된 문화재의 회수 및 반환에 관한 적절한 조치를 취할 것을 요구한다. 1970년 협약의 연장선상에서 ‘사법(私法)통일을 위한 국제협회(UNIDROIT)’는 1995년 “도난 또는 불법반출된 문화재에 관한 협약(Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects)”(이하 “유니드로와협약”이라 한다)<sup>15)</sup>을 채택하였다.

1970년 협약은 행정절차와 국가의 행위를 통하여 문화재의 불법거래에 대처하나, 이는 각 당사국이 문화재로 “특별히 지정할 것”<sup>16)</sup>에 한정하므로 아직 발견되지 않았거나 발굴되지 않은 문화재는 보호되지 않는다. 일반적으로 문화재의 정의와 분류방법은 열거방법, 범주방법(또는 개괄적 지정방법)과 유형별 등록방법(또는 특별지정방법)으로 분류하는데, 1970년 협약은 제1조에서 일반적 정의를 두면서도 그에 열거한 유형에 포함될 것을 요구함으로써 범주방법과 열거방법을 결합한다.<sup>17)</sup>

한편 유니드로와협약은 보호 대상의 지정과 국가의 간섭 없이, 도난당한 개인에게 도난문화재의 회복청구권을 인정하고(제2장), 불법반출된 문화재의 출처국 또는 기원국에 반환청구권을 인정함으로써 직접 법원에 접근할 수 있는 권리를 부여한다(제3장). 문화재의 국제적 불법거래를 근절한다는 목적에서 양자는 상호 보완관계에 있다.<sup>18)</sup> 뒤집어 말하면 유니

---

‘문화국제주의(cultural internationalism)’와 대비되는데, 후자는 문화재를 인류공동 문화의 소산으로 보아 특정국의 이해를 초월해야 한다고 본다. 서헌제·박찬호(註 3), 36-37면. 흔히 1954년 헤이그 문화재협약은 국제주의에 입각한 것이라고 설명한다. John Henry Merryman, “Two Ways of Thinking About Cultural Property”, 80 Am. J. Int’l L. 831 (1986) 참조. 이는 John Henry Merryman, Thinking about the Elgin Marbles: Critical Essays on Cultural Property, Art and Law, Second Edition (2009), pp. 82-107에도 수록되었다(기타 문헌은 Lyndel V. Prott, Commentary on the UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects 1995 (1997), p. 20, Fn. 8 참조). 위 Prott, p. 19는 유니드로와협약은 문화국제주의와 문화민족주의(또는 보유주의)의 대립을 배척한다고 한다.

13) 항과 호의 표기는 공식번역문에 따른 것이다.

14) 이는 공식번역문을 따른 것이나 ‘출처국인 당사국’ 또는 ‘기원국인 당사국’이라고 번역할 수도 있다. 간단히는 ‘state of origin’ 즉 ‘기원국’, ‘원천국’ 또는 ‘출처국’이라고도 부른다. 문화재보호법(제20조)은 이를 “반출국”이라고 한다.

15) 한국은 아직 가입하지 않았으나 이는 1998. 7. 1. 발효되었고 최근까지 48개국의 당사국이 있다. 주로 기원국들이 가입하였고 유네스코협약과 달리 시장지국들의 가입은 아직 저조하다. 이는 아래 언급하듯이 유니드로와협약은 자기집행적 조약이므로 발효되면 전면 적용되고 국내 이행법률로써 그 내용을 수정할 수 없는 탓이기도 하다. 유니드로와협약의 상제는 석광현·이규호, “「1995년 UNIDROIT협약」 가입 영향 검토 및 국내법 개정안 연구”, 국외소재문화재재단 정책연구-2015-002 (2015); 이근관, “유니드로와협약 가입을 위한 국내법 개정방향 연구 최종결과보고서”(2007. 12), 15면 이하 참조.

16) 참고로 우리 문화재보호법(제2조 제3항)도 지정문화재 제도를 두고 있는데, 1970년 협약상 특별지정은 그러한 국내법상의 문화재지정이 아니라 1970년 협약 목적상의 특별지정이라는 견해(송호영·김지현(註 3), 104면)도 있다. 그러나 동의하지 않는다. 송호영, “누가 「고려불상」을 소유하는가?” 한양대학교 법학논총 제36집 제1호(2019. 3.), 294면도 동지. 즉 일본국이 특별히 국제적 맥락에서 지정할 필요는 없고 일본 내에서 문화재로 지정하여 보호하는 대상이면 족하다고 한다. 그 지정방법은 다양할 수 있다. O’Keefe(註 3), p. 36 이하는 각 당사국이 고고학, 선사학, 역사학 등의 이유로 중요하다고 보아 문화재로 지정하면 족함을(즉 전자의 의미로) 당연한 전제로 하는 것으로 이해된다.

17) 서헌제·박찬호(註 3), 38면 이하; Irini A. Stamatoudi, Cultural Property Law and Restitution: A Commentary to International Conventions and European Union Law (Ihc Series in Heritage Management, 2011), p. 37 이하 참조.

드로와협약은 1970년 협약의 미비점을 보여준다.

일반적으로 1970년 협약은 불법거래의 예방과 도난문화재의 반환에 주력하는 데 반하여, 유니드로와협약은 도난, 불법반출된 문화재의 환수에 초점을 맞추고 도난문화재의 회복청구와 불법반출문화재의 반환청구를 위한 통일규칙과 조건을 규정하고 있다고 설명한다.<sup>18)</sup> 1970년 협약은 ‘자기집행적 조약(self-executing treaty)’이 아니므로 이행입법에 의하여 일부만 이행할 여지가 있음에 반하여, 유니드로와협약은 자기집행적 조약이므로<sup>20)</sup> 발효되면 전면 적용되고 별도의 이행입법이 불필요하며 국내 이행법률로써 그 내용을 수정할 수도 없다.<sup>21)</sup> 그러나 유니드로와협약도 전문적인 문화재 거래상들이 국제물권법원칙인 소재지법주의를 이용하여 문화재를 매매 내지 세탁하는 것을 완전히 차단할 수는 없다.<sup>22)</sup>

그 밖에도 문화재의 불법거래를 방지하기 위한 다양한 국제적 노력이 경주되고 있다. 예컨대 문화재 반환을 촉진하기 위하여 정부간위원회(ICPRCP)<sup>23)</sup>가 1978년 구성되었고 한국도 참여하고 있다. 이는 특히 1970년 협약이 적용되지 않는 문화재의 기원국 반환을 촉진하고자 관련 당사국 간의 양자 협상과 합의의 성립을 촉진하기 위하여 구성된 것으로 독립된 상설적인 정부간 기구이다.<sup>24)</sup>

근자의 EU·UNESCO의 자료는 다양한 실제적 수단을 소개한다.<sup>25)</sup> 그 중에는 유네스코 차원의 도구와 기타 국제기구 또는 단체들이 제공하는 수단들이 있는데 이는 아래(VII.1.)에서 간단히 소개한다.

## 2. 한국법의 상황

세계의 많은 국가들은 문화재보호를 위한 법률을 가지고 있다. 한국도 문화재를 보존하여 민족문화를 계승하고 이를 활용할 수 있도록 함으로써 국민의 문화적 향상을 도모함과 아울러 인류문화의 발전에 기여함을 목적으로 하는 문화재보호법<sup>26)</sup><sup>27)</sup>을 가지고 있다. 문화재의

18) 양자의 비교는 Lyndel V. Prott, “Unesco and Unidroit: a Partnership against Trafficking an Cultural Objects”, 1 Unif. L. Rev. 59, 61 *et seq.* (1996); UNESCO Information Note, 24 June 2005, CLT-2005/Conf/803/2.<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001399/139969E.pdf>; 이동기, “문화재환수협약의 성립경위와 현황 - 유네스코 협약과의 관계를 포함하여 -”, 국제사법연구, 제15호(2009. 12.), 178면 이하 참조.

19) UNESCO Information Note(註 18), p. 3; 서헌제·박찬호(註 3), 139면.

20) 이근관(註 15), 80면; Alice Halsdorfer, “Sollte Deutschland dem Unidroit-kulturgut-Übereinkommen, 1995 beitreten?”, *IPRax* (2009), S. 308; Bettina Thorn, Internationaler Kulturgüterschutz nach der UNIDROIT-Konvention (2005), S. 97f. 전자에 관하여는 O’Keefe(註 3), p. 42도 이를 명시한다.

21) 헌법에 의해 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가지므로(헌법 제6조 제1항) 한국이 유니드로와협약에 가입하면 당사국 간에서 유니드로와협약은 국내법과 같은 효력을 가지고, 한국의 민법, 국제사법과 문화재보호법에 대한 특별법으로서 그에 우선하여 적용될 것이다.

22) Janeen M. Carruthers, *The Transfer of Property in the Conflict of Laws* (2005), para. 5.29.

23) 정식명칭은 “Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation(불법이전문화재 반환촉진 정부간위원회)”라고 한다. 유네스코는 1978년 총회결의를 통하여 ICPRCP를 구성하였다. 이동기(註 18), 173면 이하 참조.

24) <https://en.unesco.org/fighttrafficking/icprcp> 참조.

25) EU·UNESCO, *Fighting the Illicit Trafficking of Cultural Property: A Toolkit for European Judiciary and Law Enforcement* (2018), p. 85 이하.

26) 우리 문화재보호법은 1962년 당시 일본 문화재보호법을 기초로 제정된 것이다. 일본 문화재

보호는 ‘문화국가원리’를 추구하는 헌법(前文, 제9조와 제69조 등)에 근거한 것이다. 문화재 보호법(제39조 제1항)은 국보, 보물, 천연기념물 또는 국가민속문화재(과거 중요 민속문화재)의 국외 수출 또는 반출을 금지한다. 또한 위에서 본 것처럼 한국은 세계유산협약과 무형문화유산협약에도 가입하였다.

종래 한국에서 문화재 보호가 특별한 의미를 가지는 것은, 특히 조선 말기에 프랑스에, 그리고 조선 말기와 일제강점기를 거치면서 일본에 약탈당한 문화재를 환수<sup>28)</sup>하지 못하고 있기 때문이다. 따라서 한국에서 “문화재의 국제적 보호”는 주로 ‘약탈문화재의 환수’의 문제였기에 국제법(또는 국제공법)의 문제로 인식되었다. 그러나 장래에는 1970년 협약과 유니드로와협약이 규율하는 ‘문화재의 국제적 불법거래 방지’ 또는 ‘문화재의 국제적 불법거래로부터의 보호’가 중요한 의미를 가지게 될 것이다.<sup>29)</sup> 한국이 유니드로와협약에 가입하지 않은 현재로서는 1970년 협약과 문화재보호법은 물론이고, 국제사법 및 국제행정법(또는 섭외공법) 등이 중요한 역할을 담당한다.<sup>30)</sup>

### III. 문화재보호제도와 관련된 1970년 협약의 규정과 한국의 이행

#### 1. 1970년 협약의 개관<sup>31)</sup>

보호법은 1950년 제정되었는데, 이는 과거 3개의 법률, 즉 국보보존법, 사적명승천연기념물 보존법 내지 중요미술품 등의 보존에 관한 법률을 집대성한 종합입법이다. [https:// www.mext.go.jp/b\\_menu/hakusho/html/others/detail/1317870.htm](https://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/html/others/detail/1317870.htm) 참조.

- 27) 종래 문화재에 관하여 문화재보호법이 기본적(또는 총괄적) 법률로서 역할을 하였지만, 근자에는 문화재 행정의 전문화·고도화에 수반하여 분법이 이루어지고 있고(2009년 문화재보호기금법, 2010년 매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률, 2010년 문화재수리 등에 관한 법률, 2015년 무형문화재 보전 및 진흥에 관한 법률(무형문화재법)과 2004년 고도 보존 및 육성에 관한 특별법(고도육성법) 등), 문화재에 대한 국민적 관심의 증가 등 문화재 법령의 입법 수요도 증가하고 있으나 이를 총괄할 수 있는 기본적 테두리 법이 없음을 이유로 ‘문화재기본법’을 제정하자는 의견도 있다. 한국문화재정책연구원, 문화재기본법 제정안 연구(2015), 2면 참조. 한국문화재정책연구원, 문화재 분류체계 구체화 방안 연구(2017), 465면은 ‘문화유산기본법’을 제정하자고 한다. 위 개별법률들에 관하여는 박동식, 문화재법: 각론 편Ⅱ(2014) 참조.
- 28) 문화재의 반환과 관련하여 return, restitution, repatriation과 restoration 등 다양한 용어가 사용되는데 그의 번역도 통일되어 있지 않다. 1970년 협약의 국문본은 ‘return’(제7조 b항)과 ‘restitution’(제13조 b항, 제15조)을 모두 ‘반환’이라고 번역한다. 문화재보호법은 제20조에서는 반환, 국외문화재에 관하여는 환수라는 용어를 사용한다(제67조 등). 1970년 협약(제7조 b항과 제13조 c항)은 그 밖에도 recover(y)라는 용어를 사용하는데 국문본은 이를 ‘회수’라고 번역한다. 여기에서는 편의상 이를 엄밀하게 구분하지 않으나 장래 유니드로와협약 가입 시 용어를 정리할 필요가 있다. 용어는 송호영·김지현(註 3), 30면 이하 참조.
- 29) 문화재의 국제적 보호라는 맥락에서 국제법이 여전히 중요한 의미를 가지는 점은 의문의 여지가 없다. 한국이 가입한 조약은 물론 장래 가입할 조약들도 있다. 주요조약들은 1954년 “무력충돌 시 문화재 보호를 위한 협약(Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict)”, 제1차의정서(1954) 및 제2차의정서(1999)와 2001년 “수중문화유산 보호에 관한 협약(Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage)”도 있으나 한국은 당사국이 아니다.
- 30) 한국국제사법학회는 손경한 교수의 주도 하에 2008년 국제문화재법연구회를 산하에 설치하여 현재까지 활동을 이어가고 있는데, 2009. 9. 5. 문화재청의 후원으로 유니드로와 협약에 관한 세미나를 개최하였으며 당시 발표된 논문들을 국제사법연구 제15호(2009), 121면 이하에 6편의 논문을 간행한 바 있다.
- 31) 이는 석광현, “국제적 불법거래로부터 문화재를 보호하기 위한 우리 국제사법(國際私法)과 문화재보호법의 역할 및 개선방안”, 서울대학교 법학 제56권 제3호(2015. 9.), 160면 이하;

1970년 협약은 문화재를 도난 및 약탈로부터 보호하는 동시에 그러한 문화재의 반환을 강조하는 것을 목표로 한다. 요약하자면 1970년 협약은 예방조치(또는 방지조치. 이하 양자를 호환적으로 사용한다), 불법 수입된 문화재의 반환과 국제적 협력(또는 공조. 이하 양자를 호환적으로 사용한다)이라는 세 가지 주요원칙을 규정하는데, 대체로 ‘약속한다(undertake)’<sup>32)</sup>는 식으로 당사국의 의무를 명시한다.

첫째, 예방(방지)조치. 당사국은 자국 영토에서 문화재의 불법 수입 및 수출을 막기 위하여 예방조치를 취하여야 한다. 예방조치는 특히 재고, 수출증명서, 무역에 대한 모니터링, 형사 또는 행정 제재의 부과와 교육 프로그램을 포함한다.

둘째, 불법 수입된 문화재의 반환(협약 제7조). 양국에 대하여 1970년 협약이 발효된 후에 다른 당사국의 영토에서 불법적으로 도난당한 문화재가 자국 영토로 수입된 경우에 당사국은 1970년 협약의 반환규정에 따라 이를 회수하여 반환하기 위한 적절한 조치를 취하여야 한다. 선의의 매수인과 그러한 문화재에 대한 정당한 권리를 가진 사람은 공정한 보상을 받을 수 있다.<sup>33)</sup>

셋째, 국제적 협력. 1970년 협약은 당사국 간의 유대를 강화하기 위하여 국제 협력을 구축하기 위하여 노력한다. 특히 그러한 협력을 통하여 고고학적 또는 인종학적 자료의 약탈로 인해 문화유산이 위태로운 국가가 수출입 통제와 문화재의 불법밀매를 방지하기 위한 일반적인 조치를 창설함으로써 영향을 받는 다른 국가에 지원을 요청할 수 있다.

여기에서는 문화재보호를 위한 제도 및 행정과 관련된 1970년 협약의 주요내용과 한국의 이행상황을 살펴본다. 한편 문화재의 불법거래 방지와 직접 관련된 1970년 협약의 규정과 한국의 이행상황은 아래(IV.)에서 별도로 논의한다.

## 2. 문화재보호 국가기관 설립 및 문화재의 목록화 등

### 가. 1970년 협약의 내용

1970년 협약(제5조)은 불법적인 문화재의 반입·반출 및 소유권 양도로부터 문화재를 보호하기 위하여 당사국이 문화재보호를 담당하는 국가기관을 설립할 것을 요구한다. 나아가 문화재보호법령의 제정, 문화재의 목록화, 문화재보존기관의 지원, 문화재 관련 기관 종사자들을 위한 윤리강령의 제정과 이행감독, 문화재관련 교육과 홍보 등을 할 것을 요구한다.

### 나. 한국의 이행상황

문화재보호법(제2장 제6조 이하)상 국가기관인 문화재청 및 문화재위원회가 문화재보호 기능을 담당하고, 문화재보호법령의 제정, 문화재의 목록화,<sup>34)</sup> 문화재보존기관의 지원을 하

석광현, “대마도에서 훔쳐 온 고려 불상의 서산 부석사 반환을 명한 제1심판결의 평석: 국제 문화재법의 제문제”, 국제사법연구 제23권 제1호(2017. 6.), 35면 이하에서 다루었으나, 이하에서는 더 구체적으로 논의한다.

32) 협약의 문언은 “undertake”이므로 약속한다고 번역할 수 있으나 공식번역은 “약속한다”고 번역한다.

33) 이는 소멸시효에 의한 제한을 받지 않는데, 이 점에서 아래에서 보는 유니드로협약과는 다르다. 이 점에서 1970년 협약은 지나치게 강력한데 이는 동 협약의 단점으로 지적된다. Lyndel V. Prott, “Strengths and Weaknesses of the 1970 Convention: An Evaluation 40 years after its adoption”, Background paper for participants in the Second Meeting of States Parties to the 1970 Convention, Paris, UNESCO Headquarters, 20–21 June 2012, second edition, p. 5; Thorn(註 20), s. 66.

34) 송호영·김지현(註 3), 105–106면은, 국립중앙박물관은 유네스코와 국제박물관협의회

고 있고, 나아가 문화재 관련 기관 종사자들을 위한 윤리강령의 제정과 이행감독, 문화재 관련 교육과 홍보 등을 실시하는 것으로 알고 있으므로 1970년 협약(제5조)의 이행상 별 문제는 없다. 윤리강령에 관하여 국제적으로는 국제박물관협의회(ICOM)의 박물관 윤리강령<sup>35)</sup>이 있는데, 국내에서도 위 윤리강령의 준수를 요구하는 것으로 알고 있고, 박물관 및 미술관 진흥법(박물관미술관법) 제6조 제5항도 학예사는 국제박물관협의회의 윤리강령과 국제협약을 지켜야 한다고 명시한다.

### 3. 국제적 공조

#### 가. 1970년 협약의 내용

1970년 협약(제9조)은 어느 당사국의 문화적 유산(cultural patrimony)이 위협에 처할 경우에 대응하기 위한 국제적 공조를 요구한다. 이는 고고학적(archaeological) 또는 인종학적(ethnological) 문화재에 한정되고, 당사국에 직접적으로 반출 또는 반입을 제한할 의무를 부과하는 대신 그런 조치를 도출하기 위한 공동의 국제적 노력에 참가할 것만을 요구한다. 여기의 공조는 상시적이 아니라 위협에 처했을 때 요구되는 것이므로 이를 이행하기 위한 한국의 조치가 당장 필요한 것은 아니다.

문화재보호법 제11조(문화재 정보화의 촉진)는, 문화재정보체계를 구축·운영하여야 한다는 문화재청장의 일반적 의무를 규정하고, 문화재보호법 제17조(문화재 국제교류협력의 촉진 등)는, 문화재 관련 국제기구 및 다른 국가와의 협력을 통하여 문화재에 관한 정보와 기술교환, 인력교류, 공동조사·연구 등을 적극 추진하여야 한다(제1항)는 국가의 일반적 교류협력 등 추진의무만 규정한다. 그러나 더 구체적으로 문화재의 국제적 불법거래 방지를 위한 정보의 공유와 교환 및 공동조사 등을 명시하는 것이 바람직하다고 본다. 한국이 유네스코와 협약에 가입하자면 문화재청이 외국의 도난문화재와 불법반출문화재에 관한 통지를 외국당국으로부터 받을 수 있어야 하고 그러한 정보를 한국에서 공고함으로써 그를 대상으로 하는 국내거래를 차단할 수 있어야 하므로 그에 대한 사전준비로서 의미가 있다.

한편 1970년 협약(제7조)은 ① 자국 박물관에 의한 불법반출 (외국)문화재의 취득방지, ② 다른 당사국 박물관 등(정확히는 박물관이나 종교적 또는 세속적 공공기념관 또는 유사기관)으로부터 도난된 문화재의 반입금지와 ③ 불법반입된 경우의 회수 및 반환조치를 규정하고, 나아가 양도할 수 없는 문화재의 반출 시 문화재의 회복을 용이하게 해야 한다는 다소 추상적인 의무만을 둘 뿐이고(제13조 b항), 이를 실현하기 위한 당사국 간의 공조를 구체적으로 규정하지 않으므로 이는 각국이 해결할 사항이다.

#### 나. 한국의 이행상황

문화재보호법(제17조)은 “문화재 국제교류협력의 촉진 등”이라는 제목 하에 국가는 문화재 관련 국제기구 및 다른 국가와의 협력을 통하여 문화재에 관한 정보와 기술교환, 인력교류, 공동조사·연구 등을 적극 추진하여야 한다고 규정한다(제1항). 문화재보호법(제21조)은 비상시의 문화재보호를 규정하나 그 경우 국제적 협력을 명시하지는 않는다. 위에서 언

(ICOM)가 공동 제작한 문화재목록 프레임을 이용하여 유물등록카드를 사용하고 다른 박물관이나 기관도 각각 유물등록카드를 사용하나 전국적으로 통일된 유물등록시스템을 구축하여 관리 운영할 필요성을 지적한다.

35) 1986년 채택 당시 당초 ICOM 직업윤리강령(ICOM Code of Professional Ethics)이었으나 2001년 ICOM 박물관 윤리강령(ICOM Code of Ethics for Museums)으로 개명되었고 2004년 서울 총회에서 개정되었다. ICOM 한국위원회의 국문번역도 있다.

급한 것처럼 한국이 1970년 협약 제9조를 이행하기 위하여 당장 어떤 조치를 취해야 하는 것은 아니나 문화재보호법 제21조에 1970년 협약 제9조의 취지를 반영할 여지도 있다.

#### 4. 문화재 보호에 관한 교육과 홍보 등

##### 가. 1970년 협약의 내용<sup>36)</sup>

1970년 협약(제10조)은 교육, 홍보 및 경각심을 통하여 당사국으로부터 불법적으로 반출된 문화재의 이동을 제한하고, 적절한 수단을 통하여 형벌 또는 행정제재를 조건으로 하여 골동품 취급자(antique dealers)로 하여금 문화재의 각 품목의 출처, 공급자의 성명 및 주소와 매도된 문화재의 각 품목의 명세와 그 가격을 기록하는 등록부를 비치하도록 하고, 문화재에 대하여서는 반출 금지가 적용될 수 있음을 문화재 구입자에게 통고하도록 한다. 이는 모두 문화재의 국제적 거래에 종사하는 자들의 인식 변화를 유도하기 위한 것인데, 그들의 윤리의식이 고양되지 않으면 불법거래를 차단할 수 없기 때문이다. 그에 따라 많은 박물관들이 문화재 취득에 관한 윤리강령을 채택하였는데, 그 기초가 되는 것이 위에 언급한 ICOM의 박물관 윤리강령이다.

##### 나. 한국의 이행상황

우리나라의 교육과 홍보는 위(2.)에서 논의하였다.

#### 5. 1970년 협약의 미비점

1970년 협약에 대하여는 여러 가지 미비점이 지적되고 있다.<sup>37)</sup> 여기에서는 보호 대상인 문화재의 범위만 언급한다. 즉 1970년 협약(제7조)은 불법반출 문화재의 취득금지와 반환을 규정하면서도, 반환 대상을 박물관 등으로부터의 도난문화재, 그것도 “특별히 지정된 것”을 전제로 하므로 아직 발견되지 않았거나 발굴되지 않은 문화재는 보호되지 않는다는 점에 한계가 있다. 이런 단점은 아래에서 보듯이 유니드로와협약(제3조 제2항 참조)에 의하여 보충되고 있다.

#### IV. 문화재의 불법거래 방지와 직접 관련된 1970년 협약의 규정과 한국의 이행 및 한국의 유네스코협약들의 이행방법의 정합성

36) 이의 연장선상에서 1978년 UNESCO 총회결의를 통하여 문화재 반환촉진 정부간 위원회가 설립되었음은 위에서 언급하였다.

37) 송호영·김지현(註 3), 100면 이하는 자기집행적 성격의 결여, 체약국 의무의 비통일화, 소급효의 결여, 박물관 등 등록문화재에 대해서만 적용하는 점, 문화재의 반환 내지 원상회복에 관한 규정의 결여와 협약 규정의 불명확성을 문제점으로 열거한다. Thorn(註 20), S. 65f.는 ① 문화재 개념이 지나치게 넓은 점, ② 공공 및 사적 문화재의 목록 작성과 유지(협약 제5조 b항)가 많은 비용을 초래하는 점, ③ 골동품 취급자에게 제재 부과를 조건으로 문화재의 출처, ④ 공급자와 문화재의 명세 가격 등을 기록한 등록부를 비치하게 하는 것(협약 제10조 a항)은 독일의 자유로운 골동품 거래와 양립하지 않는 점, ⑤ 선의취득자의 법적 안정성이 약화되는 점(왜냐하면 협약 제7조 b항 ii는 시효의 제한 없는 반환의무를 규정하기 때문)과 ⑥ 반출국이 수출을 금지함으로써 보호 대상을 확대할 수 있도록 하므로 그 범위가 지나치게 확대될 수 있다는 점을 든다. 그럼에도 불구하고 독일은 1970년 협약을 비준하였다. Prott(註 33), p. 4 이하도 미비점을 지적한다. 문언의 서투름, 시효기간의 부재, 선의취득과 강행적 보상의 부적절성, 국가의 반환청구 시 대상 문화재에 대한 국가 권리의 불명확성(이 점은 아래 언급하는 미발견문화재의 국가 소유권에 대한 모델 조항에 의하여 보충된다).

한국은 별도 이행법률을 제정하는<sup>38)</sup> 대신 문화재보호법을 통하여 1970년 협약을 이행한다. 즉 위(Ⅲ.)에서 본 것처럼<sup>39)</sup> 한국은 1962년 문화재보호법을 제정하고 문화재보호제도를 운영하였으므로 1970년 협약이 정한 문화재 보호제도에 관한 의무는 대체로 이미 이행하고 있었다.<sup>40)</sup> 반면에 문화재의 불법거래 방지와 직접 관련된 의무를 규정한 1970년 협약(제7조)에 관하여는 조문이 없었기에 이를 이행하기 위하여 문화재보호법 제20조가 신설되었다.<sup>41)</sup> 여기에서는 1970년 협약에 따른 문화재의 국제적 불법거래 방지와 직접 관련된 이행의 문제를 논의하고(아래 1.-5.), 이어서 한국의 유네스코협약들의 이행방법의 정합성과 제19조·제20조의 편제의 문제점 및 개선방안(6.)을 논의한다.

## 1. 1970년 협약을 위반한 문화재 반입·반출 및 소유권양도의 불법성 선언

### 가. 1970년 협약의 내용(제3조)

1970년 협약(제3조)은 동 협약에 위반한 문화재의 반입·반출 또는 소유권 양도를 불법(illicit)한 것으로 선언한다. 다만 협약 자체가 불법성의 기준을 정하는 것은 아니고, 당사국이 제정한 국내법을 위반하여 문화재를 반출·반입하거나 소유권을 양도하는 행위가 불법이고 협약에 의해서 금지된다. 어느 당사국에서 불법한 수출은 다른 당사국에서 불법한 수입이다.<sup>42)</sup> 이처럼 기준을 당사국의 국내법에 맡기는 결과 기준이 통일되지 않는 문제가 있다.

### 나. 한국의 이행상황

문화재보호법(제20조 제1항)은 한국이 가입한 문화재 보호에 관한 국제조약에 가입된 외국의 법령에 따라 문화재로 지정·보호되는 외국문화재는 조약과 문화재보호법이 정하는 바에 따라 보호된다고 선언하고,<sup>43)</sup> 외국문화재의 유치, 보관과 반환을 규정하나, 불법성 선언

38) 일본은 1970년 협약을 비준하면서 문화재보호법과 별개로 2002년에 “문화재의 불법 수출입 등의 규제 등에 관한 법률”을 제정하였다. 정상우 외, 주요국 문화재보호 법제수집·번역 및 분석(2010), 18면. 국문번역은 위 정상우 외, 102면 이하. 미국은 1983년 연방법률인 문화재협약이행법률(Convention on Cultural Property Implementation Act, CPIA)을 제정하였다. 소개는 석광현·이규호(註 15), 156면 이하 참조. 독일은 현재는 문화재보호법(Kulturgutschutzgesetz, KGSG)이 1970년 협약에 대한 이행법률이다. 이에 관하여는 송호영, 1970년 UNESCO협약(문화재 불법거래 방지협약)의 이행을 위한 독일 문화재보호법(Kulturgutschutzgesetz-KGSG) 연구(한국법제연구원, 2019) 참조.

39) 우리의 이행상황은 Keun-Gwan Lee, An Overview of the Implementation of the 1970 Convention in Asia, <[http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Lee\\_en.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Lee_en.pdf)>, p. 12도 간단히 소개한다. 이행모델에 대한 논의는 Patty Gerstenblith, “Models of Implementation of the 1970 UNESCO Convention: Can Their Effectiveness be Determined?”, in Lyndel V. Prott *et al.*, Realising Cultural Heritage Law: Festschrift for Patrick Joseph O’Keefe (2013), p. 1 이하 참조. 한국 등 각국의 이행상황의 상세는 <https://en.unesco.org/news/2019-national-reports-states-parties-and-other-member-states-measures-taken-application> 참조.

40) 이는 1983년 개정된 문화재보호법의 수준에 이를 정도라는 취지는 아니고 중요한 점에서 그렇다는 말이다. 예컨대 그 전에는 문화재보호법 제17조(문화재 국제교류협력의 촉진 등)와 같은 국제교류에 관한 조문은 없었던 것으로 보인다. 당시 개정법률은 대한민국 관보 제9330호(1982. 12. 31.), 122면 이하(제78조는 123면) 참조.

41) 제20조는 한국이 1970년 협약 가입을 계기로 1983. 7. 1. 시행된 문화재보호법 개정 시 신설한 제78조에서 유래하는 것으로 보이고 그 후 제97조가 되었다가 제20조가 되었다.

42) O’Keefe(註 3), p. 41. 필자도 기본적으로 이를 지지한다. 송호영(註 16), 289면도 동지.

43) 다만 제20조는 1970년 협약 제7조에 따른 불법반입 문화재의 반환을 구체화한 것인데, 제1

에 관한 조문은 두지 않는다. 다만 국보 등의 반출과 수출을 금지한다(제39조). 문화재보호법에 불법성의 판단에 관한 원칙을 밝힐 필요가 있다는 견해<sup>44)</sup>도 있으나 구체적 제안을 하지는 않는다.

## 2. 문화재의 반출금지와 문화재 반출증명서 제도의 도입

### 가. 1970년 협약의 내용(제6조)

1970년 협약(제6조)은 당사국이 문화재 반출증명서제도를 통하여 문화재의 반출을 통제할 것을 요구한다. 유네스코는 세계관세기구(World Customs Organization, WCO)와 협력하여 모델 문화재 반출증명서(Model Export Certificate for Cultural Objects)를 성안하였다. 반출증명서에 포함되지 않는 한 문화재의 반출은 금지된다(제6조 b항). 아래(VII.1.)에서 보듯이 세계관세기구는 ARCHEO라는 실시간 커뮤니케이션 도구를 이용하여 문화재의 불법거래를 방지하고자 한다.

### 나. 한국의 이행상황

위에서 보았듯이 문화재보호법(제39조 제1항)은 국보, 보물, 천연기념물 또는 국가민속문화재의 국외 수출 또는 반출을 금지한다. 문화재의 범위는 한국이 정하기 나름이다. 그러나 한국은 문화재 수출 또는 반출시 반출증명서제도를 두지 않고, 외국문화재반입 시에도 반출증명서의 제출을 요구하지 않는데 이는 협약 이행이라는 측면에서는 미비점이다.<sup>45)</sup> 다만 문화재보호법상 일부 문화재의 수출·반출은 문화재청장의 허가를 요하므로 문화재가 외국으로 나가는 경우 문화재청장의 허가가 반출증명서의 역할을 하는 셈이나, 반출증명서 제도를 도입하는 것이 바람직하다.<sup>46)</sup> 문화재보호법에 근거조문을 두고 구체적 내용은 시행령에 위임할 수 있다.

## 3. 외국문화재의 불법반입 금지와 반환

### 가. 1970년 협약의 내용(제7조)

1970년 협약(제7조)은 ① 자국 박물관에 의한 불법반출 (외국)문화재의 취득방지,<sup>47)</sup> ② 다른 당사국 박물관이나 종교적 또는 세속적 공공기념관 또는 유사기관으로부터 도난된 문화재<sup>48)</sup>의 반입금지와 ③ 반입금지의 대상인 문화재가 반입된 경우 회수 및 반환조치를 규정한다. ③과 관련하여 제7조 b항 ii호는 출처국의 요청에 따라 다른 당사국이 동 협약의 발효 후 반입된 문화재의 회수 및 반환에 관한 적절한 조치를 취할 것을 요구하는데, 다만 요청국은 그 문화재의 선의의 매수인 또는 정당한 권리자에게 공정한 보상을 지급하여야 한

---

항을 문언대로 외국문화재를 보호하는 취지로 이해해야 하는지는 다소 의문이다.

44) 송호영·김지현(註 3), 105면. 그러나 송호영(註 16), 289면에서는 견해를 변경한 것으로 보인다.

45) 1983. 7. 1. 문화재보호법 전부 개정 시 신설된 구 문화재보호법 제78조 제2항이 외국문화재반입 시 반출증명서의 제출을 요구했었는데 동 조항은 1999. 1. 29. 개정 시 행정규제 폐지명목으로 삭제되었다.

46) 이근관(註 15), 114면도 동지.

47) 여기의 박물관이 정부통제 하에 물품을 취득하는 국영 박물관에 한정되는지 아닌지는 논란이 있다. 서헌제·박찬호(註 3), 53면; O'Keefe(註 3), p. 57 참조.

48) 또한 그 문화재가 그 기관의 물품목록에 속함이 문서로 기록되어 있어야 하므로(제7조 b항 제i호) 그 적용범위는 제한적이다. 유니드르와협약은 이런 제한 없이 모든 도난문화재를 반환하도록 하나, 불법반출문화재의 경우에는 그 범위를 제한한다(제5조와 제7조).

다. 이는 1970년 협약의 핵심적 규정이다. 위(2.)에서 언급한 반출금지와 비교할 때 반입금지 및 반환의 대상인 외국문화재의 범위(위 ②를 보라)는 제한적이다.

1970년 협약은 반출국 정부가 반환요청할 수 있음을 규정하면서도 개인의 권리는 규정하지 않는데 이는 인정되지 않는 것으로 해석된다.<sup>49)</sup> 1970년 협약상 회수 및 반환 요청은 외교관청을 통하는데(제7조), 당사국은 적법한 소유자 또는 그 대리인이 제기하는 유실 또는 도난된 문화재의 회복을 위한 소송을 인정해야 한다(제13조 c항).<sup>50)</sup> 1970년 협약 제13조 d항은 당사국들로 하여금 어느 당사국이 특정문화재를 양도 불능으로 분류하고 선언할 권리를 인정하고, 그의 반출 시 동 문화재의 회복을 용이하게 할 의무를 부과하나 이를 직접 규정하는 대신 각국의 법률에 따라 이행하도록 한다.<sup>51)</sup>

#### 나. 한국의 이행상황

한국은 위 의무를 대체로 문화재보호법 제20조에서 이행하나, 반입금지는 제대로 이행하지 않는다. 반입금지 이행의 문제점은 아래(5.)에서 논의한다.

### 4. 문화재의 반출·반입 금지 위반에 대한 제재

#### 가. 1970년 협약의 내용(제8조)

위에서 본 것처럼 1970년 협약상 당사국은 제6조 b항의 반출금지를 위반한 자와, 제7조 b항의 반입금지의 위반에 대하여 책임을 져야 하는 자에게 형벌 또는 행정제재를 부과하여야 한다(제8조). 일정한 행위를 금지할 경우 그 위반행위를 범죄로 규정하고 형벌의 제재를 부과하는 것은 실효적 수단이다. 문화재의 국제적 불법거래가 꾸준히 증가하는 가운데, 각국의 문화재 형사법규의 상위로 인하여 효율적으로 대처하는 데 한계가 드러남에 따라 이에 대응하기 위한 국제사회의 노력의 일환으로 UN 마약범죄사무소(Office on Drugs and Crime, UNODC)는 일단의 지도원칙을 창설하였고 2014년 유엔총회는 국제지침을 채택하였으며<sup>52)</sup> 법적 및 실무적 차원에서 국제원칙의 실행을 지원하기 위한 실무적 도구를 개발하였다.<sup>53)</sup> 특히 문화재 불법거래는 조직범죄(organized crime)를 구성하므로 그에 대처할 필요가 있다. 이런 방안의 하나로 아래(VII. 1.)에서 언급하는 UNODC 이니셔티브가 있다.

#### 나. 한국의 이행상황

위에서 보았듯이 문화재보호법은 불법반출문화재의 한국 박물관에 의한 취득방지와, 다른

49) Kathleen Anderson, The International Theft and Illegal Export of Cultural Property, 8 New Eng. J. Int'l & Comp. L. 411, 421 (2002) 참조.

50) 유니드로와협약은 이에서 한단계 진전된 것이다.

51) 문화재보호법 제39조(수출 등의 금지)는 국보 등 일정 문화재의 수출과 반출을 금지하므로 한국의 국보 등이 적법한 절차를 거치지 아니하고 반출된 경우에는 1970년 협약 제13조 d항을 근거로 반환을 청구할 수 있다는 견해도 있다. 송호영(註 16), 295면. 만일 이를 인정한다면 다른 당사국이 반출국의 문화재보호법을 제3국의 국제적 강행규정으로서 존중해야 한다는 것이 되므로 유니드로와협약 제3장이 규정하는 취지가 달성될 수 있다. 그러나 제13조에는 “각국의 법률에 따라”라는 단서가 있으므로 그런 이론 구성은 무리이고 동조를 그런 취지로 해석하는 당사국이 있는지도 의문이다. Alice Halsdorfer, Privat- und kollisionsrechtliche Folgen der Verletzung von Kulturgüterschutznormen auf der Grundlage des UNESCO-Kulturgutübereinkommens 1970 (2008), S. 225 참조.

52) 이는 적용범위, 범죄예방전략, 형사사법정책과 국제공조라는 4개의 장으로 구성된다. EU · UNESCO(註 25), p. 49.

53) EU · UNESCO(註 25), p. 47.

당사국 박물관 등으로부터 도난된 문화재의 한국으로의 반입금지를 명시하지 않고 그 위반에 대한 제재도 명시하지 않는다. 반면에 반출금지에 관하여는, 문화재보호법(제90조)은 일정한 문화재의 무허가수출 등을 형사처벌 대상으로 규정함으로써 형사범죄화한다. 유럽과 비교할 때 동아시아에서는 상황이 덜 심각한지 모르겠으나 우리도 문화재의 국제적 불법거래에 대처하는 수단으로서의 형사적 접근에 더 관심을 가질 필요가 있다.

#### 다. 형사절차에서의 외국문화재의 반환

형사적 제재와 관련하여 한 가지 주목할 점은, 1970년 협약이 명시하는 것은 아니나 문화재 반환이 형사사건의 처리 과정에서 해결되기도 한다는 점이다.

특히 미국의 연방도품법(National Stolen Property Act. NSPA)에 따르면, 사기에 의하여 도난, 횡령 또는 취득된 물품인 것을 알면서 주간(州間) 또는 국제적 상거래에서 최소한 5000달러 이상의 값어치가 있는 물품을 운송 및 소지하는 것은 형사처벌의 대상이고 그 경우 벌금 또는 10년 이하의 금고(imprisonment)에 처하거나 이를 병과할 수 있다.<sup>54)</sup> 미국 정부가 도난문화재를 압류, 몰수한 뒤 기원국인 외국 정부에게 전달한다.<sup>55)</sup> 실제로 미국으로 불법 반출되었던 문정왕후 어보와 현종 어보는 2017년 한국으로 돌아왔는데 이는 6·25 전쟁 과정에서 미군에 의해 약탈되었던 것으로 위 법률에 따라 반환된 것으로 보인다. 물론 범위는 제한되지만 NSPA에 따른 회수는 실효적인 구제수단이다.

한국의 경우 문화재보호법상 불법반입 문화재의 반환은 문화재청장이 처리할 사항인데, 형사사건이 개재하는 경우 외국문화재의 반환을 몰수물 교부로서 검찰에서 처리하기도 한다. 대표적 사례가 아래(V.)에서 언급하는 몽골 공룡 화석과 대마도에서 불법반입되었던 동조여래입상의 반환이다. 후자는 제1심 형사판결에 의하여 몰수되었다가<sup>56)</sup> 2015년 7월 대마도 신사에 반환되었다. 필자는 국내사건에서는 형사소송법에 따라 검찰에서 처리하면 되나, 1970년 협약·문화재보호법에 따라 외국정부에 반환하는 경우에도 검찰 또는 법무부에서 처리하는 것이 적절한지에 대하여 의문을 표시하고, 문화재보호법 또는 1970년 협약상 정부의 문화재 반환의무 이행과 몰수물 교부의 관계를 정리할 필요가 있음을 지적하였다.<sup>57)</sup> 이에 공감하는 견해가 있고,<sup>58)</sup> 이는 입법론으로 외국문화재를 한국에 불법반입한 경우 도품인 문화재에 대한 처분은 일반적인 절도사건과 달리 규정할 필요가 있다고 한다.<sup>59)</sup>

54) 18 U.S.C. §§ 2314-15.

55) 개관은 석광현·이규호(註 15), 150면 이하, 상세는 이규호, “미국내 소재 우리 문화재의 환수를 위한 법적 고찰-미국 연방도품법을 중심으로-”, 법조 제61권 제3호(2012. 3.), 253면 이하 참조.

56) 위 불상들은 범인이 아닌 제3자의 소유이므로 형법상 몰수의 대상은 아니나, 제3자 소유의 물건도 필수적으로 몰수하도록 규정하는 문화재보호법(제92조 제5항)에 따라 몰수되었던 것이라고 한다. 이순옥, “문화재 환수와 관련된 형사법상 압수 및 몰수”, 국제사법연구 제24권 제2호(2018. 12.), 417면 참조.

57) 석광현, “대마도에서 훔쳐 온 고려 불상의 서산 부석사 반환을 명한 제1심판결의 평석: 국제문화재법의 제문제”, 국제사법연구 제23권 제1호(2017. 6.), 39면.

58) 즉 형사 수사·재판과정을 통하여 피해자 환부를 할 명백한 사정이 인정되기 어렵고, 형사재판을 통해 반환할 경우 약탈문화재의 반환 등에 관한 충분한 논의 기회가 차단되며, 국제분쟁을 일으킬 수 있으므로 형사사건에서 피해자 환부결정은 부적절하고, 위 사건 불상의 경우 형사사건에서는 원칙적으로 절도범들의 소지를 금하는 의미에서의 몰수판결을 하고, 그 이후 몰수물 교부절차 또는 민사소송에서 위 불상의 반환을 받을 자를 정함이 상당하다는 것이다. 이순옥(註 56), 422면 이하. 관음사는 이 사건 불상에 대한 몰수물 교부를 청구하였으나, 점유이전금지가처분이 있었기에 대한민국은 그에 대한 판단을 보류하였다.

## 5. 문화재보호법 제20조의 문제점과 개선방안

이는 1970년 협약(제7조)에 따른 불법반출 문화재의 취득금지와 불법반입된 문화재의 반환에 관한 의무와 관련되는데, 한국은 이를 주로 문화재보호법 제20조를 통하여 이행한다.

### 가. 문화재보호법 제20조의 조문

#### 제20조(외국문화재의 보호)

- ① 인류의 문화유산을 보존하고 국가 간의 우의를 증진하기 위하여 대한민국이 가입한 문화재 보호에 관한 국제조약(이하 “조약”이라 한다)에 가입된 외국의 법령에 따라 문화재로 지정·보호되는 문화재(이하 “외국문화재”라 한다)는 조약과 이 법에서 정하는 바에 따라 보호되어야 한다.
- ② 문화재청장은 국내로 반입하려 하거나 이미 반입된 외국문화재가 해당 반출국으로부터 불법반출된 것으로 인정할 만한 상당한 이유가 있으면 그 문화재를 유치할 수 있다.
- ③ 문화재청장은 제2항에 따라 외국문화재를 유치하면 그 외국문화재를 박물관 등에 보관·관리하여야 한다.
- ④ 문화재청장은 제3항에 따라 보관 중인 외국문화재가 그 반출국으로부터 적법하게 반출된 것임이 확인되면 지체 없이 이를 그 소유자나 점유자에게 반환하여야 한다. 그 외국문화재가 불법반출된 것임이 확인되었으나 해당 반출국이 그 문화재를 회수하려는 의사가 없는 것이 분명한 경우에도 또한 같다.
- ⑤ 문화재청장은 외국문화재의 반출국으로부터 대한민국에 반입된 외국문화재가 자국에서 불법반출된 것임을 증명하고 조약에 따른 정당한 절차에 따라 그 반환을 요청하는 경우 또는 조약에 따른 반환 의무를 이행하는 경우에는 관계 기관의 협조를 받아 조약에서 정하는 바에 따라 해당 문화재가 반출국에 반환될 수 있도록 필요한 조치를 하여야 한다.

### 나. 조약과 외국문화재의 범위

제20조 제1항의 “조약”은 특정한 조약이 아니라 인류의 문화유산을 보존하고 국가 간의 우의를 증진하기 위하여 한국이 이미 가입하였거나 장래 가입하는 문화재 보호에 관한 조약을 총칭한다. 양자조약도 포함된다.<sup>60)</sup> 한국이 가입한 1970년 협약, 세계유산협약과 무형문화유산협약이 이에 해당하는데, 장래 한국이 유니드로와협약에 가입하면 그도 포함된다.

1970년 협약의 문화재는 외국으로의 반출입, 도난 또는 소유권양도의 객체가 될 수 있는 문화재, 즉 유형의 동산문화재(tangible movable cultural property)일 것을 전제로 하는데, 우리 문화재보호법상의 문화재는 기념물과 무형문화재<sup>61)</sup> 등을 포함하는 넓은 개념이므로 문화재보호법상의 문화재(외국문화재 포함)와, 1970년 협약의 적용대상인 외국문화재는 동일하지 않다.<sup>62)</sup> 이런 차이가 발생하는 이유는, 문화재보호법은 전방위적인 문화재 보호(국내적 보호를 포함하여)를 목적으로 하는 데 반하여, 1970년 협약은 국제거래의 맥락(그 중에서도 불법적인 수출입 및 소유권 양도)에서 문화재 보호를 목적으로 하기 때문이다.

보다 구체적으로 제20조는 외국문화재에 적용되므로 그 개념이 문제된다. 문화재보호법상 문화재란 인위적이거나 자연적으로 형성된 국가적·민족적 또는 세계적 유산으로서 역사적

59) 이순옥(註 56), 425면.

60) 우리나라는 중국 등 다수의 외국과 양자간에 문화재 교류협력 약정을 체결한 바 있다.

61) 상세는 표-6 참조.

62) 예컨대 1970년 협약상의 문화재가 되자면 비문, 화폐, 판각된 인장 같은 것과 가구와 오래된 악기는 백년을 초과한 것이어야 하나 문화재보호법상은 그런 기간의 제한은 없다.

· 예술적· 학술적 또는 경관적 가치가 큰 것으로 제2조 제1항에 열거한 것(즉 유형문화재, 무형문화재, 기념물과 민속문화재)을 말한다(제2조 제1항).<sup>63)</sup> 1970년 협약의 대상은 각국이 지정한 동 협약상의 문화재이므로 지정을 전제로 하지 않는 유니드로와협약(제2조)의 문화재 개념과 다르다.<sup>64)</sup> 나아가 외국문화재는 한국이 가입한 문화재 보호에 관한 조약에 가입한 외국의 법령에 따라 문화재로 지정·보호되는 문화재에 한정된다(제20조 제1항).

즉 제20조의 외국문화재가 되려면 그것이 ① 문화재보호법상의 문화재의 정의에 포함되고, ② 외국이 자국 법령에 따라 자국의 문화재로 지정·보호하는 대상이어야 하며,<sup>65)</sup> ③ 그 외국이 한국이 가입한 문화재 보호에 관한 조약에 가입하였어야 한다.

주목할 것은, 제20조는 1970년 협약을 이행하는 것이므로 외국문화재는 1970년 협약 제2조에 따른 문화재여야 하나, 제20조는 외국문화재의 범위를 1970년 협약의 대상인 문화재에 한정하지 않는다는 점이다. 따라서 실제 차이는 크지 않더라도, 그것이 1970년 협약상의 문화재일 필요는 없다고 한다면 1970년 협약과 문화재의 범위가 다르게 된다.<sup>66)</sup> 그러나 1970년 협약에 충실하자면 입법상 그 취지를 명시해야 하고, 기술적으로 유네스코와 1970년 협약을 정의할 필요가 있다. 그러자면 제1항을 아래처럼 수정할 수 있다.

**“제20조(1970년 유네스코협약에 따른 문화재의 보호) ① 「문화재의 불법적인 반출입 및 소유권 양도의 금지와 예방수단에 관한 협약」(이하 “1970년 협약”이라 한다) 제1조에 따른 문화재로서 위 협약에 가입된 외국의 법령에 따라 문화재로 지정·보호되는 것(이하 “1970년 협약상의 문화재”라 한다)은 1970년 협약과 이 법에서 정하는 바에 따라 보호되어야 한다.”**

그 경우 제20조의 제목도 위처럼 수정하고, 제2항부터 제5항에서 ‘외국문화재’는 ‘1970년 협약상의 문화재’로 수정하며, ‘조약’은 ‘1970년 협약’으로 수정해야 한다.

반면에 만일 제1항이 1970년 협약과 관계없이 외국문화재를 널리 보호하려는 취지라면 제20조 제1항을 제20조가 아닌 다른 조문으로 옮기고 아래와 같이 규정할 수 있다.

**“제\*조(외국문화재의 보호) 인류의 문화유산을 보존하고 국가 간의 우의를 증진하기 위하여 대한민국이 가입한 문화재 보호에 관한 조약에 가입된 외국의 법령에 따라 문화재로 지정·보호되는 문화재는 조약과 이 법에서 정하는 바에 따라 보호되어야 한다.”**

63) 1962년 제정된 문화재보호법(제2조)은 일본 문화재보호법을 따라 문화재를 有形文化財, 無形文化財, 記念物과 民俗資料로 구분하였으나 민속자료는 그 후 민속문화재가 되었다. 현행 일본 문화재보호법(제2조 제1항 제5호·제6호)은 ‘문화적 경관’과 ‘전통적 건조물군’을 더하여 6개의 문화재 유형을 열거한다. 전자는 세계유산협약상 문화경관, 후자는 문화유산 중 건조물군의 개념을 참조한 것으로 보인다. 우리 법상 기념물과 민속문화재는 유형문화재라는 점에서 위의 분류는 논리적이지 않은데, 논리적으로는 ① 유형문화재(이는 ①-1 기념물, ①-2 민속문화재와 ①-3 앞의 두 개에 속하지 않는 기타 유형문화재로 구분된다)와 ② 무형문화재로 분류할 수 있다.

64) 문화재보호법상 문화재에는 지정문화재와 비지정문화재가 있다.

65) 1970년 협약 제4조는 문화재의 국적을 정하는데 문화재보호법은 제4조를 반영하지 않았으나 제4조를 원용할 수 있을 것이다. 참고로 제4조는 ‘특별한 지정’을 받지 못한 문화재이더라도, 일정한 범주에 속하는 재산에 대해서는 각국의 문화유산으로 인정함으로써 그러한 문화재를 협약의 보호대상으로 하려는 것이라고 설명하기도 한다. 송호영(註 16), 294-295면. 제4조의 취지는 O’Keefe(註 3), p. 45 이하 참조.

66) 예컨대 1970년 협약에 따르면 비문, 화폐, 판각된 인장과 같은 골동품과 가구가 문화재가 되려면 100년을 넘어야 하나 문화재보호법상은 그런 제한이 없다. 문화재보호법상 문화재 개념의 변천은 박동석, 문화재법: 총론편(2014), 18면 이하 참조.

#### 다. 문화재청장의 외국문화재의 유치와 보관

제20조 제2항에 따르면, 문화재청장은 외국문화재가 외국으로부터 불법반출된 것으로 인정할 만한 상당한 이유가 있으면 그 외국문화재를 유치할 수 있다. 그러나 그것만으로는, 행정법이론상 점유자가 거부하는 경우 강제력을 동원하여 이를 수거할 수는 없을 것이다. 대체집행이 아닌, 문화재청장의 강제적인 수거와 유치를 위해서는 수거권한을 명시하고, 국가지정문화재에 대하여 행정명령을 할 수 있는 근거조문인 문화재보호법 제42조(행정명령)에 상응하거나 그보다 더 명확한 행정상 강제집행의 근거가 필요할 것이다. 문화재청장은 외국문화재를 유치하면 이를 박물관 등에 보관·관리하여야 한다(제3항).

#### 라. 불법반출문화재와 도난문화재(제5항의 적용범위): 1970년 협약과의 차이

문화재보호법 제20조는 불법반출된 문화재만을 언급한다. 즉 아래(VI. 2.)에서 보듯이 유니드로와협약은 도난문화재와 불법반출 문화재를 준별하여 전자는 제2장에서, 후자는 제3장에서 달리 취급하는 데 반하여,<sup>67)</sup> 제20조의 기초인 1970년 협약 제7조는 불법반출 및 불법반입된 문화재(a항)와 도난문화재(b항)를 구별하기는 하나 유니드로와협약처럼 준별하지는 않는다. 구체적으로 제7조는 불법반출 문화재의 취득금지와 반환을 규정하면서도, 반환대상은 박물관 등으로부터 도난된 문화재에 한정한다.<sup>68)</sup> 그럼에도 불구하고 우리 입법자는 반환의무를 규정한 제20조 제5항에서 도난문화재가 아니라 불법반출문화재를 대상으로 규정한다.<sup>69)</sup> 따라서 제20조 제5항의 대상에 도난문화재가 아닌 단순한 불법반출문화재도 포함되는가라는 의문이 제기된다.<sup>70)</sup>

제20조 제5항은 “문화재청장은 ㉠ 외국문화재의 반출국으로부터 대한민국에 반입된 외국문화재가 자국에서 불법반출된 것임을 증명하고 조약에 따른 정당한 절차에 따라 그 반환을 요청하는 경우 또는 ㉡ 조약에 따른 반환 의무를 이행하는 경우에는 ... 반출국에 반환될 수 있도록 필요한 조치를 하여야 한다”고 규정함으로써 1970년 협약 제7조 b항처럼 도난문화재, 그것도 박물관 등에서 도난된 문화재, 즉 조약에 따른 반환의무를 이행하는 경우에 한정하지 않고 ㉠에까지 확대한 것으로 볼 여지가 있으나 제5항은 “조약에 따른 반환 요청”을 전제로 하므로 불분명하다.<sup>71)</sup> 필자는 도난문화재가 아닌 단순한 불법반출 문화재는 이에 포함되지 않는다고 본다. 1970년 협약은 이를 상정하지 않고 그것은 유니드로와협약의 대상이기 때문이다. 아래(VI. 2.)에서 보듯이, 유니드로와협약은 불법반출 문화재의 범위를 제한

67) 사안에 따라서는 유니드로와협약 제2장과 제3장이 선택적으로 적용될 수 있다. 첫째, 도난문화재가 적법하게 반출된 경우에는 제2장만이 적용되고, 둘째, 도난문화재가 불법 반출된 경우에는(예컨대 국유인 골동품이 불법 도굴된 뒤 불법 반출된 경우) 제2장과 제3장이 모두 적용되므로 반환청구권자는 어느 하나를 선택할 수 있으며, 셋째, 진정한 소유자가 문화재를 불법반출한 경우에는 제3장만이 적용된다. 석광현·이규호(註 15), 75면 주 240 참조.

68) 다만 제13조 b항은 당사국의 주무관청이 불법적으로 반출된 문화재의 적법한 소유자에의 가능한 조기 반환을 용이하게 하는데 협력할 것을 보장하도록 규정하나 그 범위는 애매하다. 나아가 도난의 개념도 국가에 따라 차이가 있다. 석광현·이규호(註 15), 22-23면 참조.

69) 다만 제20조가 조약에 따른 반환을 전제로 하므로 논란의 여지가 있다. 만일 그렇게 확대할 의도라면 유니드로와협약을 따라 불법반출 문화재에 대한 반출국의 반환청구권을 인정하되, 불법반출문화재의 범위를 유니드로와협약처럼 제한할 필요가 있다. 1970년 협약은 반입금지의 대상도 그러한 문화재에 한정하나, 문화재보호법은 반입금지를 명시하지 않는다.

70) 여기의 불법반출문화재가 도난되어 불법반출된 문화재를 포함하는 점은 의문이 없다.

71) 현재 다른 조약은 없으므로 이는 결국 1970년 협약을 전제로 하는 것이 되고 동 협약상 반환요청은 도난문화재에 한정되기 때문이다. 만일 확대한 것이라면 문화재청장의 반환의무를 정한 제5항의 적용범위는 1970년 협약 및 유니드로와협약 제3장보다 더 넓게 된다.

하는데 제20조 제5항은 그런 제한을 두지 않으므로 만일 이를 긍정한다면 그 범위가 지나치게 확대된다. 이런 혼란을 피하기 위해 제5항의 반환대상을 1970년 협약처럼 박물관 등으로부터 도난된 문화재에 한정할 필요가 있다. 그렇게 하자면 위 ④에 [유네스코협약 제7조 b항에 해당하는 것으로서)를 추가하면 된다.

또한 제20조 제5항이 유니드로협약을 고려하여 그 취지를 일부 반영한 것인가라는 의문이 있는데 필자는 이를 부정한다. 이 점은 아래(VI. 2.)에서 논의한다.

#### 마. 불법반출 외국문화재의 유치와 반환, 선의취득의 가부 및 선의취득자의 보상

문화재청장은 일정한 경우 불법반출된 외국문화재를 반출국에 반환될 수 있도록 필요한 조치를 하여야 한다(제5항). 이처럼 문화재보호법은 반환의 상대방을 반출국이라고만 규정하는데, 이는 여기에서의 문화재반환이 국가 대 국가 차원에서 작용함을 보여준다. 이 경우 한국에서 외국문화재를 선의취득한 사람이 있어도 위 조문이 적용되는지, 만일 그 경우에도 반환하여야 한다면 선의취득자가 보상을 받을 수 있는지 문화재보호법은 규정하지 않는다.<sup>72)</sup> 반면에 1970년 협약은 선의취득자 기타 정당한 권리자에 대한 보상을 규정한다.<sup>73)</sup> 1970년 협약에 충실하자면 현재의 제5항 뒤에 아래 밑줄 친 부분을 추가할 필요가 있다.

“⑤ 문화재청장은 ... 조약에 따른 정당한 절차에 따라 그 반환을 요청하는 경우<sup>74)</sup> 또는 ... 해당 문화재가 반출국에 반환될 수 있도록 필요한 조치를 하여야 한다. 단, 반출국은 선의의 매수인이나 그 [외국문화재]<sup>75)</sup>의 정당한 권리자에게 공정한 보상을 지급하여야 한다. 회수 및 반환 요청은 외교관청을 통하여야 한다. 반출국은 회수 및 반환청구를 하는 데 필요한 증빙서류와 기타 증거를 자국의 경비 부담으로 제출해야 한다. 본조에 의거하여 반환되는 [외국문화재]에 대하여는 관세 또는 기타 부과금이 부과되지 아니 된다. [외국문화재]의 반환 및 인도에 부수되는 모든 비용은 반출국이 부담하여야 한다.”

제20조는 문화재청장의 권한과 조치에 관하여만 규정할 뿐이고, 소유자의 반입국에 대한 권리는 규정하지 않는데 이는 그런 권리를 인정하지는 않는다는 취지로 짐작된다.<sup>76)</sup> 1970년 협약은 출처국의 반환청구권을 도난문화재, 그것도 박물관 등으로부터 도난되고 그 기관의 물품목록에 속함이 기록된 것에 한정하는 데 반하여, 제20조는 이런 제한을 두지 않으므로 불법반출 문화재 전반에 확대한 것으로 볼 여지가 있다.<sup>77)</sup> 문언에 따르면 반출국 정부는 대한민국에 대하여 반환요청을 할 수 있다.<sup>78)</sup> 1970년 협약은 반출국의 반환요청은 도난

72) 문화재보호법(제87조 제5항)은 동항에 열거하는 문화재의 선의취득을 원칙적으로 적용하지 않는데, 외국문화재도 논리적으로는 제3호(그 출처를 알 수 있는 중요한 부분이나 기록을 인위적으로 훼손한 문화재)에 해당될 가능성이 있는데 그 경우 선의의 매수인에 대하여 대가를 변상해야 하나 동조가 외국문화재에 어떻게 적용되는지는 불분명하다.

73) 즉 1970년 협약 제7조 b항 제ii호는 요청국은 선의의 매수인이나 그 문화재의 정당한 권리자에게 공정한 보상을 지급하여야 한다고 명시한다. 우리 입법자들이 문화재보호법에 이를 명시하지 않는 이유는 무엇인지 궁금하다.

74) 이는 도난문화재에 한정하는 1970년 협약(제7조 b항)보다 넓으나 현행법을 유지한 것이다.

75) 이는 현행법의 문언이나 필자의 제안에 따르면 “1970년 협약상의 문화재”가 적절하다.

76) 1970년 협약상으로는 반출국에만 권리를 인정하는 취지로 해석된다. Thorn(註 20), S. 95.

77) 다만 문화재보호법 제20조도 조약에 따른 반환을 전제로 하므로 논란의 여지가 있다.

78) 필자는 과거 제20조는 1970년 협약보다 약화된 것이라고 하였다. 석광현, “국제적 불법거래로부터 문화재를 보호하기 위한 우리 국제사법(國際私法)과 문화재보호법의 역할 및 개선방안”, 서울대학교 법학 제56권 제3호(2015. 9.), 158면. 그러나 제20조 제5항도 ... 외국문화재의 반출국으로부터 ... 그 반환을 요청하는 경우라고 규정하므로 반출국 정부의 권리를 전

문화재에 한정하여 인정하면서 개인의 반입국에 대한 권리는 명시하지 않으나, 도난문화재의 소유자인 개인은 협약 제13조에 따른 민사소송을 제기할 수 있을 것이다.

#### 바. 사전조치인 취득방지와 반입금지의 미비

제20조는 외국으로부터 불법반출되어 한국으로 반입된 (외국)문화재에 관한 문화재청장의 유치(제2항), 보관·관리(제3항)와 반출국에의 반환(제5항)을 규정한다. 즉 한국은 1970년 협약 제7조가 정한 사항 중, 위(Ⅲ.3.가.)에서 언급한 ③ 불법반입된 외국문화재의 유치, 보관·관리 및 반환조치를 규정할 뿐이고, 위 ① 불법반출문화재의 한국 박물관에 의한 취득방지와 위 ② 다른 당사국 박물관 등으로부터 도난된 문화재의 한국으로의 반입금지를 명시하지 않고, 그 위반에 대한 제재도 명시하지 않는다. 사후조치인 ③(회수 및 반환조치)과 비교할 때 사전조치인 ①(취득방지)과 ②(반입금지)는 이행하기가 어려운 탓인지 모르겠다. 어쨌든 1970년 협약에 충실하자면 우리는 위 ①과 ②를 이행하기 위한 조문을 제20조 또는 다른 조문에 두어야 한다.<sup>79)</sup>

실제로 불법 수출입을 통제하자면 세관의 조치<sup>80)</sup>가 중요한데, 모델 문화재 반출증명서를 세계관세기구와 협력하여 작성한 사실도 이 점을 보여준다. 대마도 불상사건처럼 세관에서 반입이 걸리지 않으면 불법반입금지는 무의미하다.<sup>81)</sup>

#### 사. 1970년 협약이 방지하는 행위(제20조 제2항, 제4항, 제5항)

1970년 협약이 방지하는 대상인 행위가 무엇인가는 제20조의 문언과 1970년 협약의 번역문과 관련된다. 공식번역문은 1970년 협약의 import·export를 반입·반출이라 하고, 이를 이행하는 문화재보호법 제20조도 반입·반출을 규제 대상으로 삼는다.<sup>82)</sup> 그러나 제20조가 1970년 협약을 이행하는 것이라면 소유권의 양도 내지 이전을 전제로 하는 수입·수출이 더 적절한 것으로 보인다.<sup>83)</sup> 반출이라 함은 소유권의 양도 내지 이전과 관계없이 국외로 운반하여 나가는 것으로 보이기 때문이다. 예컨대 외국에서 전시를 위하여 그 소유자(박

---

제로 한다고 본다. 다만 1970년 협약 제13조가 정한 유실 또는 도난된 문화재의 회복을 위한 소송을 제기할 권리는 소유자에게만 인정되고 반출국 정부에게는 인정되지 않는다.

79) 그러나 이를 국내법에 명시하지 않는 국가들이 많고 미국은 제7조 b항의 반입금지를 국내법화한 소수의 국가라고 한다.

80) 유네스코의 홈페이지도 불법 수입된 문화재의 반환이 반드시 법정에서 소송에 의하여 해결되는 것이 아니라 국경 도착 시 압류에 의하여 해결되는 점을 강조하고, 2019년 6월 프랑스에서 페루로 반환된 두 개의 조각상과 2018년 11월 스위스에서 반환된 26개의 이집트 고고학적 보물 및 2018년 11월 캐나다 세관이 압류하여 요르단에 반환한 복수의 골동품 등을 열거한다.

81) EU규정(Council Regulation (EEC) No 3911/92 of 9 December 1992 on the export of cultural goods. 여러 차례 개정됨)은 유럽연합 내에서 세관통제가 폐지됨에 따라 문화재보호를 제대로 이행하기 위한 것이다. EU의 문화재보호를 위한 노력은 주목할 만한데, 그 핵심은 위 규정과 이사회지침(당초 Directive on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State, 즉 불법이동문화재의 반환에 관한 1993. 3. 15. 유럽공동체 이사회지침(93/7/EEC)이었으나 EU 이사회지침(2014/60/EU)으로 대체됨) 및 지침을 입법한 회원국의 국내법들이다. 개관은 석광현·이규호(註 15), 113면 이하 참조.

82) 필자도 과거 유니드로와협약의 국문번역 시 export를 반출로 번역한 바 있다.

83) 1970년 협약의 국문본은 번역이라 큰 의미는 없으나, 문화재보호법 제20조의 문언은 중요하다. 1970년 협약은 영어, 불어, 러시아어 및 스페인어로 작성되며 이 4개본은 동등한 효력을 가진다(제18조).

물관 등)가 우리 문화재를 외국으로 가지고 나가는 것은 ‘반출’에는 해당하지만 ‘수출’은 아니다. 문화재보호법상으로는 경우에 따라 수출과 반출을 함께 규제할 필요가 있으나(예컨대 제39조), 1970년 협약의 주된 관심사는 문화재의 반출·반입보다는 수출·수입일 것이다. 1970년 협약은 “illicit import, export and transfer of ownership of cultural property”라 하여 import 및 export를 문화재의 소유권 양도와 병렬적으로 규정하는 점(前文, 제2조 제1항, 제3조, 제5조, 제12조 등)으로부터 그런 추론이 가능하다.<sup>84)</sup>

#### 아. 제20조와 관련된 국제적 공조·협력

제20조는 문화재청장의 일방적 조치만을 규정하나 외국문화재를 반환하자면 외국문화재의 소유자 특히 반출국 정부와의 행정적 및 사법적 공조가 필요하다. 이는 1970년 협약 자체의 미비점이므로 우리가 문화재보호법에 근거규정을 두는 것만으로는 부족하다. 이는 양자조약을 통하여 보완할 수도 있다. 혹시 한국이 가까운 장래에 유니드로와협약에 가입한다면 당사국간의 제한적인 사법적·행정적 공조를 제공할 것을 요구하는 유니드로와협약에 의하여 보완할 수 있다.

### 6. 유네스코협약들의 이행방법의 정합성과 제19조·제20조의 편제의 문제점 및 개선방안

문화재보호법 제20조의 문제점과 개선방안은 위에서 논의하였다. 여기에서는 제20조 이외의 우리 입법의 개선방안 중 아래 2개의 논점을 논의한다. 첫째, 유네스코협약들의 이행방법의 일관성의 부족과 개선방안과 둘째, 19조·제20조의 편제의 수정이 그것이다.

#### 가. 유네스코협약들의 이행방법의 일관성 부족

1970년 협약과 비교할 때 세계유산협약과 무형문화유산협약의 이행은 상대적으로 큰 어려움을 수반하지 않는다.<sup>85)</sup> 여기에서는 이행법률의 제정 여부와 이행을 위한 법적 조치를 중심으로 한국의 유네스코협약들의 이행방법이 일관성이 있는가를 본다.<sup>86)</sup>

한국은 1970년 협약과 세계유산협약<sup>87)</sup>은 문화재보호법에서, 무형문화유산협약은 문화재보호법과 특히 무형문화재법에서<sup>88)</sup> 이행하는데, 세계유산협약의 이행법률이 가장 부실한 편이다. 자연유산 개념이 문화재보호법에 도입되지 않은 것이 단적인 증거이다.<sup>89)</sup> 문화재보호법은 1970년 협약을 언급하지 않고 제20조(외국문화재의 보호) 제1항에서 “대한민국이 가입한 문화재 보호에 관한 국제조약”을 언급할 뿐이다. 문화재보호법은 세계유산등의 등재

84) 위에서 본 것처럼 일본은 1970년 협약을 비준하면서 이행법률을 제정하였는데, 일본에서는 1970년 협약을 “문화재의 불법한 수입, 수출 내지 소유권이전을 금지하거나 방지하는 수단에 관한 조약”이라고 번역한다. 문화재의 불법 수출입 등의 규제 등에 관한 법률 제1조.

85) Prott(註 33), p. 5.

86) 위 두 개의 유네스코협약들의 내용 분석은 이 글의 목적이 아니다.

87) 세계유산협약의 이행을 위한 한국의 국내 활동과 노력은 이상해(註 9), 19면 이하 참조. 세계유산의 등록 및 보호에 관한 조문은 2002. 12. 30. 문화재보호법 제78조의2로 신설된 것 같은데, 2012년 6월 「세계유산의 보존·관리·활용에 관한 특별법안」이 제안되었으나 결국 문화재보호법 제19조의 신설로 귀착된 것으로 보인다.

88) 무형문화재법은 무형문화재유산보호협약의 이행을 위한 것이다. 정종섭 외, 무형문화유산 보전 및 진흥에 관한 법률 제정 연구(문화재청, 2011), 7면 이하 참조. 제4조 제1항은 국가는 무형문화재의 보전 및 진흥을 위한 종합적인 시책을 수립하고 시행하여야 한다고 명시한다.

89) 참고로 ‘문화유산과 자연환경자산에 관한 국민신탁법’(문화유산신탁법)(제2조 제3호)은 ‘자연환경자산’이라는 개념을 사용한다.

및 보호를 정한 제19조에서 유네스코를 언급할 뿐 정의하지 않으나,<sup>90)</sup> 무형문화재법은 제10조 제1항 제5호에서 유네스코를 정의한다.

한편 무형문화유산협약에 따르면, 각국은 문화적 다양성과 창의성이 유지될 수 있도록 대표목록 또는 긴급목록에 무형유산을 등재한다.<sup>91)</sup> 2015. 3. 27. 법률 제13248호로 제정된<sup>92)</sup> “무형문화재 보전 및 진흥에 관한 법률”(무형문화재법)은 무형문화유산협약을 언급하고 제8장(유네스코 협약 이행)에 ‘제47조(유네스코 아시아·태평양 무형문화유산 국제정보네트워크센터의 설치)’ 1개 조문을 둔다.<sup>93)</sup> 무형문화재법과 문화재보호법의 다른 조문들이 무형문화유산협약을 이행하나,<sup>94)</sup> 무형문화재법이 무형문화유산 대신 문화재보호법의 무형문화재 개념을 사용하고, 1개 조문만 두는 점은 납득하기 어렵다. 또한 무형문화유산협약은 동 협약의 핵심개념인 ‘보호(safeguarding)’의 개념을 넓게 정의하나<sup>95)</sup> 무형문화재법은 이런 개념을 수용하지 않는다.<sup>96)</sup>

이상의 논의를 정리하면 아래와 같다.

【표-1】 《각 협약의 이행법률과 법률 중 협약·근거에 대한 언급》

| 관련 협약·근거<br>한국내 발효            | 보호 대상                         | 이행법률/보호 대상                       | 이행법률 중<br>유네스코 언급과<br>정의     | 이행법률 중<br>협약·근거 언급    |
|-------------------------------|-------------------------------|----------------------------------|------------------------------|-----------------------|
| [1] 1970년 협약<br>1983. 5. 14.  | 문화재                           | 문화재보호법/문화재<br>유산/*문화경관<br>(복합유산) | 언급하나(제19조)<br>정의 없음          | 포괄적 언급 <sup>97)</sup> |
| [2] 세계유산협약<br>1988. 12. 14.   | 문화유산/자연<br>유산/*문화경관<br>(복합유산) |                                  |                              | 직접 언급 <sup>98)</sup>  |
| *세계 기억<br>프로그램 <sup>99)</sup> | 세계기록유산                        |                                  |                              |                       |
| [3] 무형문화유산협약<br>2006. 4. 20.  | 무형문화유산                        | 문화재보호법·무형문<br>화재법/문화재            | 언급과 정의<br>있음 <sup>100)</sup> | 직접 언급 <sup>101)</sup> |

90) 2011년 한국에 유네스코 아태무형유산센터를 유치하기 위하여 도입된 구 문화재보호법 제17조의2에 유네스코의 정의가 있었으나 무형문화재법으로 이동하였다.

91) 제16조와 제17조. 2005년까지 “인류 구전 및 무형문화유산 걸작 선포(Proclamation of Masterpieces of the Oral and Intangible Heritage of Humanity)”(무형문화유산협약 전문(前文)과 제31조 참조)라는 명칭의 유네스코 프로그램 사업이었으나 지금은 국제협약으로 발전되었다.

92) 무형문화재법은 2016. 3. 28. 시행되었다.

93) 이는 과거 구 문화재보호법 제17조의2에 규정되어 있던 것이다.

94) 무형문화재법 제25조(국가무형문화재의 보호·육성) 제1항은 “국가는 전통문화의 계승과 발전을 위하여 국가무형문화재를 보호·육성하여야 한다.”고 규정한다. 인간문화재 제도(living human treasure system)는 과거 유네스코의 프로그램이었는데 한국의 제안에 따라 무형문화유산협약에 채택되었다고 한다. 임돈희·Roger L. Janelli, “한국의 무형문화재 제도와 유네스코 무형문화유산 정책의 비교와 담론”, 학술원논문집(인문·사회과학편) 제58집 1호(2019), 99면.

95) 제2조 제3항에 따르면, “보호”라 함은 특히 무형문화유산의 감정·기록·연구·보존·보호·증진·고양 특히 공식적·비공식적 교육을 통한 전수 및 이러한 유산의 다양한 면모의 활성화 등 무형문화유산의 생명력을 보장하기 위한 조치를 말하므로 “protection”보다 넓다.

96) 이에 관하여는 정상우, “새로이 제정될 문화유산기본법의 기본과 특징”, 한국의 전통공연예술학, 제4권(2015); 최영화·민경선, “무형문화재법의 쟁점과 무형문화재 보전·진흥 방안 연구”, 입법과 정책 제9권 제2호(2017), 29면 이하; 정종섭 외(註 88), 2011) 참조.

97) 제20조 제1항은 “한국이 가입한 문화재 보호에 관한 국제조약(“조약”)을 언급한다.

이처럼 한국이 3개 유네스코협약을 이행하는 방법은 상이한데, 이런 사실은 조약의 이행 방법에 관한 기본원칙이 없음을<sup>102)</sup> 드러낸다. 한국이 유네스코협약들을 이행함에 있어서 그 구체적인 내용은 다를 수 있음은 물론이나, 적어도 이행방법 내지 이행을 위한 국내법의 체계 등은 일관성이 있어야 한다. 나아가 문화재보호법은 문화재 보호를 정한 기본법으로서 1970년 협약 가입 전부터 존재했던 법률이고 유네스코협약의 이행만을 위하여 제정된 법률이 아니므로 문화다양성법<sup>103)</sup>처럼 법의 목적에서 이행법률임을 밝힐 필요는 없지만, 누구든지 법률 문언으로부터 그것이 1970년 협약과 세계유산협약을 이행하는 것임을 파악할 수 있어야 한다. 적어도 문화재보호법에 유네스코의 정의와 1970년 협약에 대한 언급은 있어야 한다.<sup>104)</sup>

#### 나. 제19조·제20조의 편제의 조정

한국이 1970년 협약을 제대로 이행함으로써 외국문화재를 보호하자면 현재처럼 제20조 1개 조문이 아니라 이를 확대·개편하는 것이 바람직하다.<sup>105)</sup> 적어도 아래와 같이 1970년 협약의 이행을 위한 장을 신설하고 제19조와 제20조를 수정할 필요가 있다.<sup>106)</sup> 즉 문화재 보호를 위한 제도 및 행정과 관련된 1970년 협약의 조문을 이행하는 규정은 문화재보호법에 산재하므로 이를 이행을 위한 별도의 장에 묶기는 어렵지만, 문화재의 불법거래 방지와 직접 관련된 1970년 협약의 조문들을 이행하는 문화재보호법 제20조는 무형문화재법(제8장)에서 보듯이 이행에 관한 별도의 장에 둘 수 있는데, 제19조는 유네스코협약들과 프로그램을 대상으로 하므로 그 장에서 제19조와 함께 규정할 수 있다.<sup>107)</sup>

#### 제\*장 유네스코 협약의 이행

제19조(세계유산등의 등재 및 보호)

제20조(1970년 협약에 따른 문화재의 보호)

- 98) 제19조(세계유산등의 등재 및 보호)에 따르면, 문화재청장은 세계유산협약, 무형문화유산협약 또는 유네스코의 프로그램에 따라 국내의 우수한 문화재를 유네스코에 세계유산, 인류무형문화유산(Intangible Cultural Heritage of Humanity) 또는 세계기록유산으로 등재 신청할 수 있다.
- 99) 유네스코의 협약 및 프로그램 목록은 유네스코 웹사이트와 세계유산협약 운영지침, para. 44 참조.
- 100) 무형문화재법 제10조 제1항 제5호.
- 101) 무형문화재법 제8장(유네스코 협약 이행) 제47조.
- 102) 도경옥, “입법조치를 통한 조약의 이행-한국의 입법례를 중심으로”, 대한국제법학회 국제법학회논문집 제59권 제2호(통권 제133호)(2014. 6.), 37-38면 참조.
- 103) 국제협약의 이행을 목적으로 제정된 이행입법인 “문화다양성의 보호와 증진에 관한 법률”(문화다양성법)은, 제1조(목적)에서 동 법률은 유네스코의 2005년 “문화적 표현의 다양성 보호와 증진에 관한 협약”(문화다양성협약)을 이행하기 위한 법률임을 명시하고, 유네스코와 문화다양성협약을 정의하면서 협약상의 정의를 차용한다(제4조). 위 법률은 2014. 5. 28. 법률 제12691호로 제정되어 2014. 11. 29. 시행되었다.
- 104) 문화재보호법(제19조 제1항)에 세계유산협약과 무형문화유산협약에 대한 언급은 있다.
- 105) 논리적으로는 별도의 이행법률을 제정하는 방안도 가능하나, 우리가 이미 문화재보호법에 편입하는 방법을 취하였으므로 이제 와서 편제를 변경할 것은 아니다.
- 106) 만일 우리나라가 가까운 장래에 유니드로와협약에 가입한다면 이는 그 기회에 일괄 처리할 수도 있다.
- 107) 무형문화재법의 경우에도 이행법률임을 명확히 하지 않은 것은 아마도 한국이 무형문화유산협약을 구 문화재보호법에 따라 이행하기로 하였고 무형문화재법은 그 후 문화재보호법의 분법에 의하여 제정된 탓이 아닌가 모르겠다.

제19조는 문화재청장의 세계유산협약과 무형문화유산협약 등에 따른 국내의 우수한 문화재의 유네스코 등재신청, 등재된 세계유산등의 보존과 유지·관리 및 지원 등을 규정한다.<sup>108)</sup> 그러나 관련 협약 등을 이행하기 위하여 제19조만으로 충분한지와, 유네스코협약과 문화재보호법의 유기적 관련이 보장되는지도 의문이다. 예컨대 유네스코에 등재되지 않은 문화유산과 자연유산 및 무형문화유산 등의 보호와 외국의 세계유산등의 보호를 위한 협력 등을 언급하지 않는 이유도 궁금하다. 현행 제19조는 임시방편적인 미봉책에 불과한 것으로 보인다.

## V. 한국에서 1970년 협약의 이행이 문제된 사례

위에서 언급한 것처럼 한국에서 1970년 협약의 이행이 문제된 사례로는 몽골 공룡 화석과 대마도에서 훔쳐 온 고려 불상 사건이 널리 알려져 있다. 대검찰청은 한국에 불법반입되었던 공룡알 화석 11점을 2017년 4월 몽골 정부에 반환하였는데, 이는 문화재청이 주도한 것이 아니라, 형사사건의 처리과정에서 검찰이 주도한 것으로 알려져 있다.<sup>109)</sup> 필자는 전자의 반환경위를 잘 알지 못하기에 여기에서는 후자만 언급한다(후자에서 함께 물수되었던 동조여래입상은 일본 신사에 먼저 반환되었다).

### 1. 대마도에서 훔쳐 온 고려불상이 문제된 사건

이는 서산 부석사 고려 불상(이하 “이 사건 불상”이라 한다) 사건이다. 이 사건 불상은 대마도 관음사(이하 “관음사”라 한다)에 봉안되어 있었는데 2012. 10.경 절도범들이 절취하여 한국으로 밀반입하였다. 절도범들에 대한 유죄 형사판결에 따라 피고는 이 사건 불상을 절도범들로부터 몰수하여 보관 중이었다. 관음사는 몰수물 교부를 청구하였으나, 원고(서산 부석사)가 피고(대한민국)를 상대로 이 사건 불상에 대한 점유이전금지가처분을 신청하여 법원이 이 사건 불상을 관음사가 정당하게 취득한 사실이 소송을 통해 확정될 때까지 일본으로의 반환을 금지하는 가처분결정을 하였기에 피고는 몰수물 교부에 대한 판단을 보류하였다. 원고는 이 사건 불상은 원고의 소유인데, 이를 고려 말경 약탈당하였다고 주장하면서 피고를 상대로 이 사건 불상의 인도를 구하는 소(유체동산인도)를 제기하였다. 대전지방법원은 이 사건 불상은 원고의 소유로 추정할 수 있다고 판단하고 원고의 청구를 인용하였다.<sup>110)</sup> 피고가 항소하여 근자에까지 항소심에 계속 중이다.

한일 양국은 1970년 협약의 당사국이므로, 원고의 제소 전에 당초 우리 정부가 문화재보

108) 주목할 것은 매우 추상적이기는 하나, 제19조 제2항이 “세계유산등을 비롯한 인류 문화재의 보존 ... 을 위하여 적극 노력하여야 한다”고 규정함으로써 문화재청장에게 세계유산등으로 등재된 우리 문화재만이 아니라 인류 문화재의 보존 노력을 명시하는 점이다.

109) 이 사건은 석광현(註 57), 39면에서 언급하였다. 이에 관하여는 권순철 변호사가 논의할 예정이다.

110) 제1심 판결에 대한 평석은 석광현(註 57), 3면 이하; 박선아, “약탈문화재의 환수와 원소유자 반환의 원칙-대전지방법원 2016가합102119 서산부석사 불상인도청구사건을 중심으로-”, 한양대 법학논총 제34권 제3호(2017. 9.), 325면 이하; 류창호, “약탈 문화재의 소유권귀속에 관한 연구-서산 부석사 금동관음보살상을 중심으로-”, 아주법학(2019. 2.), 43면 이하; 송호영(註 16), 279면 이하; 주진열, “일본 관음사(觀音寺)에서 도난된 불상(佛像) 반환 문제에 대한 고찰-대전지방법원 2017. 1. 26. 선고 2016가합102119 판결 평석을 겸하여-”, 국제법학회논총 제65권 제2호(통권 제157호)(2020. 6.), 351면 이하 참조.

호법과 1970년 협약에 따라 이 사건 불상을 일본 정부에 반환해야 하는지가 논란의 대상이 되었다. 이런 이유로 이 사건은 우리 정부가 1970년 협약을 성실하게 이행하였는지를 평가함에 있어서 의미가 있다.<sup>111)</sup><sup>112)</sup> 여기에서는 이 점을 다룬다.

## 2. 문화재보호법 제20조의 적용요건

이 사건 불상이 보호 대상인 문화재보호법 제20조 제1항의 외국문화재가 되려면 그것이 ① 문화재보호법상의 문화재의 정의에 포함되고, ② 일본이 자국 법령에 따라 자국의 문화재로 지정·보호하는 대상이어야 하며, ③ 일본으로부터 불법반출된 것으로 인정할 만한 상당한 이유가 있어야 하고, ④ 일본이 자국에서 불법반출된 것임을 증명하며, ⑤ 일본이 조약에 따른 정당한 절차에 따라 그 반환을 요청하여야 한다. ③부터 ⑤ 요건의 구비는 별 의문이 없으므로 ①과 ② 요건이 구비되는지를 검토한다.

문화재보호법(제2조 제1항)은 문화재를 인위적이거나 자연적으로 형성된 국가적·민족적 또는 세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적 또는 경관적 가치가 큰 것으로 동항 각 호에 열거한 것이라고 정의한다. 1970년 협약의 대상은 각국이 지정한 문화재에 한정되지만, 한국 문화재에 한정되지는 않는다. 따라서 문화재의 개념요소를 충족한다면 가사 한국 문화재가 아니어도 ①의 요건은 구비된다. 이 사건 불상은 일본에서 지방 지정 유형문화재로 지정되어 보호받고 있었으므로<sup>113)</sup> ②의 요건도 구비된다. 결국 이 사건 불상은 ‘외국문화재’에 해당하고 제20조 제1항의 요건이 구비된다.<sup>114)</sup>

## 3. 문화재보호법에 따른 한국 정부의 이 사건 불상 반환의무

문화재보호법 제20조에 따르면, 문화재청장은 일본에서 도난된 뒤 불법반출되어 한국에 반입된 이 사건 불상을 유치하고, 박물관 등에 보관·관리하여야 하며, 일본으로부터 이 사건 불상이 자국에서 불법반출된 것임을 증명하고 1970년 협약에 따른 정당한 절차에 따라 그 반환을 요청하였다면 이를 일본에 반환될 수 있도록 필요한 조치를 하였어야 한다.

1970년 협약상으로도 이 사건 불상은 양국에서 1970년 협약 발효 후 한국에 반입된 일본의 도난문화재이므로 우리 정부는 이 사건 불상의 한국 반입을 금지했어야 하고, 일본의 요청에 따라 이 사건 불상의 반환에 관한 적절한 조치를 취했어야 한다(제7조). 다만 1970년 협약상으로는 일본 관음사가 1970년 협약 제7조 b항 (i)호상의 “종교적 공공기념관 또는 유사한 기관(a religious public monument or similar institution)”인지는 관음사의 실체에 따라 논란의 여지가 있다.<sup>115)</sup> 다만 문화재보호법 제20조가 1970년 협약보다 범위를 확대하였다고 본다면 문화재보호법상은 문제되지 않는다.<sup>116)</sup>

111) 1970년 협약은 소급효가 없으므로(제7조) 한국으로부터 일본으로의 이 사건 불상의 반출에는 적용되지 않는다.

112) 이런 맥락에서 위 사건에 관하여는 이규호 교수가 논의할 예정이다.

113) 여기에서 일본의 지정을 중앙정부에 의한 지정에 한정할 이유는 없고, 지방자치단체에 의한 지정도 포함한다고 보는 것이 1970년 협약의 취지에 부합할 것이다. 송호영(註 16), 294면 이하; 주진열(註 110), 364면도 같다.

114) 이 사건 불상이 한국 문화재가 아닌가라는 의문이 있으나 이 사건 불상의 원래 한국의 것이었더라도 문화재보호법 제20조가 적용되는 데는 별 의문이 없다. 석광현(註 57), 32면 이하 참조. 국제사법 맥락에서 기원국법을 적용하더라도 기원국은 일본이라고 한다. 송호영(註 16), 302면.

115) O’Keefe(註 3), p. 59 참조.

116) 이 사건 불상은 도난문화재이면서 동시에 불법반출 문화재이므로 1970년 협약 제7조와 문

다만 최종적인 결론을 내리기 전에 두 가지 쟁점을 검토해야 하는데 이는 항을 바꾸어 논의한다.

#### 4. 문화재보호법에 따른 한국 정부의 이 사건 불상 반환의무에 대한 예외

##### 가. 법원의 점유이전금지가처분의 영향

원고의 신청에 따라 법원이 가처분결정, 즉 이 사건 불상을 관음사가 정당하게 취득한 사실이 소송을 통해 확정될 때까지 피고가 일본으로 반환하는 것을 금지하는 취지의 가처분결정을 하였으므로 그것이 문화재청장의 1970년 협약에 따른 의무이행에 어떤 영향을 미치는지가 문제된다. 즉 가처분결정이 있는 이상 문화재청장은 이 사건 불상을 관음사에게 반환할 수 없는지(이는 문화재청장이 법원의 가처분을 위반하는 것은 바람직하지 않다는 고려에 기한 것일 수 있다), 아니면 가사 반환하더라도 관음사는 점유취득의 효력을 가처분 채권자인 원고에 대하여 주장할 수 없으므로 반환 자체는 가능한 것인가라는 의문이 있고, 가사 한국법상으로는 가처분을 이유로 반환을 거부할 여지가 있으나 반환거부는 여전히 국제법위반인지 등이 논란이 될 수 있다.<sup>117)</sup> 문화재청장은 가처분결정을 존중하여 반환하지 않는 것으로 짐작되나, 만일 1970년 협약상 한국의 반환의무가 인정된다면 가처분을 이유로 이를 거부하는 것은 국제법 위반이 된다. 국내법을 이유로 국제법상의 의무위반을 정당화할 수는 없기 때문이다

한편 그에 앞서서, 국제법상의 의무를 중시한다면 한국 법원은 위 가처분결정을 할 수 없는 것이 아닌가라는 의문도 있으나 그렇게 보기는 어렵다. 1970년 협약에 따른 반환은 문제된 문화재를 둘러싼 소유권에 관한 분쟁이 없음을 전제로 하고 다툼이 있는 경우에는 결국 소를 제기하여 처리할 수밖에 없다. 즉 이 사건에서 문화재청장이 1970년 협약상 반환할 의무를 부담하더라도 법원이 한국이 일본으로 반환하는 것을 가처분의 형식으로 금지한 이상 국내법적으로는 이를 이행할 수 없거나, 이행하더라도 그 법적 효과가 제한된다.<sup>118)</sup>

물론 가처분을 이유로 국제법상 의무위반을 면할 수는 없으나, 아래(나.)에서 보듯이 한국은 이 사건 불상의 반환을 거부할 여지가 있으므로 그렇게 볼 것은 아니다. 참고로 1970년 협약 제7조(b)(ii)에 따른 한국 정부의 국제법상 반환의무가 위 사건의 가장 중요한 쟁점이라는 견해도 있으나,<sup>119)</sup> 위 소송 사건의 맥락(즉 법원의 관점)에서는 그렇지 않다. 이 사건 소송은 부석사와 대한민국 간의 소송이고, 일본 정부와 관음사는 소송에 참가하지 않았으므로 더욱 그러하다.

##### 나. 한국 정부의 반환의무와 이 사건 불상의 소유권 귀속의 관계

만일 원고의 소유권을 인정한 법원 판결이 확정된다면 그것이 문화재보호법과 1970년 협약상 어떤 의미를 가지는가가 문제된다. 1970년 협약상 한국에 이 사건 불상의 ‘정당한 권

---

화재보호법 제20조가 순전한 불법반출 문화재에도 적용되는가의 문제는 제기되지 않는다.

117) 1970년 협약(제17조 제5항)은 분쟁 당사국의 요청에 따른 유네스코의 주선(good office)만 규정하고 달리 구속력 있는 분쟁해결 조항을 두지 않는다. 따라서 유네스코의 주선이 실패하면 결국 양국이 합의하는 구속력 있는 국제분쟁해결수단(중재재판 또는 국제사법재판소의 재판 등) 방식으로 분쟁을 해결하게 된다. 주진열(註 110), 362면.

118) O’Keefe(註 3), p. 60도 소유권에 관한 다툼이 있는 경우 수입국이 취하는 적절한 조치는 제소를 권유하는 것이고 그 경우 문화재를 압류할 수 있다고 한다.

119) 주진열(註 110), 372면, 註 78. 필자는 위 사건 분쟁의 해결에서 가장 중요한 쟁점은 불상의 소유권 귀속이라고 하였는데(석광현(註 57), 9면) 필자의 글은 판례평석이기 때문이다.

리자'가 있다면 일본은 그에게 공정한 보상을 지급하여야 한다(제7조 b항 (ii)호 단서). 정당한 권리자의 개념은 분명하지 않은데, 만일 부석사가 이 사건 불상의 소유권을 가진다면 정당한 권리자로 인정되어야 한다. 위 단서는 문화재보호법에는 없지만<sup>120)</sup> 그렇더라도 문화재보호법의 해석론으로서도 동일한 결론을 도출해야 한다고 본다.<sup>121)</sup>

다만 그 취지가 단순히 보상청구권의 부여인지, 아니면 보상을 받기 전에는 한국 정부가 외국문화재의 반환을 거부할 수 있다는 것인지는 불분명하나, 전자는 정당한 권리자의 권리를 침해하게 되므로 후자가 설득력이 있다. 따라서 만일 원고가 소유자라고 확정된다면 한국 정부로서는, 일본 정부로부터 부석사가 공정한 보상을 받거나 아니면 부석사에게 지급할 금원을 한국 정부가 수령하기 전에는 반환을 거부할 수 있다.

## VI. 1970년 협약을 보충하는 1995년 유니드로협약

한국과 일본은 아직 유니드로협약에 가입하지 않았으나, 중국은 1997년 5월 가입하여 1998. 7. 1. 발효되었다.<sup>122)</sup>

### 1. 주요 내용

유니드로협약은 사법적(私法的) 측면을 다루는 조약으로서 1970년 협약과 달리 보호대상의 지정과 국가의 간섭 없이 문화재를 도난당한 개인에게 도난문화재(stolen cultural objects)의 회복청구권을 인정하고(제2장), 불법반출된 문화재(illegally exported cultural objects)<sup>123)</sup>의 기원국에게 반환청구권을 인정한다(제3장).

#### 가. 도난문화재의 회복(제2장)<sup>124)</sup>

유니드로협약(제2장)은 도난문화재의 회복에 관하여 통일적인 실질규범<sup>125)</sup>을 둔다.

첫째, 제2장은 소유권의 문제를 국제사법적으로 해결하는 대신 “도난된 문화재의 점유자는 이를 반환하여야 한다”는 “공통의 최소한의 법적 규칙(common, minimal legal rules)”, 내지는 통일적인 실질규범(또는 실질법규범)을 둔다. 이는 도난문화재의 절대적 반환의무를 정한 점에서는 도난품에 관하여 “누구도 자신이 가지지 않은 것을 양도할 수 없다”는 ‘nemo

120) 이 점에서 한국의 유네스코협약들의 이행이 미비하다는 점을 확인한다.

121) 주진열(註 110), 374면은 문화재보호법에 보상에 관한 조문이 없더라도 1970년 협약에 따라 보상(이 견해는 이를 “변상”이라 한다)을 받을 수는 있으나, 1970년 협약의 해석상 보상을 받을 수 있는 자는 새로운 소유자에 한정되고 원래의 소유자는 포함되지 않는다고 본다. 이 견해는 문화재청장이 이 사건 불상을 일본에 반환한 뒤 부석사가 일본 법정에서 관음사를 상대로 소유물반환청구의 소를 제기할 수 있다고 본다. 그러나 이는 불필요한 절차를 강요하는 결과가 된다.

122) 일본이 가입하지 않은 주요 이유는 첫째, 동 협약의 보호 대상인 문화재의 범위가 모호하고, 둘째, 문화재 기원국의 반환청구권의 권리행사기간이 대단히 길다는 점이다. 도난 시로부터 장기간(50년)의 반환청구권을 인정하는 것은 선의취득자의 법적 지위를 장기간 불안정하게 하는 탓에 문제라는 것이다. 상세는 석광현·이규호(註 15), 143면 참조.

123) 협약이 'cultural property'를 선택하지 않은 것은 그것이 영미법계에서는 새로운 개념이었기 때문이라고 한다. 석광현·이규호(註 15), 18면.

124) 상세는 석광현·이규호(註 15), 32면 이하 참조.

125) 실질법(또는 실질규범)이라 함은 국제사법(또는 저촉법)에 대비되는 개념으로, 우리 민·상법과 같이 국제사법에 의하여 준거법으로 지정되어 특정 법률관계 또는 쟁점을 직접 규율하는 규범을 말한다. 석광현, 국제사법 해설(2013), 4면.

dat rule'을 취하는 영미법을, 점유자에게 일정한 보상을 지급하도록 하는 점에서는 선의취득자를 보호하는 대륙법을, 각각 따름으로써 양법계의 접근방법을 절충한 것으로 평가된다.

둘째, 위의 연장선상에서 제2장은 도난문화재 점유자의 반환의무와 반환청구권의 소멸시효에 관하여 통일된 실질규범을 둔다. 유니드로와협약은 점유를 상실한 자의 반환청구권이 시효에 의해 소멸함을 규정하면서 청구인이 문화재의 소재와 그 점유자의 신원을 안 때로부터는 3년이라는 단기소멸시효를, 또한 도난 시로부터는 50년이라는 장기소멸시효를 규정한다(제3조 제3항).

#### 나. 불법반출문화재의 반환(제3장)<sup>126)</sup>

제3장은 당사국들에게 당사국인 문화재 기원국(즉, 반출국)의 존중할 의무를 부과한다. 이는 유니드로와협약이 추구하는 문화재의 국제적 보호라는 가치를 공유하는 국가들 간에 일정한 유형의 문화재에 관한 반출금지의 실효성을 보장하기 위한 것이다. 전통적으로 어느 국가의 규칙에 위반하여 그 국가(반출국)로부터 문화재가 이동하였더라도 문화재의 반입국은 이를 불법한 행위로 간주하지 않고, 그것 자체가 그 문화재의 취득에 대한 법적 장애가 되지는 않았으나, 유니드로와협약은 이러한 '외국공법 부적용의 원칙'을 극복한 것이다. 이런 이유로 유니드로와협약은 널리 적용되는 조약으로서 처음으로 강행적인 외국공법규범의 적용을 의무화했다는 평가를 받고 있다.<sup>127)</sup> 당연히 반환하여야 하는 도난문화재와 달리 제3장에 따라 반환되어야 하는 불법반출 문화재의 범위는 어떤 중대성이 있어야 하는 점에서 제한적이다(제5조 제3항).

#### 2. 문화재보호법 제20조는 유니드로와협약을 고려한 것인가

위(IV. 2.)에서 언급한 것처럼 제20조가 유니드로와협약처럼 불법반출 문화재의 반환도 염두에 둔 것인가라는 의문이 있다. 유니드로와협약은 도난문화재와 불법반출 문화재를 달리 취급하는데, 문화재보호법 제20조가 불법반출 문화재의 반환을 언급하고 있기 때문이다. 만일 그렇다면 제20조는 매우 전향적인 입법이다.<sup>128)</sup> 한편 1970년 협약은 제7조에서 “불법 반출된 문화재(cultural property ... illegally exported)”와 “도난된 문화재(cultural property stolen)”를 언급하는 탓에 다소 애매하나 필자는 아래의 이유로 이를 부정한다.

첫째, 위 조문의 원조인 제78조가 법률 제3644호에 의하여 1982. 12. 31. 전부개정되어 1983. 7. 1. 시행된 것으로 유니드로와협약 채택 전이다. 둘째, 우리가 유니드로와협약에 가입하지 않은 점과 현재에도 우리 국제사법은 법원에 제3국의 국제적 강행규정을 일반적으로 존중할 의무를 부과하지 않는 점을 고려한다면 위의 해석은 무리이다. 셋째, 유니드로와협약 제3장의 문화재의 범위는 제한적인데(제5조 제3항 참조) 문화재보호법은 그런 제한을 두지 않는다.<sup>129)</sup> 즉 제20조는 1970년 협약 제7조 b항처럼 도난문화재, 그것도 박물관 등에

126) 상세는 석광현·이규호(註 15), 62면 이하 참조.

127) 이는 IMF 협정 제8조 2(b)가 다른 회원국의 외국환관리법을 적용할 의무를 부과하는 것과 유사하다.

128) 실제로 이재경, “불법반출문화재의 반환청구-반환청구의 요건과 절차-”, 국제사법연구 제 15호(2009. 12.), 291면은 제20조의 전신인 제97조는 유니드로와협약상 불법반출문화재의 반환을 염두에 둔 규정이라고 하면서, 문화재청에 의하여 불법반출 문화재의 반환이 이루어지게 되지만, 법원에게는 불법반출문화재의 반환명령에 대한 권한이 인정되지 아니한다고 한다. 그 근거는 밝히지 않는데 아마도 문언에 기초한 것으로 짐작된다.

129) 박동석, 문화재법: 각론편 I (2013), 114면 이하는 제20조의 해석에 별로 도움이 되지 않는다.

서 도난된 문화재에 한정하지 않고 불법반출 문화재 전반에 적용하는 점에서 그 범위가 더 넓고, 일정한 요건을 요구하는 유니드로협약 제3장보다도 더 넓다.<sup>130)</sup>

이런 맥락에서 1970년 협약, 문화재보호법과 유니드로협약을 비교하면 아래와 같다.

[표-2] 《각 문화재규범의 주요 내용 비교》

|                       |                              | 1970년 협약          | 문화재보호법                                           | 유니드로협약                                                                           |
|-----------------------|------------------------------|-------------------|--------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------|
| 문화재 개념                | 정의 <sup>131)</sup>           | 제1조<br>사실상 유형물    | 제2조/제20조(외국문화재) 광범위                              | 제2조와 부속서 <sup>132)</sup><br>사실상 유형물                                              |
|                       | 반출국 지정<br>요부 <sup>133)</sup> | O                 | O                                                | X                                                                                |
| 보호 대상 <sup>134)</sup> | 아래 A/B<br>구별 여부              | 구별하기는 함           | 구별하지 않음                                          | 준별하여 달리 취급                                                                       |
|                       | 불법 반출<br>문화재(A)              | 범위<br>제한          | X                                                | X                                                                                |
|                       | 반환요청<br>가부 <sup>136)</sup>   | 국가X/개인X           | 국가O <sup>137)</sup> /개인X                         | O: 상당한 문화적<br>중요성 필요 <sup>135)</sup><br>국가⓪: 반환청구권<br>(제5조) <sup>138)</sup> /개인X |
|                       | 도난<br>문화재(B)                 | 범위<br>제한          | O: 박물관 등에서 도난<br>/ 물품목록 기록 요                     | 上同(X) <sup>139)</sup>                                                            |
|                       | 반환요청<br>가부                   | 국가O/<br>개인O(제13조) | 上同(국가O <sup>140)</sup> /<br>개인X) <sup>141)</sup> | X                                                                                |

### 3. 유니드로협약 가입의 문제

유니드로협약은 1970년 협약을 보완하므로 문화재의 국제적 불법거래 방지라는 대의에

- 130) 어쨌든 한국이 유니드로협약에 가입한다면 그 때 제20조의 문언을 정비할 필요가 있다. 이에 관하여는 석광현·이규호(註 15), 197면 이하 참조.
- 131) 추상적 정의는 1970년 협약과 유니드로협약이 유사하나, 1970년 협약의 경우 당사국의 지정을 필요로 하므로 그 범위가 국가에 따라 다르나, 유니드로협약의 경우 지정을 요하지 않으므로 통일적인 문화재개념이 통용된다.
- 132) 목록 자체는 1970년 협약상의 그것과 같다.
- 133) 유니드로협약(제3조 제2항)은 “위법하게 발굴되었거나 적법하게 발굴되었어도 위법하게 보유된 문화재는 발굴이 이루어진 국가의 법에 합치하는 경우에는, 도난당한 것으로 간주된다”고 규정함으로써 반출국의 지정과 관계없이 보호 대상을 확대한다.
- 134) 유니드로협약은 불법반출문화재와 도난문화재를 체계적으로 구별하나, 1970년 협약은 제7조에 구분하기는 하지만 체계적이지 않고, 문화재보호법 제20조는 구분하지 않는다.
- 135) 유니드로협약상 강력한 반환청구권을 부여하므로 범위가 제한된다.
- 136) 이는 반출국이 국제법상 반환요청을 할 수 있음을 말하는 것이고 반출국이 반입국에서 소를 제기함으로써 이를 강제할 수 있는 것은 반환청구권이라고 하였다. 반환청구권을 가지기 위하여는 협약상 근거가 있고 그것이 이행법률에 의하여 구체화되어야 할 것이다.
- 137) 1970년 협약보다 범위를 불법반출문화재 일반에 확대한 것인지 불분명하다.
- 138) 권리의 행사가 절차적으로 보장되고, 그에 더하여 실체법상의 강력한 권리가 보장된다.
- 139) 위에서 보았듯이 문화재보호법 제20조는 반환 대상을 도난문화재에 한정하지 않으나, 조약에 따른 반환을 전제로 하므로 논란의 여지가 있다.
- 140) 그것이 불법반출이면 국가의 반환청구권이 인정된다.
- 141) 이는 문화재보호법이 아니라 민법상 인정되는 권리를 적은 것이다.
- 142) 국가의 권리는 부정된다. Thorn(註 20), S. 95. 실체법상의 강력한 권리가 보장된다. 국유 문화재라면 국가도 반환청구권을 가진다.

동참하기 위하여 한국도 유니드로와협약 가입을 전향적으로 검토할 필요가 있다. 물론 그 전제로서 도난된 외국문화재를 한국에서 선의로 취득하는 자를 보호하기 위한 인프라 등을 구축할 필요가 있다.<sup>143)</sup>

위에서 언급한 바와 같이 한국국제사법학회는 2009. 9. 5. 문화재청의 후원으로 유니드로와협약에 관한 세미나를 개최하였으며 당시 발표된 논문들을 국제사법학회지에 간행한 바 있다.<sup>144)</sup> 또한 필자는 이규호 교수와 함께 위에 언급한 보고서<sup>145)</sup>를 제출하였으나 그 후 과연 진전이 있는지 모르겠다.

## VII. 1970년 협약 이외에 문화재의 불법거래 방지를 위한 한국의 노력과 역할

### 1. 문화재의 국제적 보호를 위한 다양한 실무적 노력

종래 우리는 우리 문화재의 보호에 주로 관심을 가지고 있는 것이 사실이다. 이는 근대에 문화재를 약탈당하거나 상실한 근대의 경험을 고려한다면 무리도 아니다. 그러나 앞으로는 중국<sup>146)</sup> 기타 외국의 문화재의 보호에도 관심을 기울일 필요가 있다. 그것이 문화재 보호라는 대의에 부합하고 우리 문화재를 보호하겠다는 주장에도 설득력을 제고하는 방법이기 때문이다.

이런 맥락에서 우리는 유네스코 기타 국제기구 등의 조치에 동참해야 한다. 유네스코는 문화재의 불법거래에 대항하는 국가들을 지원하는 실무적 도구들을 제공하는데, 이는 ① 영화, 비디오 클립 및 출판물을 통한 인식 제고 캠페인, ② 문화재 관련 분쟁에 대한 조정규칙, ③ 인터넷에 의한 문화재 매매에 관한 조치,<sup>147)</sup> ④ 문화재 딜러를 위한 윤리강령, ⑤ 모델 수출 증명서, ⑥ 각국의 문화유산법 데이터베이스(Database on National Cultural Heritage Laws), ⑦ 미발견문화재의 국가 소유권에 대한 모델 조항<sup>148)</sup>을 포함한다.<sup>149)</sup>

유네스코 도구 외에도 [2] UNIDROIT Convention Academic Project(UCAP), [3] 인터폴(International Criminal Police Organization. INTERPOL) 도구(특히 도난된 예술품의 데이터베이스 포함), [4] 세계관세기구의 ARCHEO(문화재의 불법거래를 방지하기 위하여 세계관세기구(WCO)가 운영하는 인터넷 기반의 세관 당국 등 간의 실시간 커뮤니케이션 도구),<sup>150)</sup> [5] 국제박물관협의회(ICOM)의 적색목록(강탈, 약탈, 절도 또는 은밀한 발굴의 위

143) 이 점은 석광현·이규호(註 15), 223면 참조.

144) 국제사법연구 제15호(2009), 121면 이하에 6편의 논문이 수록되었다.

145) 이는註 10의 보고서를 말한다. 유감스럽게도 이는 온-나라정책연구 사이트에 올라 있지 않다. 개관은 석광현(註 125), 165면 이하 참조.

146) 동아시아에서의 문화재의 불법거래방지를 위한 조치에 관하여는 이근관, “동아시아지역의 문화재보호 및 불법거래방지에 관한 법적 고찰”, 서울대학교 법학 제44권 3호(2003), 91면 이하 참조. 이근관 교수는 불법거래방지를 위한 정보기술의 활용, 시민사회의 인식 고양과 문화재보호를 위한 지식공동체의 강화를 강조한다.

147) 상세는 ‘Online sales’ 장과 [http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/basic-actions-cultural-objects-for-sale\\_en.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/basic-actions-cultural-objects-for-sale_en.pdf) 참조.

148) 소개는 이종혁, “매장문화재 국유에 관한 UNESCO-UNIDROIT 모델법률조항: 국제사법적 합의와 우리 법제에의 시사점을 중심으로”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 419면 이하 참조.

149) EU·UNESCO(註 25), p. 86.

150) WCO는 이를 정보 교환을 위한 커뮤니케이션 도구 역할을 하고 문화재의 식별 및 확인을 지원하는 CENcomm 기반 플랫폼이라고 소개한다. CEN은 The Customs Enforcement Network로 보인다. 나아가 세계관세기구 이사회는 2016년 7월 “문화재의 불법거래 예방을

협이 있는 위험에 놓인 고고학적 대상 또는 기타 유형의 문화재 범주를 식별하는 것을 목표로 함), [6] UNODC의 SHERLOC (Sharing Electronic Resources and Laws on Crime) (UNODC와 세 개의 의정서<sup>151)</sup>의 이행에 관한 정보 보급을 촉진하고자 UNODC가 개발한 이니셔티브로 판례법, 입법, 참고문헌, 전략 및 조약의 다섯 가지 데이터베이스를 포함)과 [7] 유럽연합의 역내시장정보체계(Internal Market Information System, IMI)(빠르고 쉬운 정보 교환을 통해 EU 회원국 간의 행정협력을 촉진하기 위해 개발된 안전한 다국어 온라인 도구) 등이 있다.<sup>152)</sup>

한국은 EU 차원의 조치에 동참하기는 어려우나 다른 작업에는 적극 참여할 필요가 있다.

## 2. 유형문화재에 관한 국제물권법의 문제에 대한 관심

종래 물건에 대한 물권의 준거법에 관하여는 소재지법주의(*lex rei sitae* principle)가 통용되고 있고, 국제사법 제19조도 이를 따른다.<sup>153)</sup> 국제사법과 문화재보호법은 이에 대한 예외를 두지 않으므로<sup>154)</sup> 소재지법주의는 도난당한 문화재 또는 불법반출된 문화재에도 적용된다고 보는 것이 전통적인 견해이다. 이에 따르면 한국으로부터 도난당한 문화재가 외국에서 거래되는 경우 취득자의 선의취득 여부는, 가사 기원국인 한국법상 문화재의 선의취득이 불가능하더라도 취득 당시 소재지인 당해 외국법에 의할 사항이다. 이처럼 소재지법주의를 관철할 경우 국가에 따라 소유권취득의 요건이 상이하므로 문화재 도둑과 밀거래자가 처분지를 약삭빠르게 선택함으로써 이를 남용할 가능성이 있다. 실제로 이런 문제점을 드러낸 유명한 사례는 1979년 영국의 *Winkworth v Christie* 사건<sup>155)</sup>이다. 반면에 미국의 인터넷 경매사이트에서, 6. 25. 도중에 도난당한 인조계비 장렬왕후 어보를 취득한 고미술 업체 대표의 주장을 배척하고 대한민국의 권리를 지킬 수 있었던 사안도 있는데, 이는 미국에서는 도난물건의 선의취득이 인정되지 않기 때문이었다.<sup>156)</sup>

위한 세관의 역할에 관한 결의(Resolution on the Role of Customs in Preventing Illicit Trafficking of Cultural Objects)”를 채택한 바 있다.

151) 이는 “국제연합 초국가적 조직범죄 방지협약”과 그 의정서들(United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto)을 말한다. 동 협약(UNTOC)과 3개 부속의정서는 조약 제2258호부터 제2261호로서 한국에서도 2015. 12. 5. 발효되었다. 한국은 이행법률을 별도로 제정하는 대신 범죄단체조직죄(제114조)의 수정과 인신매매죄(제289조)의 신설 등 형법을 개정하였다.

152) EU·UNESCO(註 25), p. 90 이하 참조.

153) 반면에 문화재와 예술품의 국제매매계약과 같은 거래법 내지 계약법적 측면은 당해 매매계약의 준거법에 의한다. 매매협약은 당사자들이 배제하지 않으면 적용되므로 여기에서 한국도 가입한 “국제물품매매계약에 관한 UN협약”(CISG)이 중요하다. 그 경우 하자담보책임의 문제도 매매협약(제35조 이하)이 정한 물품적합성의 법리에 따라 해결된다. 다만 매매협약은 경매(auction)에는 적용되지 않는다(제2조 b항). 다만 매매협약이 적용되더라도 매수인의 소유권 취득 여부(도난문화재의 매수인이 그 소유권을 선의취득하는지를 포함하여)는 매매협약이 규율하지 않는다(제4조). 이는 법정지 국제사법에 의하여 결정되는 소유권의 준거법이 규율한다. 석광현, 국제물품매매계약의 법리: UN통일매매법(CISG) 해설(2010), 426면 이하 참조.

154) 참고로 독일의 국제사법인 민법시행법(제43조)도 소재지법주의를 따르나, 문화재보호법(Gesetz zum Schutz von Kulturgut, Kulturgutschutzgesetz, KGSG)은 제5장 제54조 제1항에서 외국의 문화재반환청구에 대하여, 제6장 제72조에서 독일의 문화재반환청구에 대하여 특칙을 두므로 문화재에 관하여는 그것이 문화재보호법에 따라 반환된 경우에는 소급적으로 반환 요청국법(통상 기원국법일 것이다)이 준거법이 된다.

155) [1980] 1 Ch. 496 = [1980] 2 W.L.R. 937 = [1980] 1 All E. R. 1121. 사안과 판결의 내용은 석광현(註 125), 246면,註 27 참조.

그러나 근자에는 도난 및 불법반출로부터 문화재를 보호해야 한다는 실질법적 가치는 한국만이 아니라 국제사회의 공통된 가치로서 존중되고 있다. 즉 근자에는 문화재의 경우 통상의 물건에 비해 거래안전을 보호할 필요성이 약하다는 근거로 취득 시 소재지법이 아니라 기원국법(*lex originis*)을 적용하는 견해와 그런 입법례(예컨대 벨기에 국제사법 제90조)도 있으며, 기원국법을 출발점으로 하면서도 실질적으로 더 밀접한 관련이 있는 국가가 있고 선의취득자 보호를 위하여 당해 국가의 법을 적용할 필요가 있는 경우 예외적으로 그 법을 적용하는 견해도 있다.<sup>157)</sup> 한국에도 기원국법주의(또는 기원국법설)을 지지하는 견해가 있다. 만일 도난문화재의 물권에 대해 기원국법주의를 적용한다면 예컨대 도난된 문화재의 선의취득 또는 시효취득과 관련하여, 원 소유자가 문화재의 반환을 청구할 수 있는지는 기원국법에 의한다.

따라서 우리도 국제사법 또는 문화재보호법에 기원국법주의를 규정할 필요성이 있는지와 그 범위를 어떻게 정할지에 대하여 깊이 있는 연구를 할 필요가 있다. 이와 함께 1970년 협약이 준거법의 결정에서 가지는 의미도 검토할 필요가 있다.<sup>158)</sup>

유니드로와협약은 도난문화재의 물권에 관하여 통일실질법을 도입함으로써 문화재 물권의 준거법의 상이로 인하여 발생하는 문제를 해결한다.

## VIII. 보호 대상에 관한 우리 문화재규범 간의 정합성

이는 문화재규범의 보호 대상인 문화재·세계유산, 세계기록유산 및 무형문화유산 등의 개념을 둘러싼 국내법과, 한국이 당사국인 유네스코협약의 정합성의 문제점과 개선방안의 문제이다. 이는 문화재의 국제적 불법거래 방지와 직접 관련된 것은 아니지만, 국제문화재법의 근본적인 논점의 하나이므로 여기에서 언급한다.

### 1. 현행법상 개념과 용어의 혼란상

문화재보호법은 문화재(즉 유형문화재, 무형문화재, 기념물과 민속문화재)를 보호 대상으로 규정하는 데 반하여, 1970년 협약은 재산적 성격이 강한 ‘문화재(cultural property)’를, 세계유산협약은 문화재 대신 ‘문화유산(cultural heritage)’ 개념을 사용하면서<sup>159)</sup> 보호 대상을 ‘문화유산’(기념물(monuments), 건물의 집단(groups of buildings)<sup>160)</sup>과 유적(sites). 제1조)뿐만 아니라 ‘자연유산’(natural heritage. 제2조)에까지 확대하는데, 실제로는 양자의 결합인 복합유산, 즉 ‘문화경관’(cultural landscape)<sup>161)</sup>이라는 개념<sup>162)</sup>과 그 밖에 세계유산협

156) 서울고등법원 2018. 9. 20. 선고 2017나2053997 판결(심리불속행으로 확정)도 그런 결론을 인정하였다. 이는 국외소재문화재의 환수 경로의 다양성을 보여주는 사례이다. 원고는 미국의 인터넷 경매 사이트에서 미국 버지니아주에 있던 도품(盜品)인 ‘인조계비 장렬왕후 어보(御寶)’를 낙찰 받은 뒤 대한민국 산하 국립 고궁박물관에 매수 신청을 하면서 위 어보를 인도하였는데, 국립고궁박물관이 위 어보가 도난품이라는 이유로 매입 및 반환을 거부하자 대한민국을 피고로 하여 그 반환을 구한 사안이었다. 서울고등법원 2018. 9. 20. 선고 2017나2053997 판결(확정됨)은 원고는 위 어보에 관한 소유권을 취득하지 못하였다고 판단하고 청구를 기각하였다.

157) 학설은 석광현(註 57), 135면 이하 참조. 석광현(註 125), 246면에서도 소개하였다.

158) Halsdorfer(註 51)은 이런 논점을 다룬 독일의 박사학위논문이다. 1970년 협약 제13조 d항의 의미는 위에서 언급하였다.

159) 세계유산협약 전문(前文)은 “cultural and natural property”라는 용어도 사용하는데 공식번역문은 이를 “문화재 및 자연재”라고 한다.

160) 이를 세계유산협약 운영지침처럼 ‘건물군’ 또는 ‘건조물군’으로 번역할 수도 있다.

약상의 세계유산은 아니나 세계기록유산이라는 개념이 사용되고 있다. 반면에 무형문화유산 협약은 무형문화유산을 보호 대상으로 삼는데, 이를 이행하는 무형문화재법은<sup>163)</sup> 무형문화유산이 아니라 문화재보호법상의 개념인 무형문화재를 보호 대상으로 규정한다. 이러한 혼란은 현재 국제적으로 통용되는 통일적인 문화재 개념이 없고, 또한 문화재 개념 자체가 시대에 따라 가변적이기에 불가피한 면도 있으나, 우리 법의 혼란은 과도한 것으로 보인다.

우리 법을 중심으로 보호 대상을 정리하면 아래와 같다.

[표-3] 《문화재보호법상 문화재와 유네스코협약상 보호 대상의 유형 및 근거》<sup>164)</sup>

| 문화재보호법 |                       | 유네스코협약 등               |                          |          |             |        |          |
|--------|-----------------------|------------------------|--------------------------|----------|-------------|--------|----------|
| 문화재    | ① 유형문화재               | 문화재·유산 <sup>165)</sup> | (세계기록유산) <sup>166)</sup> | 1970년 협약 | 세계의 기억 프로그램 |        |          |
|        |                       |                        | (유형)문화유산 <sup>167)</sup> |          |             |        |          |
|        | ③ 기념물 <sup>168)</sup> |                        | 자연유산                     |          |             | 세계유산협약 |          |
|        |                       |                        | *문화경관 <sup>169)</sup>    |          |             |        |          |
|        | ② 무형문화재               |                        | 무형문화유산                   |          |             |        | 무형문화유산협약 |
|        | ④ 민속문화재 (유형만)         |                        | —                        | 1970년 협약 |             |        |          |

유네스코협약을 중심으로 보호 대상을 정리하면 아래와 같다.

[표-4] 《유네스코협약과 국내법상 보호 대상의 유형》

| 문화재 | 유네스코협약 등     | 이행법률   |
|-----|--------------|--------|
|     | [1] 1970년 협약 | 문화재보호법 |

161) 이는 문화유산과 자연유산의 결합인 복합유산(combined works of nature and man)인데, 이를 “문화경관”이라 한다. 세계유산협약은 명시하지 않으나 세계유산협약 운영지침(para. 47)은 이를 사용한다. 해설은 위 운영지침 부록 3(172면 이하)과 Francesco Francioni (ed.), The 1972 World Heritage Convention: A Commentary (2008), p. 51 (Kathryn Whitby-Last 집필부분) 참조.

162) 다만 문화유산의 유형화는 큰 의미가 있는 것은 아니고 오히려 운영지침이 정한 기준이 중요한 의미를 가진다. 이는 세계의 범주가 함께 불가분의 전체를 구성하므로 세계유산협약상 문화유산을 정의함에 있어서 다른 요소로부터 분리될 수 없기 때문이라고 한다. Francioni, p. 29 (Yusuf 집필부분).

163) 무형문화유산협약상 무형문화유산 중 무형문화재는 문화재보호법과 무형문화재법에서, 민속문화재(의복, 기구 등)는 문화재보호법에서 보호되는 셈이다.

164) 이는 대체적인 분류상의 이동을 보여주기 위한 것이지 정확한 것은 아니다.

165) 여기에서 유산은 필자가 편의상 세계유산과 무형문화유산을 총칭한 것이다.

166) 세계기록유산은 마치 세계유산인 듯한 인상을 주나 세계유산협약상의 유산은 아니다.

167) 세계유산협약상의 문화유산(즉 유형문화유산)은 주로 부동산을 가리키므로 문화재보호법상의 유형문화재와 동일하지는 않은데, 문화유산에는 아래 표-4에서 보듯이, 기념물, 건물의 집단과 유적이 있다.

168) 상세는 표-5 참조. 사적에 유형문화재가 포함되기도 한다. 사찰은 사적이거나 도가 지정한 기념물 등이고, 그런 사찰이 국보와 보물 등 유형문화재를 보유한다.

169) 위 註 84 참조.

170) 1970년 협약상의 문화재 개념과 동일한 것은 아니다.

|        |                      |                                                        |                                     |                                                                        |
|--------|----------------------|--------------------------------------------------------|-------------------------------------|------------------------------------------------------------------------|
|        |                      | 문화재                                                    | ① 유형문화재 <sup>170)</sup>             |                                                                        |
|        |                      | [2] 세계유산협약                                             | 문화재보호법                              |                                                                        |
| 세계유산   | (유형) 문화유산            | (1) 기념물 <sup>171)</sup>                                | ③ 기념물 <sup>172)</sup>               | 문화재이나 분류 다름 <sup>173)</sup><br>문화유산 정의 없고 <sup>174)</sup><br>기념물 범위 넓음 |
|        |                      | (2) 건물의 집단                                             | ① 유형문화재                             |                                                                        |
|        |                      | (3) 유적(지) <sup>175)</sup>                              | ② 무형문화재                             |                                                                        |
|        |                      |                                                        | ④ 민속문화재                             |                                                                        |
|        |                      | *유네스코 세계의 기억 프로그램에<br>따른 세계기록유산은 [1]의<br>문화재이지 세계유산 아님 | 세계기록유산으로 언급<br>(유형문화재)              |                                                                        |
|        | 자연유산                 | 자연적 조형물 <sup>176)</sup>                                | 자연유산 정의 없음. 일부는 기념물 <sup>177)</sup> |                                                                        |
|        |                      | 지질학적 및 지문학적 생성물 <sup>178)</sup>                        |                                     |                                                                        |
|        |                      | 자연유적 <sup>179)</sup>                                   |                                     |                                                                        |
|        | 문화경관 <sup>180)</sup> |                                                        | 문화적 경관 정의 없음. 일부는 기념물               |                                                                        |
|        |                      | [3] 무형문화유산협약                                           | 문화재보호법 · 무형문화재법                     |                                                                        |
| 무형문화유산 |                      | 무형문화유산 <sup>181)</sup>                                 | ③ 무형문화재(문화재보호법의 개념과 同)              |                                                                        |

이미 많은 사람들이 지적인 것처럼 현행법상 문화재와 문화유산의 관계는 혼란스럽다.<sup>182)</sup> 논자에 따라서는 ‘문화재’와 ‘문화유산’을 동의어로, 또는 문화재를 문화유산의 하위개념으로 이해하기도 한다.<sup>183)184)</sup> 대체로 문화재는 재화를 의미하고, 문화유산은 문화재뿐만 아니라

171) 상세는 표-5 참조.

172) 상세는 표-5 참조.

173) 세계유산은 부동산 유산이다. 문화재청 웹사이트 [http://www.heritage.go.kr/heri/html/HtmlPage.do?pg=/unesco/unescoInfo.jsp&pageNo=5\\_1\\_1\\_1](http://www.heritage.go.kr/heri/html/HtmlPage.do?pg=/unesco/unescoInfo.jsp&pageNo=5_1_1_1) 참조. 기념물 중 기념비적 조각과 회화 등은 동산일 수 있으나, 세계유산협약상 동산이 될 가능성이 있는 부동산 유산의 등재 신청은 고려되지 않는다. 세계유산협약 운영지침, para. 48. 참고로 조선왕릉(40기), 서원(9개), 산사·산지 승원(통도사와 부석사 등 7개)은 세계문화유산이고, 불국사·석굴암은 별도의 세계문화유산이다.

174) 문화재보호법 제20조에서 문화유산을 언급하나 정의된 개념은 아니다.

175) 경주역사유적지구와 백제역사유적지구이기에 해당하는데 이는 문화재보호법상으로는 사적이나 그 안에 유형문화재(예컨대 국보인 첨성대)를 보유한다.

176) 영문은 “natural features”이다.

177) 예컨대 김녕굴과 만장굴은 세계자연유산이자 천연기념물이다.

178) 영문은 “geological and physiographical formations”이다.

179) 영문은 “natural sites”이다.

180) 위 註 162 참조.

181) 상세는 표-6 참조.

182) 예컨대 한국문화재정책연구원, 문화재 분류체계 구체화 방안 연구(2017), 415면.

183) Kerstin Odendahl, Kulturgüterschutz (2005), S. 390 참조. 1970년 협약은 문화재(cultural property)와 문화유산(cultural heritage)을 주로 사용하나 제9조에서는 “cultural patrimony”(공식번역은 “문화적 유산”)도 사용하는데 특별한 의미가 있는 것 같지는 않다.

184) Lyndel V. Prott & Patrick J. O’Keefe, “Cultural Heritage” or “Cultural Property”?, 1, Int’l J. Cultural Prop. 307, 309 (1992)(Nafziger/Paterson/Renteln, Cultural Law (2010), p. 207에 전재됨)은 양자를 구별하는 이유를 첫째, 문화재는 재화라는 점에서 무형유산을 포함할 수 없고, 둘째, 문화재는 소유권을 중시하므로 소유자가 임의로 처분할 수 있음이 당연한 데 반하여 문화유산은 현재와 후속 세대가 향유할 대상이라는 점, 즉 재화는 소유를 전제로 하는 데 반하여 유산은 전수되고 돌보며 보존해야 하는 대상이라는 근본적인 차이에서 구한다. 이런 관점에서 보면 문화재보호법이 일본법을 따라 사용하는

전통 기타 문화의 비물질적인 요소를 포함하는 더 일반적인 함의를 가진다.<sup>185)</sup> 그러나 세계유산협약상의 문화유산은 부동산이므로, 이는 무형문화유산도 포함하는 매우 넓은 개념인 문화재보호법상의 문화재와 동일하지 않다. 1970년 협약상의 문화재의 개념은 문화재보호법상의 유형문화재의 개념보다도 좁다.<sup>186)</sup> 문화재보호법에는 자연유산의 개념이 없고, 세계유산협약상 자연유산의 일부는 문화재보호법상 문화재에 속하는 기념물(명승과 천연기념물)의 개념에 포섭되는 탓에 혼란스럽다. 더욱이 흔히 사용되는 세계기록유산<sup>187)</sup>은 세계유산협약상의 세계유산의 일부가 아니고 오히려 유형문화재이다. 예컨대 조선왕조실록은 유네스코 차원에서는 세계의 기억 프로그램에 근거한 세계기록유산이고 1970년 협약의 보호대상이나, 문화재보호법상으로는 유형문화재인 국보(제151호)이다.

이처럼 현재 한국법상 문화재·문화유산 등의 개념은, (일본법에서 유래하는) 문화재보호법이라는 국내적 체계와, 유네스코협약들과 프로그램에 근거한 유네스코 체계 하에 분리되어 사용되는 탓에 혼란스러우므로 혼란을 해소 또는 축소하고자 개선방안을 모색해야 한다.<sup>188)</sup> 그러나 그의 실행은 결코 쉬운 작업이 아니다. 유네스코에서도 문화재 → 세계유산((유형)문화유산과 자연유산) → 무형문화유산의 순으로 그 대상이 점차 확대된 탓에 일관성이 부족하고, 또한 세계유산협약이 명시하지 않는 ‘문화경관’과, 세계유산협약이 아니라 1970년 협약의 대상인 ‘세계기록유산’이라는 개념을 도입한 탓에 체계화가 어려우며, 우리 국어사전적 의미와도 동일하지 않으므로 그런 작업의 어려움이 배가된다. 세계유산협약의 문화유산은 유형문화유산이고 자연유산, 무형문화유산과 세계기록유산은 포함하지 않는다. 또한 1970년 협약의 문화재와 세계유산협약상의 문화유산이 완전히 상호 배타적인 것은 아니다.<sup>189)</sup> 문화재와 문화유산 등의 개념 재정립을 위한 체계적인 논의는 필자의 능력을 넘는

무형‘문화재’와, 무형문화재법의 인간‘문화재’는 형용모순이라고 할 수 있다. 그러나 이런 구별이 무형문화유산에는 타당하나 유형문화유산에도 동일한 정도로 타당한지는 의문이다.

185) O’Keefe(註 3), p. 69. 문화유산신탁법은 문화재보다 넓은 개념으로서 문화유산을 정의한다. 즉 동법 제2조 제2호는 문화유산이라 함은 가. 문화재보호법 제2조 제1항의 규정에 따른 문화재, 나. 가목의 규정에 따른 문화재를 보존·보호하기 위한 보호물 및 문화재보호법 제2조 제5항의 규정에 따른 보호구역과 다. 가목의 규정에 따른 문화재와 나목의 규정에 따른 보호물 및 보호구역에 준하여 보전할 필요가 있는 것의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다고 정의한다. 이는 포괄적인 정의에 접근하나 여전히 자연유산을 포함한다.

186) 이는 1970년 협약의 문화재는 외국으로의 반출입, 도난 또는 소유권양도의 객체가 될 수 있는 문화재, 즉 유형의 동산문화재(tangible movable cultural property)일 것을 전제로 하기 때문이다. 유니드로와협약도 1970년 협약과 같다.

187) 한국의 유네스코 등재유산은 ① 세계유산(문화유산인 석굴암·불국사, 해인사 장경판전, 종묘 등과, 자연유산인 제주화산섬과 용암동굴), ② 인류무형문화유산(종묘제례 및 종묘 제례악, 판소리, 택견 등 전통문화)과 ③ 세계기록유산(훈민정음, 조선왕조실록, 해인사 대장경판 및 제(諸)경판, 조선왕실 어보와 어책 등)으로 구분된다. 문화재청 웹사이트 참조. 해인사 자체는 유네스코에 등재된 문화유산은 아니고 문화재보호법상 사적(제504호)이다. 세계기록유산은 유네스코가 1992년 출범한 “Memory of the World Programme(세계의 기억 프로그램)”에 따른 것인데, 유네스코는 ‘documentary heritage’라는 용어를 사용하고, 문화재보호법(제19조)은 세계기록유산이라 하나 정의된 개념은 아니다. 유네스코한국위원회는 Memory of the World (MOW)를 “세계기록유산” 또는 “세계의 기억”이라고 번역한다. 기록유산보호를 위한 일반지침(general guidelines to safeguard documentary heritage)은 세계기록유산의 등재기준을 정하고 있다. 세계기록유산 프로그램에 관하여는 <https://en.unesco.org/programme/mow> 참조.

188) 근자에는 “문화재 관련 영역의 변화에 적합한 문화재 용어의 사용과 활용을 위한 학술적 연구와 사회적 논의를 통한 합의 도출이 필요”하다는 의견도 있다. 한국문화재정책연구원(註 182), 460면.

일이고, 국제적으로도 보호 대상이 변화하고 있으므로 현행 조약을 추종해야만 하는 것은 아니나 적어도 아래(2.부터 7.) 개선방안은 고려할 필요가 있다.<sup>190)</sup> 특히 그때 그때의 필요에 의하여 성안된 조약과 달리 한국의 문화재규범은 나름의 정합성이 있어야 한다.

## 2. 1970년 협약상 문화재와 문화재보호법 제20조의 외국문화재의 관계

1970년 협약은 동 협약의 적용대상인 문화재를 정의하면서 그러한 문화재의 반출, 반입 금지와 도난된 경우 반환을 규정한다. 그러나 문화재보호법 제20조는 1970년 협약 특히 제7조를 이행하면서도 이를 1970년 협약에 따른 문화재에 한정하는 대신 외국문화재라고 하는 개념을 신설하고 그에 대하여 적용한다. 더욱이 1970년 협약은 반입금지와 반환 대상인 문화재의 범위를 박물관 등으로부터 도난당한 문화재에 한정하는 데 반하여, 문화재보호법 제20조는 그런 제한을 두지 않으므로 양자 간에 부정합이 발생한다. 이는 위(IV.3.)에서 논의하였다.

## 3. 문화재·문화유산의 개념: 문화재를 문화유산으로 대체할 것인가

이는 문화재보호법의 문화재, 세계유산협약의 문화유산·자연유산과 무형문화유산협약의 무형문화유산 개념 간의 정합성의 문제이다. 문화재와 문화유산의 혼란을 피하는 방법의 하나로 문화재보호법의 문화재를 문화유산(유형문화유산과 무형문화유산)으로 대체하고 법의 명칭도 문화유산보호법으로 수정하자는 제안도 있다.<sup>191)</sup> 하지만 문화유산의 국어사전적인 또는 통상적인 어의(語義)<sup>192)</sup>를 고려하면 그렇게 할 여지도 없지 않으나, 정착된 용어의 변경은 관리체계에도 영향을 미치는 탓에 많은 혼란과 비용을 초래하고, 위에서 보았듯이 세계유산협약상의 문화유산(정확히는 유형문화유산)은 부동산에 한정된다. 즉 우리가 필요로 하는 것은 “유형·무형문화유산<sup>193)</sup><sup>194)</sup> + 자연유산 + 유형문화재(문화재보호법상의)” 등을 포섭하는 포괄적 개념이므로 문화재를 단순히 문화유산으로 대체하는 것은 부적절하다.<sup>195)</sup> 만일 포괄적 개념을 사용한다면 그것을 ‘문화유산’, ‘문화재’ 또는 제3의 용어로 부를지는 기술적 문제이고, 중요한 것은 그런 용어에 부여하는 새로운 정의(定義)일 것이다.<sup>196)</sup>

189) 예컨대 동물군, 식물군, 비명(금석문) 등은 양자에 포섭되는 것으로 보인다. 문화재와 문화유산의 개념은 우선 한국문화재정책연구원(註 182), 415면 이하 참조.

190) 보다 체계적인 검토는 우선 한국문화재정책연구원(註 182), 특히 “제6장 문화재 분류체계 개선을 위한 연구 방향”(415면 이하) 참조. 필자가 그 내용에 모두 동의하는 것은 아니다.

191) 예컨대 임돈희·Roger L. Janelli(註 94), 110면. 이는 국제적으로 문화유산이라는 용어가 보편적으로 사용되고 있으므로 문화재청도 문화유산청으로 바꾸는 것이 좋다고 한다.

192) 국어사전적으로는 이를 세계유산이라고 부를 수 있으나 세계유산협약상 세계유산은 무형문화유산을 포함하지 않으므로 부적절하다. 또한 문화재보호법 제19조와 제20조가 사용하는 “인류 문화재” 또는 “인류의 문화유산”이 이런 포괄적 개념이라고 보기는 어렵다.

193) 과거 한국이 무형문화유산협약을 이행할 당시 문화재보호법과 별개로 무형문화재법을 제정하면서 무형문화재 대신 ‘무형문화유산’ 개념을 사용하자는 제안(예컨대 정종섭 외(註 88), 60면 이하)이 있었으나 채택되지 않았다.

194) 다른 법률과의 관계를 정한 문화재보호법 제5조와 무형문화재법 제6조 참조. 문화재보호법 제3조는 ‘원형 유지’를 문화재보호의 기본원칙으로 삼는 데 반하여, 무형문화재법 제3조는 ‘전형(典型) 유지’를 무형문화재 보전의 기본원칙으로 삼는데 무형문화재의 경우 후자가 우선한다. “전형(典型)”이란 해당 무형문화재의 가치를 구성하는 본질적인 특징으로서 대통령령으로 정하는 것인데(무형문화재법 제2조 제2호), 여러 세대에 걸쳐 전승·유지되고 구현되어야 하는 고유한 기법, 형식 및 지식을 말한다(동법시행령 제2조 제1항).

195) 그러나 이런 취지로는 김형섭, “국가유산의 일부로서 자연유산의 개념정립에 관한 소고”, 홍익법학 제15권 제1호(2014), 515면 참조.

#### 4. 자연유산과 복합유산(또는 문화경관) 개념의 도입

세계유산협약 제11조에 따르면 세계유산일람표에 기재될 수 있는 것은 “문화유산 및 자연유산의 일부를 구성하는 재산으로서 자국의 영역내에 있는 것”인데, 문화재보호법 제19조 제1항은 문화재청장은 한국의 우수한 문화재를 유네스코에 유산(즉 세계유산, 인류무형문화유산 또는 세계기록유산)으로 등재 신청할 수 있다고 규정하여 부정합이 발생한다. “국내의 우수한 문화재”를 “세계유산협약에 따른 문화유산 및 자연유산의 일부를 구성하는 재산”이라고 수정하는 것이 바람직하다.<sup>197)</sup> 또한 문화재보호법은 세계유산협약의 ‘자연유산’ 개념을 사용하지 않고 그 중 일부를 문화재의 일종인 기념물(명승과 천연기념물)에 포섭한다. 그러나 정합성을 제고하기 위하여 문화재보호법에 자연유산과 복합유산(즉 문화경관)의 개념을 도입하는 것이 바람직하다.<sup>198)</sup> 특히 세계유산협약을 이행하는 문화재보호법이 협약의 핵심 개념인 자연유산을 모른다는 것은 부적절하다.

#### 5. 기념물 개념의 수정

문화재보호법과 세계유산협약상 기념물의 개념이 상이한 것은 주목할 만하다. 세계유산협약상의 기념물은 세계유산에 속하는 문화유산(자연유산과 대비되는) 중에서 건물의 집단과 유적이 아닌 것을 가리키는 좁은 개념이나, 문화재보호법상의 기념물은 유적(사적)의 일부와 자연유산도 포섭하는 넓은 개념이지만 민속문화재는 포함하지 않는다. 국제적으로는 ‘ICOMOS(International Council on Monuments and Sites, 국제기념물유적협의회)’<sup>199)</sup>의 명칭에서 보듯이 기념물과 유적은 별개의 문화유산으로 취급되나, 문화재보호법상 기념물은 사적(즉 유적)을 포함하므로, 후자에 따른다면 ‘국제기념물협의회’라고 하면 족하다. 따라서 정합성을 제고하기 위하여 세계유산협약의 ‘기념물’ 개념을 고려하여 문화재보호법상의 기념물 개념을 수정할 필요가 있다.<sup>200)</sup> 더욱이 제주화산섬과 용암동굴은 국제적으로 한국 유일의 세계자연유산인 데 반하여 그의 일부인 김녕굴과 만장굴은 국내적으로 천연기념물(제 98호)로서 문화재이다. 그러나 자연유산을 문화재로 인식하는 것은 어색하고,<sup>201)</sup> 동굴은 세

196) 예컨대 위에서 언급한 문화유산신탁법의 문화유산 정의는 포괄적이다. 동법 제2조 제2호 참조. 이런 시도는 평가할 만하나 이는 자연유산을 포함하는 개념이므로 세계유산협약의 문화유산과는 다르다.

197) 2002. 12. 30. 제19조가 구 제78조의2(세계유산의 등록 및 보호) 제1항으로 신설될 때의 문언은 “문화재청장은 세계문화및자연유산보호에관한협약 제11조의 규정에 의하여 현저한 인류보편적 가치를 갖는 문화유산 및 자연유산을 세계유산으로 국제연합교육과학문화기구 세계유산위원회에 등록신청할 수 있다.”(밑줄은 필자가 추가)는 것이었다.

198) 한국이 1988년 9월 세계유산협약 가입을 계기로 반영했어야 한다.

199) 이는 유네스코세계유산 등재를 심사하는 자문기구의 역할도 담당한다. 세계유산협약의 공식번역문은 이를 “국제기념물유적이사회”라고 한다. 참고로 이코모스 한국위원회가 있다. [http://www.icomos-korea.or.kr/wanee/bbs/board.php?bo\\_table=z1\\_1](http://www.icomos-korea.or.kr/wanee/bbs/board.php?bo_table=z1_1) 참조.

200) 임금옥, “문화재보호법상의 ‘기념물’ 개념 연구-자연물(문화재)을 중심으로”, 남도민속연구 제38호(2019), 251면 이하는 기념물 중 ‘나항’과 ‘다항’의 순수 자연물 및 자연환경은 별도의 자연유산으로 구분하고, ‘나항’의 문화적 요소를 담보한 자연 대상 문화재와 ‘다항’의 그것을 명승과 같은 개념으로 구분하여 법체계를 세분화하자고 한다. 다른 접근방법으로는 김지영·김형섭·이유봉·홍종현, 천연기념물 및 명승보전에 관한 법률제정연구(한국법제연구원, 2013)가 있는데, 이는 천연기념물 및 명승과 그 밖의 자연유산을 보호하고자 세계유산협약을 참고하여 그 이행법률로서 천연기념물·명승 보전법안을 제안한 것이었다.

201) 김수갑, “문화재보호법의 체계”, 법과사회 제19권(2000), 52면; 김형섭(註 195), 514면 註 24 문헌 참조. 임금옥(註 200), 255면도 문화를 “문화예술, 생활 양식, 공동체적 삶의 방식, 가치 체계, 전통 및 신념 등을 포함하는 사회나 사회 구성원의 고유한 정신적·물질적

계유산협약상 기념물도 아니다. 우리가 ‘자연유산’ 개념을 모를 때에는 천연기념물을 기념물로 분류할 수 있었지만, 세계유산협약에 가입함으로써 자연유산 개념을 수용한 현재도 이를 고집하는 것은 혼란스럽다.<sup>202)</sup> 양자의 기념물 유형을 비교하면 아래와 같다.

[표-5] 《문화재보호법과 세계유산협약에 따른 기념물 유형》

| 문화재보호법: 문화재의 일종<br>(제2조 제1항 제3호) |                                                                                                                | 세계유산협약: 문화유산의 일종 <sup>203)</sup> |                                                                       |
|----------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|
| 기념물 <sup>204)</sup>              | *우측 협약의 기념물은 한국에서는 유형문화재(건조물과 고고자료 등)이거나 사적                                                                    | 기념물                              | 건축물                                                                   |
|                                  |                                                                                                                |                                  | 기념(비)적 조각품 및 회화                                                       |
|                                  |                                                                                                                |                                  | 고고학적 성질을 가진 요소 또는 구조물 (고고학적 성격의 유물 및 구조물)                             |
|                                  |                                                                                                                |                                  | 비명(금석문)                                                               |
|                                  | <b>사적:</b> 절터, 옛무덤(고분), 조개무덤, 성터, 궁터, 가마터, 유물포함층 등 사적지(史蹟地)와 특별히 기념이 될 만한 시설물로서 역사적·학술적 가치가 큰 것                |                                  | 동굴주거 및 조형물의 결합(혈거지, 그리고 역사, 예술 또는 학술의 관점에서 탁월한 보편적 가치를 갖는 여러 요소의 복합체) |
|                                  | <b>명승:</b> 경치 좋은 곳으로서 예술적 가치가 크고 경관이 뛰어난 것 <sup>206)</sup>                                                     |                                  | *좌측 사적은 표-4의 [2](3) 유적에 상응하므로 일부는 위 협약상 기념물일 것 <sup>205)</sup>        |
|                                  | <b>천연기념물:</b> 동물(서식지, 번식지, 도래지 포함), 식물(자생지 포함), 지형, 지질, 광물, 동굴, 생물학적 생성물 또는 특별한 자연현상으로서 역사적·경관적 또는 학술적 가치가 큰 것 |                                  | *좌측 명승과 천연기념물은 대체로 자연유산                                               |

## 6. 민속문화재 개념의 수정: 무형 민속문화재 개념의 도입

문화재를 새롭게 정의할 경우 문화재보호법상 별도 문화재 유형인 민속문화재의 취급이

· 지적·감성적 특성의 총체”라고 정의한 문화기본법(제3조)을 언급하면서, 기념물 중 명승과 천연기념물을 문화의 영역으로 정의하는 것은 지나친 비약이라고 비판한다.

202) 동물 서식지와 식물 자생지는 세계유산협약상 기념물이 아니라 자연유산이다. 흥미로운 것은 “자연환경자산”이라는 개념을 사용하는 문화유산신탁법 제2조 제3호인데, 이는 (동호가 열거하는) 지역의 토지·습지 또는 그 지역에 서식하는 ‘야생생물 보호 및 관리에 관한 법률’ 제2조 제2호에 따른 멸종위기 야생생물을 말한다고 정의한다.

203) 다만 어느 것이든 역사, 예술 또는 과학의 관점에서 현저한 보편적 가치(outstanding universal value)를 가져야 한다(팔호 안은 세계유산협약 운영지침의 번역). 세계유산위원회는 세계유산에 속하는 재산이 ‘세계유산일람표’(World Heritage List)(대표목록)와 ‘위험에 처한 세계유산일람표’(list of World Heritage in Danger)(긴급목록)에 기재될 수 있는 기준을 정하는데(세계유산협약 제11조 제5항), 세계유산협약 운영지침(para. 77)은 10개의 기준을 열거한다. 과거에는 문화유산 기준 (i)-(vi)과 자연유산 기준 (i)-(iv)을 구분하였으나 세계유산위원회는 제6차 특별회의에서 10개 기준으로 통합하였다. 해설은 Francesco Francioni (ed.), The 1972 World Heritage Convention: A Commentary (2008), p 161 이하(Tullion Scovazzi 집필부분) 참조.

204) 문화재청장은 ... 기념물 중 중요한 것을 사적, 명승 또는 천연기념물로 지정할 수 있다(문화재보호법 제25조 제1항).

205) 예컨대 강화 부근리 지석묘(고인돌)와 창덕궁은 국제적으로는 세계문화유산이고 국내적으로는 사적(전자는 제137호, 후자는 제155호)이다.

206) 거제 해금강이 대표적인 예이다.

문제된다. 현재는 일본과 달리 우리 문화재보호법상의 민속문화재는 유형적인 것만을 말하고(예컨대 덕온공주 당의, 강릉 선교장과 고택 등) 무형적인 것은 포함하지 않는다.<sup>207)</sup><sup>208)</sup> 이처럼 유형문화재인 민속문화재를 별도의 문화재 유형으로 취급할 정책적 필요가 있다면 그 개념을 유지할 수 있으나, 현재처럼 민속에 관한 것 중 유형적인 것은 민속문화재, 무형적인 것은 무형문화재로 구분할 것이 아니라, 무형적인 민속문화재도 민속문화재에 포섭하여 통일적으로 규율하는 것이 적절하다. 문화재에 유형문화재와 무형문화재를 포함시킨다면 민속문화재에도 유형민속문화재와 무형민속문화재를 포함시키는 것이 자연스럽다.<sup>209)</sup>

## 7. 무형문화재법상 무형문화유산 개념의 도입

국회는 무형문화유산협약 가입을 계기로 협약상의 정의를 고려하여 무형문화재의 개념을 수정하고 구체화하였다.<sup>210)</sup> 그러나 무형문화유산협약을 이행하는 무형문화재법은 동 협약의 무형문화유산 개념을 사용하는 대신 무형문화재의 개념(문화재보호법상 무형문화재의 개념과 동일)을 사용한다. 그러나 아래에서 보듯이 양자는 차이가 있다. 예컨대 문화재보호법은 유형물을 제외하는 데 반하여 무형문화유산협약은 이를 포함하는데, 무형문화유산은 문화재보호법상의 민속문화재도 일부 포함하는 것으로 보인다. 따라서 개념상의 혼란을 피하기 위하여 무형문화재법상 무형문화유산 개념을 정면으로 수용하면서 관련된 유형물을 포함시키고 이를 문화재보호법에도 반영하는 것이 바람직하다.

[표-6] 《무형문화재법상 무형문화재와 무형문화유산협약상 무형문화유산》<sup>211)</sup>

| 무형문화재법(제2조 제1호)·<br>문화재보호법(제2조 제1항 제2호)상<br>무형문화재                                | 무형문화유산협약상<br>무형문화유산(제2조)                                                                                     |
|----------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>정의:</b> 여러 세대에 걸쳐 전승되어 온 무형의 문화적 유산 중 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것(*우측 밑줄 친 유형물 불포함) | <b>정의:</b> 공동체·집단과 때로는 개인이 자신의 문화유산의 일부로 보는 관습·표상·표현·지식·기능 및 이와 관련한 <u>도구·물품·공예품</u> 및 문화 공간 <sup>212)</sup> |
| ① 전통적 공연·예술                                                                      | [2] 공연 예술                                                                                                    |
| ② 공예, 미술 등에 관한 전통기술                                                              | [5] 전통 공예 기술                                                                                                 |
| ③ 한의약, 농경·어로 등에 관한 전통지식                                                          | [4] 자연과 우주에 대한 지식 및 관습                                                                                       |
| ④ 구전 전통 및 표현                                                                     | [1] 언어 포함 구전 전통 및 표현                                                                                         |
| ⑤ 의식주 등 전통적 생활관습                                                                 | [3] 사회적 관습·의식 및 제전                                                                                           |
| ⑥ 민간신앙 등 사회적 의식(儀式)                                                              |                                                                                                              |
| ⑦ 전통적 놀이·축제 및 기예·무예                                                              |                                                                                                              |

207) 문화재보호법(제2조 제1항 제4호)상 민속문화재는 “의식주, 생업, 신앙, 연중행사 등에 관한 풍속이나 관습에 사용되는 의복, 기구, 가옥 등으로서 국민생활의 변화를 이해하는 데 반드시 필요한 것”을 말한다. 즉 유형문화재만이 민속문화재이고 풍속이나 관습 자체는 민속문화재가 아니다.

208) 한국의 역사마을(Historic Villages): 하회(안동)와 양동(경주)은 세계문화유산이고 그 안에 많은 민속문화재 등이 있다.

209) 일본 문화재보호법(제2조 제1항 제3호)이 그런 태도를 취한다.

210) 과거의 정의는 “연극, 음악, 무용, 놀이, 의식, 공예기술 등 무형의 문화적 소산으로서 역사적·예술적 또는 학술적 가치가 큰 것”이었다.

211) 최영화·민경선(註 96), 33면, <표 1> 유네스코의 무형문화유산과 한국의 무형문화재 개념 비교도 참조.

212) 무형물인 문화재보호법상의 무형문화재와 달리 무형문화유산협약의 무형문화유산은 유형물

따라서 가급적 무형문화재법상으로도 무형문화유산 개념을 도입하는 것이 바람직하다. 물론 이는 무형문화재법만의 문제는 아니고 위에서 언급한 문화재와 문화유산 간의 관계정립과도 관련되는 어려운 문제이다. 다만 그런 포괄적인 작업은 뒤로 미루더라도 우선 무형문화재의 개념에 무형문화유산협약에서 보는 바와 같은 “도구·물품·공예품 및 문화 공간”등의 개념을 포섭할 필요가 있다. 참고로 지난 9월 말에는 전주 소재 국립무형유산원 주최로 ‘2020 세계무형문화유산포럼’이 비대면으로 개최된 바 있다.

## IX. 맺음말

위에서는 1970년 협약 채택 50주년을 기념하여 문화재의 국제적 불법거래 방지를 위한 한국의 노력과 역할을 논의하였다. 이를 위하여 1970년 협약의 주요 내용과, 1970년 협약의 한국내 이행을 살펴보았다. 그 결과 한국은 1970년 협약을 대체로 적절하게 이행하고 있으나 불법반출 문화재의 반입을 금지하지 않는 점과 문화재 반출증명서 제도의 부재 등의 미비점이 있으므로 개선의 여지가 있음을 보았다.

또한 우리는 1970년 협약을 이행하는 방법의 일환으로 문화재보호법 제20조를 도입하였으므로 그 보호(특히 반환) 대상은 1970년 협약의 문화재여야 하나, 입법자들이 1970년 협약의 범위를 넘어 그 범위를 외국문화재로 확대한 것으로 볼 여지도 있으나 이는 논란의 여지가 있다. 어떻게 보면, 우리는 한국이 1970년 협약을 적절히 이행하고 있다고 믿으면서 미비사항을 개선하려는 노력을 게을리하고, 세계유산협약과 무형문화유산협약을 이행하기 위한 입법을 제대로 하지 못한 것이 아닌가라는 생각이 든다.<sup>213)</sup> 국제적인 논의를 보면 문화재의 불법거래를 방지하기 위한 노력은 문화재청만이 아니라 세관, 검찰, 법원, 문화재 관련 단체와 깨어 있는 국민들의 지원과 협력,<sup>214)</sup> 더욱이 국제적 공조 없이는 불가능하다는 점을 깨닫게 된다. 또한 한국의 법체계에서 ‘국제문화재법’<sup>215)</sup>이라고 할 수 있는 분야에 대한 관심이 부족한 것도 우려된다. 또한 세계유산협약과 무형문화유산협약과 같은 문화재 또는 문화유산 관련 협약을 이행함에 있어서 그 내용을 정치하게 다듬어야 함은 물론이나, 그와 병행하여 이행방법을 체계화할 필요가 있다.<sup>216)</sup> 앞으로도 한국이 여러 국제협약에 가입하고 이행할 필요가 있음을 고려하면 이는 결코 우리가 게을리할 수 없는 과제이다. 마지막으로 보호 대상에 관한 우리 문화재규범 간의 정합성을 제고할 필요가 있음을 지적하였다.

---

(예컨대 문화유산의 일부인 관습 등과 관련한 도구·물품·공예품)을 포함한다. 문화재보호법상 그런 유형물은 유형문화재 또는 민속문화재가 될 수 있을 것이다.

213) 세계유산협약의 이행법률인 쉼인 문화재보호법이 자연유산 개념을 수용하지 않은 점과, 문화재보호법이 세계유산협약의 정의와 크게 다른 기념물 개념을 규정하는 점을 상기하라.

214) 따라서 문화재의 역사적·예술적·학술적·경관적 가치 습득을 통하여 문화재 애호의식을 함양하고 민족 정체성의 확립 등에 기여하는 ‘문화재교육’이 중요하다(문화재보호법 제2조 제2항).

215) 국제사법학회는 국제문화재법연구회를 운영하고 있으나 여러 모로 부족하다. 필자는 註 57에 언급한 글의 부제를 “국제문화재법의 제문제”라고 붙였는데 이는 이에 대한 한국 법학계의 주의를 촉구하기 위한 것이다.

216) 한국이 세계유산협약에 가입함으로써 자연유산 개념을 수용하고 제주화산섬을 자연유산으로 등재하였으면서도, 국내적으로는 문화재보호법에서 이를 문화재의 일종인 (천연)기념물로 분류함으로써 규범체계상의 부정합을 노정하고 있다. 나아가 무형문화유산협약 발효 후 이행법률인 무형문화재법을 제정한 것은 1970년 협약과 세계유산협약의 이행보다는 진보한 것이나 무형문화재 개념을 고집하는 것은 아쉬운 일이다.

아무쪼록 1970년 협약의 50주년을 기념하는 오늘의 논의를 계기로 한국도 1970년 협약에 따른 국제적 의무를 더 충실히 이행함으로써 문화재의 국제적 보호라는 대의에 더 적극적으로 동참하고, 국내적으로도 이행상 미비점을 개선하기를 희망한다. 이를 위하여 유니드로와협약 가입도 전향적으로 검토해야 하고, 가까운 시일에 유니드로와협약에 가입하는 것이 주저된다면, 문화재보호법 제20조를 적절히 정비할 필요가 있다.<sup>217)</sup>

## 참고문헌

### 국내문헌

김수갑, “문화재보호법의 체계”, 법과사회 제19권(2000)

김지영·김형섭·이유봉·홍종현, 천연기념물 및 명승보전에 관한 법률제정연구(한국법제연구원. 2013)

김형만, 문화재반환과 국제법(삼우사. 2001)

김형섭, “국가유산의 일부로서 자연유산의 개념정립에 관한 소고”, 홍익법학 제15권 제1호(2014)

도경옥, “입법조치를 통한 조약의 이행-한국의 입법례를 중심으로”, 대한국제법학회 국제법 학회논총 제59권 제2호(통권 제133호)(2014. 6.)

류창호, “약탈 문화재의 소유권귀속에 관한 연구-서산 부석사 금동관음보살상을 중심으로-”, 아주법학(2019. 2.)

박동석, 문화재법: 총론편(민속원. 2014)

\_\_\_\_\_, 문화재법: 각론편 I(민속원. 2013)

\_\_\_\_\_, 문화재법: 각론편 II(민속원. 2014)

박선아, “약탈문화재의 환수와 원소유자 반환의 원칙-대전지방법원 2016가합102119 서산 부석사 불상인도청구사건을 중심으로-”, 한양대 법학논총 제34권 제3호(2017. 9.)

서헌제·박찬호, 도난·불법반출 문화재에 관한 법리적 연구-1970년 UNESCO 협약, 1995년 UNIDROIT 협약 및 주요체약국의 이행법을 중심으로-(한국법제연구원, 2007)

석광현, 국제물품매매계약의 법리: UN통일매매법(CISG) 해설(박영사. 2010)

\_\_\_\_\_, “국제적 불법거래로부터 문화재를 보호하기 위한 우리 국제사법(國際私法)과 문화재보호법의 역할 및 개선방안”, 서울대학교 법학 제56권 제3호(2015. 9.)

\_\_\_\_\_, “대마도에서 훔쳐 온 고려 불상의 서산 부석사 반환을 명한 제1심판결의 평석: 국제문화재법의 제문제”, 국제사법연구 제23권 제1호(2017. 6.)

석광현·이규호, “「1995년 UNIDROIT협약」 가입 영향 검토 및 국내법 개정안 연구”, 국외소재문화재재단 정책연구-2015-002(2015)

송호영, 1970년 UNESCO협약(문화재 불법거래 방지협약)의 이행을 위한 독일 문화재보호법(Kulturgutschutzgesetz-KGSG) 연구(한국법제연구원. 2019)

\_\_\_\_\_, “누가 「고려 불상」을 소유하는가?” 한양대학교 법학논총 제36집 제1호(2019. 3.)

송호영·김지현, 문화재환수관련 국내외 규범 및 제도의 운용과 개선방안에 관한 연구: 1970년 UNESCO협약과 1995년 UNIDROIT협약을 중심으로(2013)

유네스코 세계유산위원회, Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention

이규호, “미국내 소재 우리 문화재의 환수를 위한 법적 고찰-미국 연방도품법을 중심으로-”, 법조 제61권 제3호(2012. 3.)

217) 미발굴 문화재도 포함하는 것이 그런 예이나 이는 외국문화재를 위한 일방적 양보가 될 수 있으므로 상호주의와 연계하거나 공감하는 국가들과 양자조약을 모색할 필요가 있다.

- 이근관, “동아시아지역의 문화재보호 및 불법거래방지에 관한 법적 고찰”, 서울대학교 법학 제44권 3호(2003)
- 이근관, “유니드로와협약 가입을 위한 국내법 개정방향 연구 최종결과보고서”(2007. 12)
- 이동기, “문화재환수협약의 성립경위와 현황 - 유네스코 협약과의 관계를 포함하여 -”, 국제사법연구, 제15호(2009. 12)
- 이상해, “세계유산협약 가입 후 한국의 유산 및 문화 정책의 변화”, 2018년 5월 2일 개최된 유네스코 세계유산협약 가입 30주년 국제세미나 자료
- 이순옥, “문화재 환수와 관련된 형사법상 압수 및 몰수”, 국제사법연구 제24권 제2호(2018. 12.)
- 이재경, “불법반출문화재의 반환청구-반환청구의 요건과 절차-”, 국제사법연구 제15호 (2009. 12.)
- 이종혁, “매장문화재 국유에 관한 UNESCO-UNIDROIT 모델법률조항: 국제사법적 합의와 우리 법제에의 시사점을 중심으로”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.)
- 임금옥, “문화재보호법상의 ‘기념물’ 개념 연구-자연물(문화재)을 중심으로”, 남도민속연구 제38호(2019)
- 임돈희·Roger L. Janelli, “한국의 무형문화재 제도와 유네스코 무형문화유산 정책의 비교와 담론”, 학술원논문집(인문·사회과학편) 제58집 1호(2019)
- 정상우, “새로이 제정될 문화유산기본법의 기본과 특징”, 한국의 전통공연예술학, 제4권 (2015)
- 정상우 외, 주요국 문화재보호 법제수집·번역 및 분석(문화재청 제출 연구보고서. 2010)
- 정종섭 외, 무형문화유산 보전 및 진흥에 관한 법률 제정 연구(문화재청 제출 연구보고서. 2011)
- 주진열, “일본 관음사(觀音寺)에서 도난된 불상(佛像) 반환 문제에 대한 고찰-대전지방법원 2017. 1. 26. 선고 2016가합102119 판결 평석을 검하여-”, 국제법학회논총 제65권 제2호(통권 제157호)(2020. 6.)
- 최영화·민경선, “무형문화재법의 쟁점과 무형문화재 보전·진흥 방안 연구”, 입법과 정책 제9권 제2호(2017)
- 한국문화재정책연구원, 문화재기본법 제정안 연구(2015)
- \_\_\_\_\_, 문화재 분류체계 구체화 방안 연구(2017)

## 외국문헌

- Anderson, Kathleen, The International Theft and Illegal Export of Cultural Property, 8 New Eng. J. Int'l & Comp. L. 411, 421 (2002)
- Blake, Janet, Commentary on the UNESCO 2003 convention on the safeguarding of the intangible cultural heritage (Leicester Institute of Art & Law. 2006)
- Carruthers, Janeen M., The Transfer of Property in the Conflict of Laws (2005)
- Francioni, Francesco (ed.), The 1972 World Heritage Convention: A Commentary (Oxford University Press. 2008)
- Halsdorfer, Alice, Privat- und kollisionsrechtliche Folgen der Verletzung von Kulturgüterschutznormen auf der Grundlage des UNESCO-Kulturgutübereinkommens 1970 (Peter Lang. 2008)
- \_\_\_\_\_, “Sollte Deutschland dem Unidroit-kulturgut-Übereinkommen, 1995 beitreten?”, IPRax (2009)
- Lee, Keun-Gwan, An Overview of the Implementation of the 1970 Convention in Asia, <[http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Lee\\_en.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Lee_en.pdf)>
- Merryman, John Henry, “Two Ways of Thinking About Cultural Property”, 80 Am. J. Int'l L. 831 (1986)

- \_\_\_\_\_, Thinking about the Elgin Marbles: Critical Essays on Cultural Property, Art and Law, Second Edition (2009)
- Odendahl, Kerstin, Kulturgüterschutz (Mohr Siebeck. 2005)
- O’Keefe, Patrick J., Commentary on the UNESCO 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, Second Edition (Institute of Art and Law. 2007)
- Prott, Lyndel V., Commentary on the UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects 1995 (Institute of Art and Law. 1997)
- \_\_\_\_\_, “Unesco and Unidroit: a Partnership against Trafficking an Cultural Objects”, 1 Unif. L. Rev. 59, 61 et seq. (1996); UNESCO Information Note, 24 June 2005, CLT–2005/Conf/803/2.[http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001399/13\\_9969E.pdf](http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001399/13_9969E.pdf)
- \_\_\_\_\_, “Strengths and Weaknesses of the 1970 Convention: An Evaluation 40 years after its adoption”, Background paper for participants in the Second Meeting of States Parties to the 1970 Convention, Paris, UNESCO Headquarters, 20–21 June 2012, second edition
- Prott, Lyndel V. & O’Keefe, Patrick J., “Cultural Heritage” or “Cultural Property”?, 1, Int’l J. Cultural Prop. 307, 309 (1992)
- Stamatoudi, Irini A., Cultural Property Law and Restitution: A Commentary to International Conventions and European Union Law (Ihc Series in Heritage Management, 2011)
- Thorn, Bettina, Internationaler Kulturgüterschutz nach der UNIDROIT–Konvention (De Gruyter. 2005)

## 조문 발췌

### 1970년 유네스코협약

#### 제6조

본 협약의 당사국은 다음 사항을 약속한다.

- (가) 문제된 문화재의 반출이 인가되었음을 반출 국가가 명기한 적절한 증명서를 도입한다. 그 증명서는 규정에 따라 반출되는 문화재의 모든 품목을 포함하여야 한다.
- (나) 전기 반출증명서에 포함되지 않는 한 그들의 영역으로부터 문화재의 반출을 금지한다.
- (다) 이러한 금지를 적절한 방법으로 특히 문화재를 반출 또는 반입할 가능성이 있는 사람들에게 주지시킨다.

#### 제7조

본 협약의 당사국은 다음 사항을 약속한다.

- (가) 본 협약이 관계국가에서 발효된 이후에 그 국가 영역내의 박물관 및 그 유사기관이 타 당사국으로부터 출처되어 불법적으로 반출된 문화재의 취득을 방지하도록 국내입법에 따라 필요한 조치를 취한다. 본 협약이 양 관계당사국에서 발효된 이후, 언제나 가능한 때에 출처 당사국으로부터 불법적으로 이전된 문화재의 제공을 그 당사국에 통고한다.
- (나)(1) 본 협약이 관계국가에서 발효된 이후 본 협약의 타 당사국의 박물관이나 종교적 또는 세속적 공공기념관 또는 유사기관에서 도난된 문화재가 그 기관의 물품목록에 소속됨이 문서로 기록되어 있을 경우 그 반입을 금지한다.
- (2) 출처 당사국의 요청에 따라 본 협약이 양 관계당사국에서 발효된 후 반입된 상기 문화재의 회수 및 반환에 관한 적절한 조치를 취한다. 단, 요청국은 선의의 매수인이나 그 문화재의 정당한 권리자에게 공정한 보상을 지급하여야 한다. 회수 및 반환 요청은 외교관청을 통하여야 한다. 요청당사국은 회수 및 반환청구를 하는데 필요한 증빙서류 및 기타 증거를 자국의 경비 부담으로 제출해야 한다. 당사국은 본조에 의거하여 반환되는 문화재에 관세나 기타 부과금을 과하여서는 아니된다. 문화재의 반환 및 인도에 부수되는 모든 비용은 요청 당사국이 부담하여야 한다.

### 한국 문화재보호법

- 제20조(외국문화재의 보호)** ① 인류의 문화유산을 보존하고 국가 간의 우의를 증진하기 위하여 대한민국이 가입한 문화재 보호에 관한 국제조약(이하 “조약”이라 한다)에 가입된 외국의 법령에 따라 문화재로 지정·보호되는 문화재(이하 “외국문화재”라 한다)는 조약과 이 법에서 정하는 바에 따라 보호되어야 한다.
- ② 문화재청장은 국내로 반입하려 하거나 이미 반입된 외국문화재가 해당 반출국으로부터 불법반출된 것으로 인정할 만한 상당한 이유가 있으면 그 문화재를 유치할 수 있다.
- ③ 문화재청장은 제2항에 따라 외국문화재를 유치하면 그 외국문화재를 박물관 등에 보관·관리하여야 한다.

④ 문화재청장은 제3항에 따라 보관 중인 외국문화재가 그 반출국으로부터 적법하게 반출된 것임이 확인되면 지체 없이 이를 그 소유자나 점유자에게 반환하여야 한다. 그 외국문화재가 불법반출된 것임이 확인되었으나 해당 반출국이 그 문화재를 회수하려는 의사가 없는 것이 분명한 경우에도 또한 같다.

⑤ 문화재청장은 외국문화재의 반출국으로부터 대한민국에 반입된 외국문화재가 자국에서 불법반출된 것임을 증명하고 조약에 따른 정당한 절차에 따라 그 반환을 요청하는 경우 또는 조약에 따른 반환 의무를 이행하는 경우에는 관계 기관의 협조를 받아 조약에서 정하는 바에 따라 해당 문화재가 반출국에 반환될 수 있도록 필요한 조치를 하여야 한다.

## 1995년 유니드로협약

### 제2장 도난문화재의 회복

#### 제3조[도난문화재의 회복과 그 청구기간]

(1) 도난당한 문화재의 점유자는 이를 반환하여야 한다.

(2) 이 협약상 위법하게 발굴되었거나 적법하게 발굴되었어도 위법하게 보유된 문화재는, 발굴이 이루어진 국가의 법에 합치하는 경우에는, 도난당한 것으로 간주된다.

(3) 회복청구는 청구인이 해당 문화재의 소재 및 점유자의 신원을 안 때로부터 3년 이내에 제기되어야 하며, 어떠한 경우에도 도난 시로부터 50년 이내에 제기되어야 한다.

(4) 그러나 특정 기념물 또는 고고학적 유적의 불가분의 일부를 구성하거나, 또는 공공의 집합수집물에 속하는 문화재의 회복청구는 청구인이 해당 문화재의 소재 및 점유자의 신원을 안 때로부터 3년이라는 기간 외에는 기간의 제한을 받지 않는다.

(5) 제4항의 규정에도 불구하고, 체약국은 그 청구가 75년 또는 자국법에 규정된 보다 장기의 기간을 적용받겠다고 선언할 수 있다. 이와 같은 선언을 한 체약국의 기념물, 고고학적 유적 또는 공공의 집합수집물로부터 분리된 문화재의 회복청구를 다른 체약국에서 하는 경우에도 그러한 기간제한이 적용된다.

(6) 제5항의 선언은 서명, 비준, 수락, 승인 또는 가입의 시점에 하여야 한다.

(7) 이 협약상 “공공의 집합수집물”이란 목록화 또는 기타의 방법으로 특정된 문화재의 일단으로 구성된 것으로서 그 소유자가 다음과 같은 경우를 의미한다.

(가) 체약국

(나) 체약국의 지방자치단체

(다) 체약국의 종교기관, 또는

(라) 체약국 내에서 본질적으로 문화적, 교육적 또는 과학적 목적으로 설립되었고, 당해 국가로부터 공익에 봉사하는 것으로 인정된 기관

(8) 나아가, 체약국 내의 부족 또는 원주민의 공동체에 속하며 그 공동체가 전통적인 또는 의식상의 용도로 사용한 것으로서, 신성하거나 공동체 차원에서 중요한 문화재의 회복청구에는 공공의 집합수집물에 적용되는 것과 같은 기간의 제한이 적용된다.

### 제3장 불법반출 문화재의 반환

#### 제5조[불법반출 문화재 반환요청의 요건과 기간]

(1) 체약국은 다른 체약국의 법원 또는 기타 권한 있는 당국에 대하여 자국의 영역에서 불

법반출된 문화재의 반환을 명하도록 요청할 수 있다.

(2) 문화유산의 보호를 위해 반출을 규제하는 요청국의 법에 따라 발급된 허가에 의해 전시, 연구 내지 복원 등의 목적으로 요청국의 영역에서 일시적으로 반출되었으나 그 허가의 조건에 따라 반환되지 않은 문화재는 불법반출된 것으로 간주된다.

(3) 요청국이 불법반출 문화재의 자국 영역으로부터의 이동이 다음 중 하나 이상의 이익을 중대하게 해함을 확실하게 입증하거나

(가) 당해 문화재 내지 그 맥락의 물리적 보존

(나) 복합적 문화재의 완전성

(다) 과학적 내지 역사적 성격의 정보 등의 보존

(라) 부족 또는 원주민의 공동체의 전통적 또는 의식상의 용도로의 사용,

또는 요청국에 상당한 문화적 중요성이 있음을 확실하게 입증하는 때에는, 피요청국의 법원 또는 기타 권한 있는 당국은 그 문화재의 반환을 명하여야 한다.

(4) 이 조 제1항 상의 요청에는 피요청국의 법원 또는 기타 권한 있는 당국이 제1항 내지 제3항의 요건이 충족되었는지 여부를 판단하는 데 도움을 줄 수 있는 사실적 또는 법률적 성질의 정보가 포함되거나 동반되어야 한다.

(5) 반환요청은 요청국이 당해 문화재의 소재 및 점유자의 신원을 안 때로부터 3년 이내에, 그리고 어떠한 경우에도 반출일로부터 또는 당해 문화재가 이 조 제2항에 언급된 허가상 반환되었어야 하는 날로부터 50년 이내에 하여야 한다.

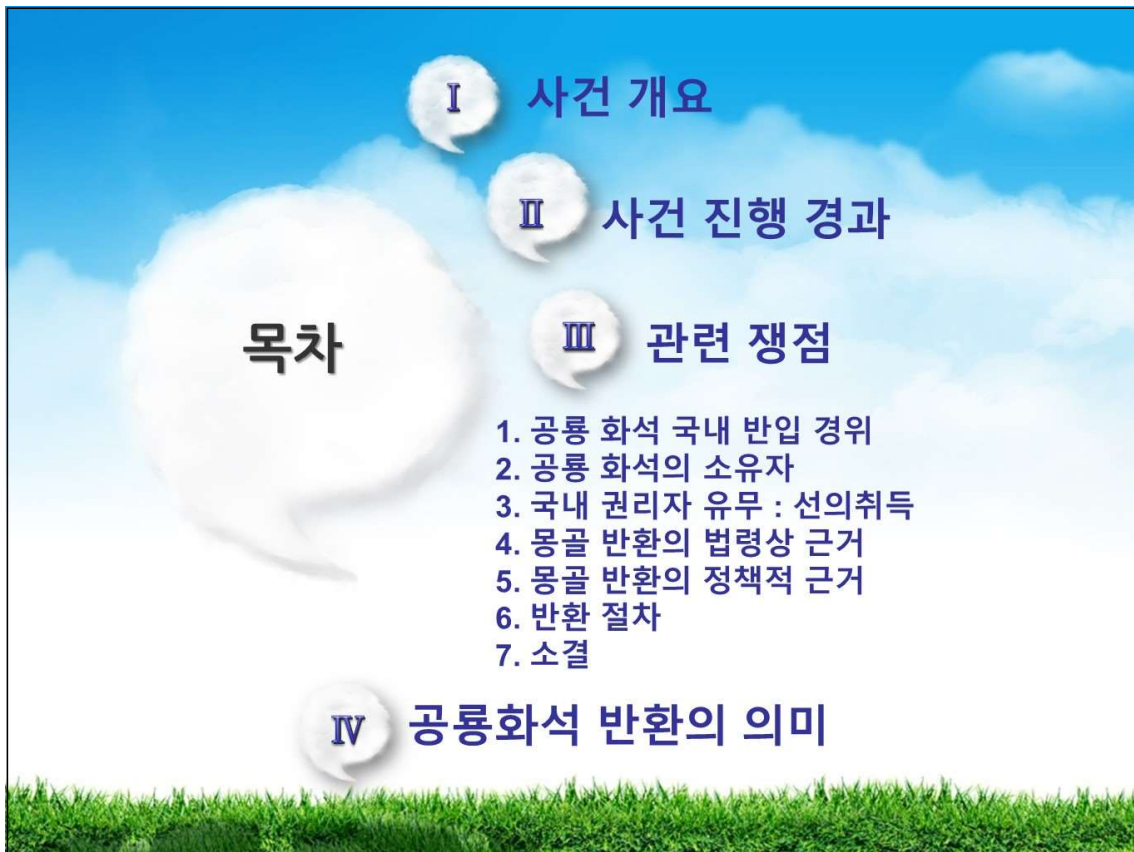


기조발제

국내 불법 반입 몽골 공룡화석반환과 그 의미

권 순 철 변호사  
(SDG 법률사무소 변호사)





# I . 사건 개요



- 몽골에서 불법 반출, 우리나라로 반입
- 공룡화석 11점을 검찰이 압수
- 공룡화석을 몽골에 반환, 장기 임대



## ※ 화석의 종류

‘타트보사우르스 바타르’, ‘오비랩터’ 등 11점



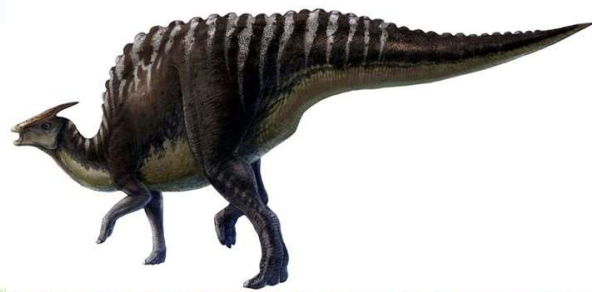
## 타르보사우루스 – 아시아 최대 육식공룡



## 프로토케라톱스 – 가장 대표적인 뿔공룡



## 하드로사우루스류 – 세계적 희귀 새끼공룡



## 오비랍토르류 – 중생대 백악기 육식공룡



## 갈리미무스 – 최대 빠른 달리기 공룡



## 화석의 불법 반출 경로



## II. 사건 진행 경과

2015. 6. 서울북부지검, 횡령 고소사건 수사 중 화석 반입 확인

2015. 7. 서울북부지검, 화석 압수 후, 과천국립과학관에 보관

2015. 7. 대검찰청, 몽골에 화석 소유관계 및 환수의사 확인 요청

2016. 1. 서울북부지법, 화석 피압수자의 압수물 환부신청 기각

2016. 2. 몽골 대검, 국제협력단에 화석 반환 관련 법절차 이행 요청



### III. 관련 쟁점

## 1. 공룡 화석 국내 반입 경위

### 수사결과

- 2015. 2. 화석을 국내 반입한 업자들간의 권리다툼으로 수사 개시
- 게르[천막]로 허위 신고하여 몽골에서 중국으로 반출
- 2014. 5. 중국을 경유하여 국내 반입한 것으로 확인
  - ❖ 몽골 수사당국도 화석 도굴업자의 불법 문화재 반출혐의 대해 수사 개시
  - ❖ 화석 도굴업자에 대한 수사 자료 제공, 화석 반환 요청

## 2. 공룡 화석의 소유자

### 몽골 법령

- 몽골에서 발굴된 공룡 화석은 국가소유(문화재보호법)
- 몽골에서 공룡 화석의 무단 반출은 불법(형법)

### 한 · 몽 양국 전문가 공동감정결과

- 몽골에서 발굴된 것으로 확인

👉 **본건 화석은 원칙적으로 몽골 국유재산**

### 3. 화석에 대한 국내 권리자 유무

#### 선의취득 여부 - 법원의 판단

- 수입업자들은 본건 화석 불법 반출의 공모자이므로 무권리자임이 명백함
- 한편, 피압수자는 본건 화석을 담보로 취득할 당시의 정황, 화석 취급경력 등에 비추어 선의·무과실이 부인되므로 선의취득이 인정되지 아니함

### 4. 몽골 반환의 법률상 근거

#### 국제법

- ‘문화재의 불법적인 반출입 및 소유권 양도의 금지와 예방 수단에 관한 협약’ (유네스코 협약 ‘83.5.14. 국내 발효)

#### 문화재보호법 제20조

- 국내로 불법 반입된 것으로 인정할만한 상당한 이유가 있는 외국 문화재에 대하여 반출국에 대한 반환조치 의무 규정

#### 형사소송법 제218조의 2 제1항

- 검사는...압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는 압수물...에 대하여 공소제기 전이라도 소유자, 소지자, 보관자 또는 제출인의 청구가 있는 때에는 환부 또는 가환부하여야 한다.”

## 5. 몽골 반환의 정책적 근거

- 우리나라는 역사적으로 수많은 문화재를 강탈 또는 도난 당해 왔고, 피해경위를 입증하지 못하여 환수하지 못하는 사례가 다수
- 불법 반출이 명확하게 입증되는 이 사건에서조차 근거가 희박한 권리 주장이 존재한다는 이유로 피해국으로의 반환을 거부한다면 다른 국가에 문화재 반환을 요구할 명분이 없음

## 6. 반환 절차

검사의 압수물 환부처분에  
의해 몽골에 반환

제 목 : 불법반출 몽골화석에 대한 형량사건 혐의없음 처분

금일(17. 4. 6.) 서울북부지검은 몽골에서 불법 반출된 공룡화석에 대한 형량 사건을  
수사하여 혐의없음 처분하였고, 압수물은 소유자환부 처분하였음

※ 2016. 11. 3.자 『불법반출 몽골화석에 대한 압수물 환부신청 관련, 법원 항고기각』 관련

## 7. 소결

1 화석이 몽골 문화재로서 몽골 국가 소유인 점

2 몽골에서 불법 발굴된 후 밀반출된 점

3 국내에 정당한 권리자가 존재하지 않는 점

4 몽골 반환에 법적 · 정책적 근거가 충분한 점

➡ 검사의 압수물 환부처분 형식으로 몽골 반환

## Ⅳ. 공룡화석 반환의 의미

## 1. 우리나라가 정부 차원에서 외국정부에 문화를 반환한 최초 사례

- ❖ 인류 보편자산인 문화유산 보호에 기여하는 문화국가로서의 위상 제고에 기여
- ❖ 우리의 해외 문화유산 보호사업에 있어서 불법반출 문화재 반환 요청의 명분이 강화

asj1\*\*\*\*

일본 프랑스 등등 우리 문화재 돌려달라...우리보다 선진국이면 선진국 답게...

2017-04-10 05:52 | 신고

답글

33 1

gao\*\*\*\*

원래 이렇게 한국스타일이다. 앞으로도 멋진 대한민국 기대합니다.

2017-04-10 06:22 | 신고

답글

24 0

## 2. 유관 기관들의 긴밀한 공조로 이루어낸 모범적인 정부기관 협업 사례

- ❖ 대검과 문화재청은 2013년 미국으로부터 ‘호조태환권 원판’ 환수부터 밀접한 공조체계 본격적 구축
- ❖ 대검, 북부지검, 문화재청, 국립과천과학관, 천연기념물센터의 모범적 협업 사례

### 3. 오랜 기간 구축한 다자.양자 수사공조체제의 성과물

- ❖ 한국 검찰 주도로 2013년 아시아 국가들간의 '자산환수 네트워크' (ARIN-AP) 구축
- ❖ 몽골 대검과는 2000년 업무협력 MOU 체결, 매년 정기적 교류, 핫라인 구축
- ❖ 1년 10개월만에 모든 반환 절차 종결

### 4. 한.몽 양국 모두, 윈-윈의 외교적 성과 도출

- ❖ 전통적으로 우호적인 한.몽 관계에서 바타르 공룡화석은 몽골 중요 문화유산으로 한몽 외교관계를 공고히 하는 요소로 작용
- ❖ 공룡화석이 귀중한 우리나라 현실에서는 매우 높은 연구 및 전시 가치 (현재 공동연구 중, 천연기념물센터 소장)

**Thank You.**





## Session 1

# 국제법적 관점에서의 유네스코협약의 의의와 국제기구의 역할

좌장: 최 성 수 교수  
(동아대 법학전문대학원 교수)



## Session 1

1970년 유네스코협약의 채택배경과 국제법적 의의

이 근 관 교수  
(서울대 법학전문대학원 교수)



# 1970년 유네스코협약의 채택배경과 국제법적 의의\*

이근관 (서울대 법학전문대학원)

## I. 들어가는 말

2020년은 문화재의 불법반출입 및 소유권 양도의 금지와 예방수단에 관한 협약 (Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, 이하 “1970년 UNESCO협약” 또는 “1970년 협약”)이 제16차 UNESCO 총회(General Conference)에서 채택된 지 50년이 되는 해이다. 2020년 5월 현재 140개 국가가 이 협약을 비준하였다. UNESCO는 홈페이지에서 1970년 협약 채택 50주년을 기념하면서 이 협약을 “문화재의 불법 거래와의 투쟁에 대한 오랜 성찰 과정의 결정체”(the culmination of a long process of reflection on the fight against the illicit traffic of cultural property)라고 평가하고 있다.<sup>1)</sup>

1970년 협약은 지난 반세기 동안 국제적인 차원에서 문화재의 불법거래 방지에 큰 기여를 하면서 “동산문화재를 불법 거래로부터 보호하는 데 중심적인 다자조약”(le principal instrument multilatéral de protection des biens culturels meubles face au trafic illicite)이라는 평가를 받는다.<sup>2)</sup> 동시에 이 협약의 구조적 체계성, 내용의 명확성 및 정합성, 기술적 완성도, 실효적 이행을 위한 절차적 장치의 구비 여부 등에 대해서는 여전히 의문이 존재하는 것도 사실이다.<sup>3)</sup> 예를 들어 1970년 협약이 그 자체로서 ‘자기완결적 체제’(self-contained régime)를 형성하지 못하고 있다는 사실은 이 협약에 대한 보완 작업으로 1995년에 도난 또는 불법반출된 문화재에 관한 UNIDROIT협약이 채택된 사실에서도 알 수 있다.<sup>4)</sup> 1970년 협약은 국제적인 차원에서 문화재의 불법거래 방지를 위해 큰 기여를 한 것이 사실이지만, 국제조약으로서의 체계적·내용적 정합성과 완성도를 높이고 또한 협약 이행의 실효성을 확보하기 위해서는 장래에 적잖은 개선의 필요성을 내포하고 있는 것이다.

이 글에서는 1970년 협약의 채택 배경과 경위에 초점을 맞춰 살펴보면서 이 협약의 문제점과 국제적 기여를 검토하고자 한다. 이 글의 초점 중의 하나는 이 협약

\* 이 글은 초고에 불과하여 추후 수정·보완할 예정이오니 인용하지 말아 주시기 바랍니다.

1) <<https://en.unesco.org/fighttrafficking>> (2020년 10월 15일 방문. 웹주소 방문 일자 는 이하 같음).

2) Guido Carducci, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art volés ou illicitement exportés* (L.G.D.J., 1997), pp. 134-135.

3) Patrick J. O'Keefe, *Commentary on the UNESCO 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property*, 2<sup>nd</sup> ed. (Institute of Art and Law, 2007) (이하 “O'Keefe Commentary”), pp. 5-6.

4) 1995년 UNIDROIT 협약에 대한 상세한 논의에 관해서는 Lyndel V. Prott, *Commentary on the UNIDROIT Convention on Stolen and Illegally Exported Cultural Objects 1995* (Institute of Art and Law, 1997); Carducci, op. cit. 참조.

채택 과정을 역사적으로 고찰하면서 그 시기를 단지 제2차 세계대전 이후, 특히 1960년대에 국한시키지 않고, 1930년대 국제연맹기까지 확대한 데 있다. 1930년대 국제연맹 시기에 이루어진 문화재보호를 위한 국제협약 초안 준비 작업은 오늘날에는 상당 부분 잊혀졌다.<sup>5)</sup> 그러나 아래에서 보겠지만 1930년대에 진행된 작업은 1960년대 UNESCO에서 이루어진 작업과 매우 흥미로운 유사성을 보여 주고 있다. 약 30년의 시간적 간격을 두고 진행된 두 작업 간의 유사성과 영향 관계를 분석하면서 시간적 차이에도 불구하고 국제적 차원에서의 문화재의 보호라는 과제에 내포된 근본 문제, 특히 개별 국가의 문화재 보호를 위한 거래 및 반출 규제의 요청과 문화재가 갖는 보편적 가치를 국제적으로 실현할 필요성 간의 긴장 관계에 대해 성찰하고자 한다.

이 글에서는 먼저 국제적 차원에서의 문화재 보호를 역사적 맥락 속에서 검토한다. 특히 이 문제에 관한 국제사법의 전통적인 접근방법, 특히 목적물소재지법(*lex rei sitae*) 규칙이 갖는 한계에 대해 언급한다.(II) 1930년대 국제연맹에서는 국제박물관사무소라는 조직을 중심으로 문화재의 대량 유출이라는 문제를 해결하기 위해 국제협약을 채택하기 위한 작업이 진행되었다. 이러한 작업의 결과로서 1933년, 1936년, 1939년에 협약 초안이 제출되었다. 이들 초안 내용을 비교하면서 국제적인 차원에서의 문화재 보호에 관한 접근방법이 어떠한 변천을 겪었는지 상세히 검토한다.(III) 다음으로 1970년 UNESCO협약의 채택 경위를 고찰하고, 1930년대 작업과의 유사성 및 협약상의 문제점을 살펴본다.(IV) 1970년 협약이 내포한 여러 문제점에도 불구하고 이 협약의 국제법상의 적극적 의의를 검토한 후,(V) 글을 맺도록 한다.(VI)

## II. 국제연맹 이전 시기 자국 문화재의 불법 반출 및 거래 방지를 위한 국제사회의 노력

자국 문화재의 보호를 위해 고도의 가치나 중요성을 갖는 예술품 등의 국외 반출을 제한하거나 금지하는 조치는 이미 로마법 시대에도 취해졌다고 한다.<sup>6)</sup> 제2차 세계대전 이전 시기 이 문제에 관해 상세하고 체계적인 고찰을 행한 de Visscher에 따르면, 근대에 들어서 개인이 소유한 것까지 포함하여 문화재의 국외 반출을 대체로 엄격하게 금지하는 국내입법은 교황청 국가(the Papal States)를 포함하는 이탈리아의 실행에서 발견된다고 한다.<sup>7)</sup> de Visscher는 1802년 10월 2일의 Doria Pamphili

5) 제1차 세계대전 후 이른바 ‘전간기’에 국제연맹의 틀 안에서 이루어진 문화재의 국제적 보호를 위한 작업에 관해서는 *Pierre Leveau, L'insitution de la conservation du patrimoine culturel dans l'Entre-Deux-Guerres* (OCIM, 2017) 상세한 분석을 하고 있는 것으로 보이는데 필자는 아직 이 책을 입수하지 못하였다.

6) John B. Gordon, “The UNESCO Convention on the Illicit Movement of Art Treasures,” *Harvard Journal of International Law* vol. 12 (1971), p. 527.

7) Charles de Visscher, “International Protection of Works of Art and Historic Monuments,” in United States Department of State, *Documents and State Papers* vol. 1 no. 15 (June 1949), 1949, p. 844. de Visscher의 논문은 원래 1935년에 *Revue de droit international et de législation comparée*에 “La protection internationale des objets d’art et des monuments historiques”이라는 제목으로 실렸다. 이 논문의 수정본이 1939년과 1940년에 지적 협력을 위한 국제기관(International Institute of Intellectual Cooperation) 산하의 국제박물관사무소(International Museum Office)에 의해 *Art et Archéologie: Recueil de législation et de droit comparée*에 게재되었다.

칙령과 1820년 4월 7일의 Pacca 칙령을 예로 들고 있다. 특히 전자는 매우 엄격한 규제를 가하고 있어 고대 또는 르네상스 시기에 속하는 예술품을 로마나 교황청 국가의 영역 외로 반출하는 행위를 절대적으로 금지하고 이를 위반하는 자를 처벌하도록 하였다.<sup>8)</sup> 이러한 실행은 통일 후 이탈리아로 승계되어 1902년 및 1909년 법률에서 국가 컬렉션에 속하거나 교회 또는 세속적 법인에 속하는 문화재 중에서 국가가 작성하는 목록에 등재된 중요 문화재에 대해서는 불가양도성(inalienability)이 부여되었다.<sup>9)</sup> 이러한 입법 조치는 이탈리아에만 국한된 것이 아니고 프랑스,<sup>10)</sup> 오스트리아, 독일 등에서도 취해졌다.<sup>11)</sup>

de Visscher도 지적하였듯이 이러한 국내법적 조치(특히 문화재의 양도 또는 국외 반출의 금지)가 국제적인 차원에서 의도하였던 효과를 달성하는지는 불분명하다. 개별 국가의 국내법상의 차이 및 이로 인해 발생하는 법의 충돌로 인해 문화재의 불법적인 양도, 유실, 도난 등의 경우에 관련 국내법이 규정한 보호가 제공되는 데 장애가 발생하기 때문이다.<sup>12)</sup>

이러한 문제점을 잘 보여주는 사례가 1875년 프랑스의 센(Seine) 재판소가 심리한 프리아스 공작(Duc de Frias) 사건이다. 예술품의 애호가인 피송(Pichon) 남작은 파리에서 몇 명의 스페인으로부터 은으로 만든 화병을 구입하였다. 프리아스 공작(Duc de Frias)은 이 화병이 부르고스(Burgos) 성당에 속하는 성합(ciboire, 聖盃)이고 따라서 (스페인법에 따라) 불가양도(inalienable)임을 주장하며 그 반환을 요구하였다.<sup>13)</sup> 이 사건에서 핵심적인 쟁점은 스페인 영역 내에서 스페인 법률을 위반하여 양도된 동산이 프랑스로 밀반출되어 프랑스에서 매도되었을 때 어느 법을 적용하여야 하는가였다. 프랑스 법원도 인정하고 있듯이 이 성합은 스페인법에 따르면 성당의 제의에 사용되는 것으로서 ‘절대적 처분불가성’(indisponibilité absolue)을 보유하고 있다.<sup>14)</sup> 이 사건의 판단과 관련하여 스페인법을 적용한다면 이 성합의 불가양도성으로 인해 스페인과 프랑스에서의 양도행위는 불법·무효이고 따라서 원고인 프리아스 공작에게 반환되어야 할 것이다.

프랑스 법원은 동산과 관련하여 (i) 상속의 경우와 같이 동산이 관련 개인의 인격과 밀접한 법적 유대를 지니고 있어 그가 속하는 국가의 법에 의해 규율되는 경우와 (ii) 동산이 그 자체로서 개별적으로 취급되는 경우를 구분하였다. 법원에 따르면 후자의 경우 점유(possession)가 문제되고 점유는 프랑스 민법 제2279조에 규정된 규칙(“점유는 권원에 해당한다”)과 같이 사회질서라는 공익(l'intérêt d'ordre social)에 관련된다. 따라서 본 사건에서 문제되고 있는 동산에는 스페인법이 아니라 프랑스 법이 적용되어야 한다고 판시하였다.<sup>15)</sup> 법원은 더 나아가 피송 남작이 문제된 성합을

8) Ibid.

9) Ibid.

10) 프랑스의 국내입법에 관한 상세한 논의에 대해서는 Carducci, op. cit., pp. 46-88 참조.

11) de Visscher, op. cit., pp. 845-847.

12) Ibid., p. 489.

13) *Journal du droit international* (Clunet), 1886, p. 593. 프리아스 공작은 성합이 위치하고 있던 (부르고스 성당 내) 원수(connétable) 예배실(chapelle)의 후원자이자 이 예배실의 기증자인 후안 데 벨라스코(Juan de Velasco, connétable de Velasco)의 직계후손의 자격에서 소를 제기하였다.

14) Ibid., p. 594.

선의로 취득하였다고 판시하며 프리아스 공작의 청구를 기각하였다.<sup>16)</sup>

이 판결은 목적물소재지법주의(*lex rei sitae*) 원칙을 확립하는 데 기여한 것으로 평가된다. de Visscher도 지적하였듯이 국제법학회(*Institut de Droit International*)은 1911년에 채택한 물권에 관한 법률의 충돌 전반(*Conflits de lois en matière de droits réels en général*)에 대한 마드리드 결의에서 같은 원칙을 확인하였다. 이 결의 제3조에 따르면 “특정한 물권의 적용대상이 되는 물(건)이 무엇 인지의 결정은 목적물소재지법이 결정한다.”<sup>17)</sup>

이러한 원칙에 따를 경우 비록 특정 국가의 국내법에 의해 양도불가성이 인정되는 문화재라 하더라도 이 문화재가 다른 국가로 반출된 경우 당해 물건의 양도불가성 여부를 판단하는 법은 이 문화재가 새로이 위치한 국가의 법, 즉 목적물소재지법이 될 수밖에 없는 것이다.<sup>18)</sup> 전통적인 국제사법상의 규칙을 적용해서는 당시 여러 국가들이 가졌던 우려, 즉 제1차 세계대전의 종료 후 경제적인 위기, 특히 외국환의 부족 상태에서 자국의 문화재가 대량적으로 국외 반출되는 데 대한 우려를 불식시킬 수 없었던 것이다.<sup>19)</sup> 이러한 문제의 해결은 국제적인 차원에서 주권 국가 상호 간의 합의와 협력을 통해 달성될 수밖에 없었고, 이같은 인식 하에서 국제협약의 채택이 1930년대 국제연맹의 틀 안에서 본격적으로 추진되었던 것이다.

### III. 1930년대 국제연맹 하에서의 문화재의 불법반출 및 거래 방지를 위한 협약 작성

위에서 지정한 바와 같이 1930년대에 국제연맹 하에서 지적 협력을 위한 국제위원회 산하의 국제박물관사무소의 이니셔티브에 기초해 국제적인 차원에서 문화재의 불법 반출 및 거래 방지를 위한 국제협약을 작성하기 위한 작업이 진행되었다. 그 결과 1933년, 1936년, 1939년에 초안이 작성되었다.<sup>20)</sup> 이들 초안은 1970년 협약의 성안 과정과 비교할 때 시사점이 풍부한 유사성을 제공하고 있는데, 개별 초안별로 그 내용을 간략히 검토하기로 한다.

#### 1. 1933년 협약 초안

---

15) Ibid., p. 595.

16) Ibid., pp. 595-596.

17) 프랑스어 원문은 다음과 같다. “Il appartient à la *lex rei sitae* de déterminer quelles sont les choses susceptibles d'être l'objet d'un droit réel donné, de limiter ou d'exclure la revendication, la prescription et même les effets des privilèges établis par la loi qui régit le rapport juridique auquel le privilège est attaché.”

18) de Visscher, op. cit., p. 852.

19) Ibid., p. 844.

20) 이들 초안의 영역본은 United States Department of State, Documents and State Papers vol. 1 no. 15 (June 1949), pp. 865-871에 실려 있다. 1933년 초안과 1936년 초안의 불어본은 Museion, 33-34 (1936), pp. 281-289에 실려 있다.

1933년 조약 초안은 그 내용이 비교적 단순하게 구성되어 있다. 우선 조항 수가 모두 12개에 불과하며 그 중 조약의 실질적인 내용을 다루는 것은 6개이다. 제7조는 분쟁해결조항이며, 8조 이하는 각각 조약의 서명(제8조), 비준(제9조), 가입(제10조), 발효(제11조), 탈퇴(제12조)에 관해 규정하고 있다.

1933년 조약 초안은 그 전문(preamble)에서 다음과 같이 그 조약의 기초를 천명하고 있다.

And desirous of attesting their mutual confidence and friendship by insuring one another mutual assistance in the recovery of objects removed from their respective national artistic heritages

전문에서 언급된 계약당사국 “상호 간의 신뢰와 우호”는 조약 제1조 및 제2조를 구체적인 의무로 규정되었다. 조약 제1조는 다음과 같이 규정하고 있다.

The High Contracting Parties undertake not to recognize the validity of transactions in regard to movable or immovable objects of an artistic, historical or scientific character in the event of any breach of the provisions whereby any one of the Parties may, in accordance with its legislation, have prohibited the alienation or export of such objects.

이 조항은 먼저 조약의 보호대상이 되는 문화재에 대한 정의(definition)를 제공하고 있다. 1954년 전시문화재보호협약이나 1970년 유네스코 협약에 비해 매우 간략하기는 하지만 “예술적, 역사적 또는 학문적 성격을 지니는 동산 또는 부동산”이 문화재로 규정되었다. 국제적인 차원에서 이들 문화재를 유실, 도난, 불법 양도 또는 반출로부터 보호하기 위한 수단으로서 제1조는 계약당사국이 이들 문화재의 양도나 반출을 금지하는 국내법을 채택하고 있고 양도 등의 거래가 이들 국내법 규정에 위반되는 방식으로 이루어진 경우 계약당사국들이 이들 거래의 효력을 불승인하는 것을 규정하고 있다.

조약 제2조는 제1조에서 규정한 원칙(즉 관련 계약당사국의 국내법 규정에 위반한 문화재 거래의 효력의 불승인)을 실제로 이행하기 위한 의무, 즉 유실, 도난 또는 불법 반출에 의해 계약 당사국의 영역 내로 반입된 문화재의 신속한 반환을 위한 계약 당사국 상호 간의 협력 의무(조약문에 따르면 “상호 간에 주선/알선을 제공할 의무”)를 규정하고 있다.

The High Contracting Parties undertake to lend one another their good offices with a view to the restitution or repatriation as speedily as possible of any object covered by the definition given in Article 1 of the present

Convention which may have been introduced into their territory in consequence of loss, theft or illicit export.

1933년 조약 초안의 중핵적 내용은 이들 두 조항이 제공하고 있다. 체약 당사국 내에서 문화재가 갖는 중요성에 비추어 체약 당사국이 문화재의 양도나 반출을 금지하는 국내법을 제정하는 경우 그 법의 취지를 최대한 존중하자는 것이 이 조약의 핵심적인 내용이다. 제1조는 이들 국내법 규정을 위반하는 거래의 효력을 불승인하도록 하고 있고, 제2조는 그 효력이 불승인된 거래로 인해 발생한 문제적인 현상(現狀)의 해소를 위해 체약 당사국 간의 협력 의무를 규정하고 있다.

제3조에서 제6조까지는 선의취득자에 관련된 내용을 규정하고 있다. 제3는 관련 문화재의 선의 취득자(bona fide purchaser)에 대한 보상 및 보상 한도에 관해 규정하고 있다. 제4조에서는 관련 문화재의 분실(disappearance)가 국제연맹에 소속된 국제박물관사무소(International Museum Office)의 공식 출간물을 통해 고지된 후에 거래가 이루어진 경우에는 선의취득이 인정될 수 없음을 규정하고 있다. 제5조에서는 관련 문화재가 분실되었을 경우 당해 문화재의 반환을 요청할 권한이 있는 기관이나 개인이 국제박물관사무소에 통지할 의무를 규정하고 있다. 제6조는 관련 문화재의 분실 통지가 있어야만 반환 요청을 할 수 있음과 반환 요청이 이러한 통지 후 5년 이내에 이루어져야 함을 규정하고 있다. 통지 후 5년이 경과하면 시효가 적용되는 것으로 하고 있다.<sup>21)</sup>

1933년 조약 초안은 체약 당사국들이 문화재보호에 관한 자국의 공법 규정들의 존중을 타방체약 당사국에 요청할 수 있도록 하고 있다는 점에서 1995년 UNIDROIT협약 제3장 (불법반출 문화재의 반환)과 유사한 일종의 사법적·행정적 공조협정(une convention d'entraide judiciaire et administrative)이라 할 수 있다.<sup>22)</sup> 이 초안은 지적협력을 위한 국제위원회의 지지를 받았고, 국제연맹 이사회 및 총회도 '원칙적으로'(en principe) 초안을 승인하였다.<sup>23)</sup> 개별 국가의 초안에 대한 반응은 국제박물관사무소의 공보(bulletin)인 Museion 제31-32호에 상세히 기술되어 있다. 대부분의 국가는 대체적으로 초안의 취지에 찬동한다는 의사를 표명하였다. 심지어 이 조약 초안이 발효할 것으로 예상하고 국제박물관사무소에 분실 신고가 접수되기도 하였다.<sup>24)</sup> 그러나 미국, 네덜란드, 수단 및 스위스는 이들 국가에 고유한 사정으로 인해 당분간 이러한 종류의 조약에 참여할 수 없음을 통보하였다.<sup>25)</sup> 영국 역시 이들 국가

21) 원문은 "otherwise limitation shall operate"이라고 되어 있다.

22) Geroges A. L. Droz, "La convention d'UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995), 86 *Revue critique de droit international privé* (1997), p. 258.

23) Museion, 27-28, 1934 p. 288; Raymond Goy, "Le régime international de l'importation, de l'exportation et du transfert de propriété des biens culturels," *Annuaire français de droit international* vol. 16 (1970), p. 614.

24) Museion, 27-28, 1934, p. 289; Goy, op. cit., p. 614.

25) Museion, 31-32, 1935, p. 252.

와 유사한 태도를 취했지만 초안에 대한 다양한 개정 의견을 제시함으로써 초안 자체에 대한 깊은 관심을 표명하였다.<sup>26)</sup> 1935년에 지적협력을 위한 국제위원회는 각국 정부의 반응을 반영한 초안을 새로 마련하기로 하고 이탈리아의 우고 알로이지(Ugo Aloisi)에게 보고관(rapporteur)을 맡아 줄 것을 요청하였다.<sup>27)</sup>

## 2. 1936년 협약 초안

1933년 초안에 대한 수정 작업은 순조롭게 진행되어 1936년에 새로운 초안이 완성되었다. 이 초안은 각국 정부의 의견을 청취하기 위해 배포되었고 정부들의 의견 수렴이 끝나는 대로 외교회의를 소집하여 조약으로 채택할 예정이었다.<sup>28)</sup>

1936년 초안은 기본적으로 1933년 초안의 기본 원칙을 유지하면서 1933년 초안의 내용이 개괄적·일반적이었던 점을 개선하는 데 치중하고 있다. 1936년 초안이(변형된 형태이기는 하지만) 1933년 초안에 규정되었던 기본 원칙을 계승하고 있다는 사실은 제1조 제1항과 제5조 제1항에서 드러난다. 먼저 제1조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다.

Each of the High Contracting Parties recognizes the right of every other High Contracting Party to claim the repatriation of objects of remarkable palaeontological, archaeological, historic or artistic interest which are in its (the former's) territory in consequence of having been lost or stolen or alienated or exported contrary to the laws of the claimant State.

1933년 초안과 비교해 볼 때 먼저 눈에 띄는 것은 조약의 보호 대상이 되는 문화재의 문턱(threshold)을 높였다는 것이다. 1933년 초안은 문화재를 “movable or immovable objects of an artistic, historical or scientific character”으로 정의하였는데 비해 1936년 초안은 “objects of remarkable palaeontological, archaeological, historic or artistic interest”라고 규정하고 있다. 협약 당사국의 모든 문화재가 아니라 ‘상당한’(remarkable. 불어표현은 ‘notable’) 고생물학적, 건축학적, 역사적 또는 예술적 가치를 지닌 것만이 조약의 규율 내지 보호 대상이 된다고 규정하고 있는 것이다. 1933년 초안 제1조에서 폭넓게 ‘학문적’(scientific)이라고 규정되었던 것이 ‘고생물학적’으로 범위가 좁아진 데서도 1936년 조약의 물적 적용 범위가 축소된 것을 알 수 있다.

26) Ibid., pp. 252-253. Goy는 1933년 초안이 미국, 영국, 네덜란드의 반대에 부딪혔다고 적고 있는데 이는 Museion의 기술에 비추어볼 때 부분적인 정보로 판단된다. Goy, op. cit., p. 614. O’Keefe도 Goy의 기술을 그대로 인용하고 있다. O’Keefe Commentary, p. 3.

27) Museion, 31-32, 1935, p. 253.

28) Museion, 33-34, 1936, p. 281. 1936년 초안의 불어본은 Museion, 33-34, 1936, pp. 283-289에서 찾을 수 있다.

1933년 초안이 체약 당사국의 국내법에 위반한 문화재 거래의 효력 자체를 승인하지 않을 의무를 체약 당사국 상호 간에 부과했던 데 비해 1936년 초안은 자국의 국내법에 위반하여 반출된 문화재의 반환을 요구할 체약 당사국의 권리를 승인하는 데 그치고 있다. 두 초안 간의 차이는 표면적으로 미세해 보일 수도 있지만, 1936년 초안의 다른 조항들과 연결지어 검토할 때 실천적으로 중요한 차이를 내포하고 있는 것으로 보인다. 1933년 초안에 따르면 문화재의 양도 또는 불법 반출을 금지하는 체약 당사국의 국내법을 그 공법적 성격에도 불구하고 다른 체약 당사국들이 이를 자국 내에서 승인 및 적용해야 한다. 그러한 의미에서 이는 체약 당사국의 국내법적 질서에 대한 ‘침투’ 내지 ‘간섭’의 정도가 강하다고 할 수 있다. 이에 비해 1936년 초안은 상당한 중요성을 지닌 자국 문화재가 그 국내법에 위반하여 다른 체약 당사국으로 반출된 경우 이의 “반환을 요청할” 권리(the right ... to claim the repatriation of objects)를 승인하고 있는 데 불과하다.<sup>29)</sup> 관련 문화재의 거래의 효력 자체에는 관여하지 않고 단지 문화재를 반출 당한 체약 당사국이 조약의 관련 규정에 따라 문화재가 소재하는 체약 당사국 내에서 여러 협조를 받을 수 있을 뿐인 것이다.

반출된 문화재가 소재하는 체약 당사국이 제공해야 할 각종 협력(조약문에 따르면 ‘good offices’)에 대한 일반 규정은 다음과 같이 규정하고 있는 제5조 제1항이다.

The State applied to shall lend its good offices with a view to the repatriation as speedily as possible of any object referred to in Article 1. It shall afford the claimant State all such assistance as its law permit, especially in administrative and fiscal matters.

1936년 초안은 1933년 초안의 개괄적·일반적 규정들을 구체화하는 경향을 보이고 있는데 이러한 언명은 문화재가 소재하는 체약 당사국이 제공해야 하는 협력에도 해당된다. 필요한 경우 문화재가 소재하는 체약 당사국은 청구국(claimant State)의 요청이나 또는 스스로의 판단에 기초해 관련 문화재에 대한 보존조치(conservatory measures)를 취한다.<sup>30)</sup>

반환 요청을 받은 체약 당사국은 관련 문화재를 보유하고 있는 사람에게 이를 통고하고 그가 관련 문화재를 제출하도록 노력해야 한다(shall seek to induce him to surrender it).<sup>31)</sup> 관련 문화재를 보유하고 있는 사람이 그 제출을 거부할 때 반환청구국은 그를 상대로 소를 제기할 수 있다.<sup>32)</sup> 1936년 초안 제6조는 1970년 협약 제13조와 상당히 유사한 것으로 보인다.

29) 1936년 초안 제1조.

30) 1936년 초안 제5조 제2항.

31) 1936년 초안 제6조 제1항.

32) 1936년 초안 제6조 제2항. (“If the holder refuses to surrender the object, the claimant State may bring an action against him at law.”)

제7조 이하의 조항은 1933년 초안의 관련 규정을 좀 더 구체화함으로써 조약의 원활한 이행을 확보하고자 하고 있다. 제7조 제1항은 반환 요청국의 당국에 의해 작성되고 공식적인 직인이 날인된 공적 문서는 외교 또는 영사 당국의 법적 승인 (legalization) 없이도 문화재 소재지국 내에서 동일한 진정성(la même valeur d'authenticité)을 지니는 것으로 규정하고 있다. 제8조부터 제11조는 선의취득자에 관련된 상세한 규정을 두고 있다. 예를 들어 선의취득자에 대한 보상에 관해 합의를 이룰 수 없으면 당사자들 간의 합의에 의해 중재절차에 의해 보상액을 결정하도록 하고 있다.<sup>33)</sup> 제12조는 관련 문화재의 반환 요청이 가능한 세 가지의 누적적 조건을 규정하고 있다.<sup>34)</sup> 1936년 초안이 조약으로 발효할 경우 이 조약은 체약 당사국 간에 이미 체결되었거나 향후 체결될 형사사법공조에 관한 조약에 아무런 영향이 없는 것으로 규정되어 있다.<sup>35)</sup> 원칙적으로 조약의 이행에 관련된 각종 통보는 외교 경로 (diplomatic channel)를 통해 이루어져야 하며,<sup>36)</sup> 체약 당사국은 국제박물관사무소를 통해 이 조약의 이행에 관련된 자국 법령을 다른 체약 당사국에 최대한 신속히 통보하여야 한다.<sup>37)</sup>

1936년 조약의 적용 범위와 관련하여 중요한 의미를 갖는 조항이 바로 제17조이다. 문화재의 국제적 거래 및 반출을 규율하고자 하는 조약이 그 목적과 취지의 정당성에도 불구하고 사적 개인 간의 거래의 자유를 과도하게 규제한다는 우려와 비판이 제기되었다. 제17조는 이러한 우려와 비판을 고려하여 체약 당사국들에게 조약의 물적 적용범위와 관련하여 유보(reservations)를 행할 수 있도록 하고 있다. 제1항은 체약 당사국은 조약에 대한 서명, 비준 또는 가입 시에 자국의 의무를 국가나 공적 기관에 속하는 문화재에 국한한다고 선언할 수 있도록 하고 있다.<sup>38)</sup> 제2항은 개인에게 속하는 문화재의 경우 체약 당사국이 유실 또는 도난의 경우에 한하여 조약상의 의무를 부담하는 것으로 선언할 수 있도록 하고 있다.<sup>39)</sup> 즉 개인이 소장한 문화재의 경우 그 양도 또는 국외 반출을 금지하는 국내법령을 위반한 경우에 조약의 물적 적용범위로부터 제외될 수 있는 것이다.

1936년 초안은 같은 해 3월 국제연맹 사무총장에 의해 각국 정부에 전달되었다. 1936년에 개최된 국제박물관사무소의 운영위원회(le Comité de Direction) 제1

33) 1936년 초안 제11조 제1항.

34) 이들 요건은 다음과 같다. "(a) The notification for which Article 2 provides must have been made to the International Museum Office and published in an official publication of the latter, as provided in Article 3; (b) The claim must have been made within five years of publication; (c) The object must have been in the possession of the bona-fide acquirer for less than ten years."

35) 1936년 초안 제14조 제1항.

36) 1936년 초안 제15조 제1항.

37) 1936년 초안 제 16조.

38) 1936년 초안 제17조 제1항. ("Any H C Party may declare at the time of signature, ratification or accession that it limits its obligations to the protection of objects belonging to the State or to public bodies.")

39) 1936년 초안 제17조 제2항. ("It may declare that, so far as objects belonging to individuals are concerned, it limits its obligations to the case of objects which are in its territory as a result of loss or theft.")

차 회의에서 이 위원회는 1936년 초안을 면밀히 검토하고 그 해석과 관련하여 발행할 가능성이 있는 분쟁을 사전에 방지하기 위해 일부 문구나 조항을 추가하기로 하였다.<sup>40)</sup>

### 3. 1939년 협약 초안

1936년 초안의 채택을 위한 외교회의는 1937년 6월에 개최될 예정이었지만 “이 초안의 검토에 필요한 모든 시간을 각국 정부들에게 주기 위해”<sup>41)</sup> 외교회의의 소집은 연기되었다. 위에서 1936년 초안의 추가적인 수정을 언급하였는데 1937년에 국제박물관사무소 사무국은 각국 정부의 의견을 반영하여 초안에 재수정을 가하기에 이르렀다.<sup>42)</sup> 조약 초안 제1조 및 제17조에 대한 재수정은 조약의 적용범위와 관련하여 상당한 파급력을 갖는 것이었다. 재수정된 초안 제1조에 따르면 조약의 물적 적용범위는 원칙적으로 “국가 또는 공법인의 재산으로서 그 수집품에 속하고, 반환요청국의 국내법에 따라 국외 반출 전에 불가양도성을 획득한 물건”으로 제한되었다.<sup>43)</sup>

이러한 방향 전환은 1970년 협약을 통해 기본적으로 계승된 것으로서 조약의 물적 적용 범위와 관련하여 중대한 변화를 의미한다. 1936년 조약 초안은 원칙적으로 상당한 가치를 가지는 문화재를 그 물적 적용범위로 하면서 제17조 제1항에 규정된 유보를 활용하여 이를 국가 및 공적 법인에 속하는 문화재로 제한할 수 있다고 규정하였다. 이에 비해 재수정된 초안은 그 물적 적용범위에 대한 규정 방식을 뒤집어 원칙적으로 국가 및 공법인의 소유로서 그 컬렉션에 속할 뿐만 아니라 당해 문화재의 국외 반출 이전 시점에 국내법률에 의해 불가양도성이 부여된 문화재가 그 적용 대상이 된다. 다만 제17조 제1항의 규정을 활용하여 개인에게 속하는 문화재에 대해서도 조약의 적용을 확장할 수 있도록 하고 있는 것이다.

지적 협력에 관한 국제위원회는 새로운 조약 초안을 승인하며 국제연맹 이사회에 대해 1938년 중에 외교회의를 소집해 줄 것을 요청하였다.<sup>44)</sup> 국제연맹 총회는 조약 채택을 위한 외교회의의 소집을 승인하였지만 조약의 성공적인 채택 및 이행에

40) Museion, 35-36, 1936, p. 225. 추가 내용은 다음과 같다. (i) 제1조에 이탤릭으로 표시한 부분을 추가하였다. “Chacune de Hautes Parties Contractantes reconnaît à toute autre Haute Partie Contractante, le droit de réclamer le repatriement des objets *reconnus, par un acte officiel antérieur au fait de sortie*, comme présentant un notable intérêt etc ...” (ii) 1936년 초안 제17조에 제4항을 신설하였다. 이 조항은 어느 체약 당사국이 자국 국내법령에 ‘상당한 수정’(modification substantielle)을 가하는 경우 다른 체약 당사국은 [이러한 수정에도 불구하고] 전자의 체약 당사국이 비준 또는 가입할 당시의 국내법령을 원용할 수 있음을 규정하고 있다. Ibid.

41) Museion, 39-40, 1937, p. 247.

42) Ibid.

43) 재수정된 초안 제1조 제2항은 다음과 같다. “Sous réserve des dispositions de l’article 17, la réclamation, pour être recevable, doit porter sur des objets qui étant la propriété de l’État ou de personnes publiques, et figurant dans leurs collections, sont devenus inaliénables, selon la législation de l’État réclamant, antérieurement au fait de sortie.”

44) Museion, 39-40, 1937, p. 262.

협력이 필요한 국가들 간에 초안에 이견이 지속되었다. 지적 협력을 위한 국제위원회는 이러한 상황을 타개하기 위해서 다섯 명의 저명한 국제법학자로 구성된 위원회를 구성하여 조약 초안에 대한 수정 및 개선을 부탁하였다.<sup>45)</sup> 이 위원회의 위원장은 Charles de Visscher(벨기에) 당시 상설국제사법재판소(PCIJ) 판사가, 위원은 Basdevant 교수(프랑스), Gutteridge 교수(영국), Kusters 판사(네덜란드), Picard 교수(프랑스)가 맡았다.<sup>46)</sup> 이 위원회(이하 “De Visscher위원회”)는 두 차례의 회의를 개최하였고 이를 기초로 새로운 조약 초안과 외교 회의 소집 시 참조할 개별 조항에 대한 평석(commentary)을 작성하였다.<sup>47)</sup>

이들 위원은 출신국의 입장에서 독립하여 개인 자격에서 활동했지만 영국, 네덜란드 등이 조약 초안 작성 과정을 통해 초안에 대해 유보적이고 비판적인 의견을 지속적으로 냈던 사실을 무시하기는 어려울 것이다. 국제박물관사무소의 공보지인 *Museion*의 마지막 호(49-50, 1940)에는 이 위원회의 활동에 관한 보고가 실려 있다. 이를 통해 1936년 초안에 가해진 근본적인 방향 선회의 배경과 맥락을 파악할 수 있다. 1933년 초안의 변화 과정은 단지 역사적 흥미를 자극하는 데 그치는 것이 아니라 2020년 오늘날에도 그대로 유효한 논쟁과 견해의 차이를 보여 준다는 점에서 이론적·실천적 함의가 크다고 할 것이다.

위원회는 먼저 조약 초안의 제목을 ‘예술 및 역사의 국가별 컬렉션의 보호를 위한 조약’(Convention pour la protection des collections d’art et d’histoire)으로 변경하였다. De Visscher 위원회는 기존 조약 초안의 문제점으로서 제일 먼저 “조약 초안이 자국의 국내법에 대해 끼치는 [부정적] 영향에 대해 다수의 국가들이 표명한 우려”를 언급하였다.<sup>48)</sup> 동 위원회는 또한 과거 초안이 지나치게 광범위한 [규범적] 파급효과(un portée beaucoup trop large)를 가졌다고 지적하였다.<sup>49)</sup> 체약 당사국의 문화재가 양도나 반출을 금지하는 국내법에 위반하여 반출될 경우 언제라도 그 반환을 요청할 수 있는 권리를 부여하는 것은 법적 관점에서 중대한 어려움을 초래할 뿐만 아니라 실천적으로도 [문화재의] 국제 거래에 심대한 문제를 야기한다고 위원회는 비판하였다.<sup>50)</sup> 위원회에 따르면 조약 초안이 이처럼 광범위한 보호를 부여하려고 한다면 국가 상호 간의 합의에 기초한 초안 채택에 대해서도 어떠한 희망도 품을 수 없을 것이다.<sup>51)</sup>

De Visscher 위원회가 작성한 초안은 “더 좁고 더 제한적인 [보호의] 관념”(une conception plus étroite et plus restrictive)<sup>52)</sup>에 기반하고 있다. 핵심적 조항이라고 할 수 있는 제1조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다.

45) *Museion*, 49-50, 1940, p. 215.

46) *Ibid.*

47) *Ibid.*, p. 217.

48) *Ibid.*

49) *Ibid.*, p. 216.

50) *Ibid.*

51) *Ibid.*

52) *Ibid.*, p. 216.

The present Convention concerns objects of palaeontological, archaeological, historic or artistic interest belonging to, or in the custody of, the State or Public Institutions.

밑줄 친 부분에서 조약의 물적 범위를 상당한 가치를 지닌 문화재 전반에서 국가 또는 공적 기관이 소유한 문화재에 국한된다는 것, 즉 개인에게 속하는 문화재는 원칙적으로 조약의 보호대상에서 제외된 것을 알 수 있다. 1939년 조약 초안 제11조에 따르면 체약 당사국은 조약의 서명, 비준, 가입 또는 기타 어느 시점에나 상호주의(reciprocity)에 따르는 것을 조건으로 법인이나 개인에 속하는 문화재에 대해서도 이 조약을 적용한다는 선언을 행할 수 있다.<sup>53)</sup> 즉 법인이나 개인에 속하는 문화재는 원칙적으로 조약 초안의 물적 적용범위에서 제외되고 이들에게까지 조약을 적용하기 위해서는 별도의 “opt-in” 선언을 행해야 하는 것이다.

제1조 제3항은 관련 문화재가 국가 또는 공적 기관의 소유라는 요건에 더해 이들 문화재가 국외 반출 이전 시점에 당해 국가의 속하는 컬렉션에 속하는 것으로 목록에 등재되어 있어야 한다는 요건을 추가적으로 규정하고 있다.

The present Convention shall apply only to objects individually catalogued as having formed part of the collections belonging to the High Contracting Parties before the dispossession giving rise to a claim for restitution.

1939년 조약 초안 제1조 제1항과 제3항을 통해 대폭적으로 축소된 조약의 물적 범위가 1970년 조약 제7조(b)를 통해 기본적으로 계승되고 있음을 쉽게 알 수 있다.

조약 초안의 물적 적용 범위와 관련해서는 다음과 같이 규정하고 있는 제2조 제1항을 검토할 필요가 있다.

Claims for restitution may be made in respect of any of the objects referred to in Article 1 which may be found on the territory of a High Contracting Party as the result of a loss or of an infringement of property rights punishable under the criminal law of the claimant State.

밑줄 친 부분에 따르면 단지 도난의 경우만이 아니라 배임(abus de confiance)이나 사기(escroquerie)의 경우에도 당해 조약이 적용된다.<sup>54)</sup> 1995년

53) “Any of the High Contracting Parties may, at the time of its signature, ratification, accession, or at any other time, declare in a notification addressed to the Secretary-General of the League of Nations that, subject to reciprocity, it extends the application of the provisions of the present Convention to objects belonging to corporations or to individuals and recognized to be of national interest by an official act prior to dispossession.”

UNIDROIT협약은 제1조 제1호에서 “도난”(stolen)이라는 용어를 사용하고 있는데 이 개념의 외연과 관련하여 논란(즉 이 용어가 협의의 절도만을 의미하는지 아니면 횡령, 사기 또는 배임의 경우까지 포함하는지)이 있다.<sup>55)</sup> 1939년 초안 제2조 제1항은 명문의 규정을 통해 해결하고 있는 셈이다.

1939년 조약 초안 제2조 제3항은 문화재의 국제적 보호에 관한 조약들에서 공통적으로 문제되는 사항, 즉 불소급(non-retroactivity)의 원칙에 대해 명시적으로 규정하고 있다는 점에서 주목을 요한다.

The present Convention shall apply only to acts of dispossession subsequent to the engagement entered into by the High Contracting Parties.

밑줄 친 부분에서 알 수 있듯이 1939년 조약 초안에 따른 반환 청구는 관련 제약 당사국 모두에게 조약이 발효한 시점 이후에 발생한 점유 박탈(dispossession)에 대해서만 적용되도록 규정되어 있다.<sup>56)</sup>

1939년 조약 초안 제3조는 점유 박탈을 발견한 제약 당사국이 국제박물관사무소에 그 사실, 반환 청구를 제기한 사실 및 이러한 청구의 결과를 통보할 의무,<sup>57)</sup> 국제박물관사무소의 점유 박탈 사실의 통보를 공표할 의무<sup>58)</sup> 등에 관하여 규정하고 있다. 1933년 조약 초안 및 1936년 조약 초안과의 차이점은 앞의 두 조약 초안에 따를 경우 국제박물관사무소의 공표가 있는 후에 이루어진 거래는 선의취득으로 간주하지 않도록 되어 있는 데 비해 1939년 조약 초안에서는 이러한 간주 규정을 삭제하고 있다. De Visscher 위원회의 설명에 따르면 문화재 거래 당사자들이 국제박물관사무소의 공표를 늘 검토하기를 기대하기 어렵고 따라서 이 사무소에 의한 공표는 문화재 소재재의 법원이 선의취득 여부를 결정하는 데 있어 하나의 고려요소에 해당하는 데 그친다.<sup>59)</sup>

1939년 조약 초안은 문화재의 반환 요청을 받은 소재지국이 제공할 수 있는 협력을 행정적 협조(administrative assistance)와 반환을 위한 사법적 청구(judicial claims for restitution)로 나누어 각각 제2절(제4조-제6조)과 제3절(제7조-제10조)에서 규정하고 있다. 행정적 협조의 주요 내용은 (i) 반환 요청을 받은 후 “최대한 조속

---

54) Ibid.

55) 원칙적으로 이 협약에서 사용되고 있는 도난이라는 용어는 협의의 절도만을 의미하는 것으로 보는 것이 타당할 것이다. Droz, op. cit., p. 250. 이렇게 보더라도 협약 당사국의 국내법에 의거하여 도난의 의미를 광의로 파악하는 것 즉, 도난 문화재의 회복과 관련하여 협약 상의 규정보다 유리한 규정을 두는 것은 금지되지 않는다.(협약 제9조 참조)

56) 1970년 협약에 관련된 불소급 적용의 원칙에 대한 상세한 논의로는 O’Keefe Commentary, pp. 9-11 참조.

57) 제3조 제1항. (“The High Contracting Parties shall keep the IMO informed of any acts of dispossession suffered by their collections, of their claims for restitution and of the results of such claims.”)

58) 제3조 제3항.

59) Museion, 49-50, 1940, p. 217.

한 시일에 또한 자국법에 따라” 관련 문화재의 소재를 파악하고, 그 반출 또는 자국내 컬렉션에 의한 취득을 방지하고 보유자로 하여금 자발적으로 인도하도록 유도하는 것<sup>60)</sup>과 (ii) 관련 문화재가 선의취득자의 점유 하에 있을 때 반환요청국의 보상 지급을 대가로 당해 문화재를 인도하도록 결정할 수 있다는 것<sup>61)</sup>이다.

반환을 위한 사법적 청구에 관해 1939년 조약 초안 제7조는 다음과 같이 반환요청국이 문화재소재지국 법원에 소를 제기할 수 있는 권리를 규정하고 있다.

Any of the High Contracting Parties shall have the right to institute legal proceedings with a view to the restitution of the objects referred to in the present Convention.

제8조 제1항은 세 가지 조건에 따르는 것을 조건으로 하여 문화재 소재지국의 법원이 선의취득자에 대해서도 관련 문화재를 인도할 것을 명할 수 있도록 규정하고 있다. 이들 조건은 중요한 두 가지는 다음과 같다. (i) 문화재 소재지국의 국내법이 선의취득자에 대해 관련 문화재를 보유할 권리를 인정하거나 보상을 요구할 권리를 허용할 경우, 반환요청국이 사전에 보상을 지급해야 한다.<sup>62)</sup> (ii) 선의취득자가 관련 문화재를 매매계약에 의해 취득했고 매매가격을 입증할 수 있는 경우 보상액은 매매가격에 실제로 지급된 계약 비용이 된다. (그렇지 않은 경우에는 관련 상황들을 적절히 고려하여 합리적인 보상액을 정해야 한다.)<sup>63)</sup>

1939년 조약 초안 제10조에 따르면 문화재 소재지국 법원에서 반환청구의 소를 제기하는 것은 관련 문화재를 개인적으로 직접 또는 선행 권원 보유자를 통해 점유한 기간이 10년 이하인 경우에만 가능하도록 하고 있다.<sup>64)</sup>

De Visscher 위원회가 대폭적으로 수정하여 작성한 조약 초안은 다수의 개별 국가가 느끼는 자국 문화재 보호, 특히 자국법을 위반하여 국외로 반출된 경우 이를 반환 받을 필요성에 대해 상당 부분 공감하면서도<sup>65)</sup> 1933년 조약 초안과 1936년

60) 1939년 조약 초안 제4조 제2항. (“The country to which the claim is addressed shall, at the earliest possible date and in conformity with its legislation, take all necessary steps to locate the object, prevent its export or its acquisition by its collections and induce the holder to surrender it voluntarily.”)

61) 1939년 조약 초안 제5조. (“The country to which the claims is addressed may, if it be found that the object in question is in the possession of a bona fide possessor, decide that it shall be surrendered against the payment, by the claimant country, of compensation to said possessor.”)

62) 1939년 조약 초안 제8조 제1항(a).

63) 1939년 조약 초안 제8조 제1항(b). (“If the bona fide purchaser has acquired the object in virtue of a contract of sale and if the sale price can be proved, the amount of compensation shall consist of the sale price and the genuine costs of the contract actually paid by him. In the contrary case, the amount of compensation shall be assessed at a reasonable figure, due account being taken of attendant circumstances.”)

64) 1939년 조약 초안 제10조 제1항.

65) de Visscher, op. cit., p. 859 (“the fear, often justified, of seeing national artistic treasures pass into the hands of foreign countries”).

조약 초안이 주권 국가의 국내법에 대해 지나치게 ‘침습적’이며 또한 국제적인 차원에서 문화재의 교류 및 유통을 위축시킬 우려가 크다고 보았다.<sup>66)</sup> 이에 따라 국제연맹의 틀 내에서 준비 중이던 조약 초안의 방향성을 과감하게 전환하여 조약의 물적 적용범위를 원칙적으로 국가 및 공적 기관의 소유에 속하는 문화재 중에서 공식적인 목록에 등재된 문화재만을 국제조약의 보호대상으로 삼고자 했던 것이다. 이를 통해 개인이 보유한 문화재의 경우에는 국제적인 차원에서의 거래 및 유통에 대한 규제의 대폭적인 완화를 시도하였다.<sup>67)</sup> 또한 협약 적용을 촉발하는 사태를 유실 또는 반환요청국의 형법에 의해 처벌가능한 재산권의 침해 행위로 국한시키고 있어 문화재의 국외 반출 금지 등 행정법규에 위반된 경우는 협약의 규율 범위에서 제외되고 있다.<sup>68)</sup> 1930년 협약 초안은 그해 9월에 제2차 세계대전이 발발하면서 공식적인 채택에는 이르지 못하였다.

#### IV. 1970년 UNESCO 협약의 채택 배경 및 경위

##### 1. 서언

제2차 세계대전이라는 대참화를 겪고 난 후 문화재 보호와 관련된 국제사회의 관심은 무력충돌 시, 즉 전시에 문화유산을 보호하는 쪽으로 향했다. 그 결과 1954년에 헤이그 전시문화재 보호협약이 채택되었다. 그 후 UNESCO는 1956년에 고고학적 발굴에 적용가능한 국제원칙에 관한 권고(Recommendation on International Principles Applicable to Archaeological Excavations)를 채택하였고, 1964년에는 ‘문화재의 불법적인 반출, 반입 및 양도를 금지 및 방지하기 위한 수단에 관한 권고 초안’(Draft Recommendation on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Export, Import and Transfer of Cultural Property)이 제출되어 국제적인 차원에서 문화재의 불법 반출 및 거래를 방지하기 위한 노력을 본격화하였다.<sup>69)</sup> 1964년 제13차 회기에서 ‘문화재의 불법적인 반출, 반입 및 양도를

66) Museion, 49-50, 1940, p. 216; De Visscher, op. cit., p. 858. de Visscher 판사는 자신의 논문에서 “That the States recommend to their administrations of the fine arts not to require classification, involving a prohibition on exportation, except in the case of works of particular interest to the artistic or archaeological treasures of their country.”라는 내용의 지적 협력에 관한 국제위원회의 결의 내용을 소개하고 있다. de Visscher는 개별 국가에 의한 자국 문화재 보호의 필요성과 국제적인 차원에서의 문화재의 적극적인 교류 및 전파의 중요성 간에 균형을 확보해야 한다고 강조하고 있는 것이다.

67) 사적 개인이 보유하고 있는 문화재의 국제적 거래에 대한 규제를 완화할 필요성에 관해서는 de Visscher, op. cit., pp. 858-859 참조.

68) De Visscher 위원회에 따르면, 반환요청국이 당해 문화재의 반출을 금지한 경우에까지 반환을 허용하는 것은 불가능했다. 이 경우에까지 반환요청을 허용하면 문화재의 국제거래에 대한 타격이 너무나 컸을 것이기 때문이다. Museion, 49-50, 1940, p. 216.

69) 1970년 UNESCO 협약의 채택 경위에 대한 간략한 고찰로는 Ridha Fraoua, “Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l’importation, l’exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (Paris, 1970): Commentaire et

금지 및 방지하기 위한 수단에 관한 권고 초안’(Draft Recommendation on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Export, Import and Transfer of Cultural Property)이 제출되었다.<sup>70)</sup> 이 권고 초안은 정의(definition), 일반원칙(general principles), 권고 조치(recommended measures)로 구성되어 있다.<sup>71)</sup>

이 권고 초안의 구성 및 내용을 1970년 협약의 그것과 비교해 보면 1964년 초안이 상당한 영향력을 끼쳤음을 쉽게 알 수 있다.<sup>72)</sup> 1964년 권고 초안에는 모두 7개의 일반원칙이 규정되고 있는데 강조점이 국제적인 차원에서의 문화재의 반출, 반입 및 양도에 대한 엄격한 규제에 두어져 있다. 이러한 경향은 탈식민지화(de-colonization)가 활발하게 진행되고 있던 당시의 국제 정세와도 무관하지 않을 것으로 보인다.<sup>73)</sup> 1970년 협약 채택 50주년을 기념하는 UNESCO 홈페이지에는 이 협약이 채택된 역사적 맥락에 대해 간략히 언급하고 있는데, 당시 독립을 성취한 제3세계 국가의 문화재가 국제 암시장에서 불법적으로 거래되던 현실, 특히 암시장에서의 수요를 충족시키기 위해 이들 국가의 기념물이나 유적지가 파괴되었던 것을 적시하고 있다.<sup>74)</sup> 권고 초안을 마련하기 위해 소집된 특별위원회(Special Committee)의 의장단은 모두 4명으로 구성되었는데, 의장이 시리아, 두 명의 부의장이 각각 헝가리, 멕시코 출신 (나머지 한 명 보고관은 프랑스 출신)이었던 것도 이러한 분위기와 관련이 있었을 것이다.<sup>75)</sup>

## 2. 1970년 수정 초안

4년 뒤인 1968년 제15차 회기에서 UNESCO 집행이사회(Executive Board)는 1964년 권고 초안에서 다루어진 문제에 관해 협약을 채택하는 것이 바람직한지

---

aperçu de quelques mesures nationale d'exécution,” UNESCO Doc. CC-86/WS/40 (1986), pp. 1-8.

70) UNESCO Doc. 13C/PRG/17 (29 June 1964). 이 문서는 UNESCO Archives에서 검색 가능하다. 1970년 협약에 이르는 UNESCO 내부에서의 준비 과정에 대한 상세한 기술에 관해서는 Gordon, op. cit., pp. 538-540 참조.

71) UNESCO Doc. 13C/PRG/17, pp. 3-6.

72) 예를 들어 1964년 권고 초안의 일반 원칙 중의 하나는 다음과 같이 규정하고 있다. “Any export, import or transfer effected contrary to these rules should be regarded as illicit.” UNESCO Doc. 13C/PRG/17, p. 4. 이 원칙과 1970년 협약 제3조간의 유사성은 명백하다.

73) 1970년 협약 채택 회의에 미국 대표단의 일원으로 참가했던 Bator 교수는 회의에서 소비에트 진영과 다수의 제3세계 국가들이 취한 입장은 “실질적으로 문화재에 대한 모든 거래를 못 하게 하는”(would have effectively ended all international trade in cultural objects) 것이었다고 지적하였다. PM Bator, “An Essay on the International Trade in Art,” *Stanford Law Review* vol. 34 (1982), p. 344.

74) <<https://en.unesco.org/fighttrafficking/1970>>. (“By the 1950s, more States were gaining independence. These young nations sought to create an international treaty to combat the illicit trafficking of cultural property. Their concern was mainly related to the growth of the black market during this time and, in particular, to the dismemberment of monuments and ancient sites to meet the demand.”)

75) UNESCO Doc. 13C/PRG/17, p. 8.

여부를 총회(General Conference)에 의제로 상정하기로 하였고,<sup>76)</sup> 같은 해 개최된 총회에서 협약 초안의 작성이 바람직하다는 결정이 내려졌다.<sup>77)</sup> 협약 초안과 보고서를 작성하기 위한 목적으로 특별위원회가 소집되었고 이 위원회는 1969년 8월 8일에 협약 예비 초안과 보고서를 제출하였다.<sup>78)</sup> 협약 예비 초안(정식 명칭은 ‘Preliminary Draft Convention Concerning the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property’)은 UNESCO 회원들에게 송부되어 각국 정부의 논평을 받은 후 수정되었다. 수정된 초안의 명칭은 ‘Revised Draft Concerning the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property’인데 이는 1970년 2월 27일에 제출된 보고서에 실려 있다.<sup>79)</sup> 1969년 예비 초안과 1970년 수정 초안 간에는 의미 있는 차이가 없다. 이 수정 초안은 1970년 4월에 열린 ‘정부 전문가 특별위원회’(Special Committee of Governmental Experts)에서 미국의 적극적인 개입으로 상당한 수정을 겪게 된다. 먼저 1970년 초안의 주요 조항을 검토하면서 이 초안에 반영된 규범적 방향성을 파악하도록 한다.

1970년 수정 초안 제1조는 문화재에 대해 일반적인 정의 조항을 두지 않고 협약의 목적상 문화재를 나열 방식으로 규정하고 있다. 문화재에 대한 정의와 관련하여 기억할 필요가 있는 것은 1930년대 국제연맹의 틀 내에서 진행된 협약 작성 작업 시 협약의 규율 대상인 문화재에 대해 일반적·추상적으로 규정했을 뿐 이를 구체적으로 정의하지는 않았다는 사실이다. 1969년에 제출된 예비초안에서 (a)에서 (h)에 이르는 항목을 나열하는 정의 방식이 채택되었다. 1969년 예비초안과 함께 제출된 보고서의 제1조에 대한 설명을 검토하면, 이러한 접근 방법을 취하게 된 데는 제2차 세계대전 이후 여러 국제조약, 특히 1954년 전시문화재보호협약 등에서 문화재에 대한 상세한 정의 조항이 채택되었던 실행, 모든 국가가 문화재에 대한 공통된 정의를 채택하는 것이 문화재의 반출 및 반입에 대한 통제를 용이하게 할 것이라는 판단 등이 작용한 것으로 보인다.<sup>80)</sup>

1970년 수정 초안 제2조는 다음과 같이 규정하고 있다.

The import, export or transfer of ownership of cultural property effected contrary to the provisions already adopted, or to be adopted by the States Parties in order to make their national laws conform with this Convention, shall be illicit.

76) UNESCO Doc. 78EX/9 (1968) (“Decides to include the following question in the provisional agenda of the fifteenth session of the General Conference: ‘Desirability of drafting an international convention concerning the means of prohibiting and preventing the illicit import, export and transfer of ownership of cultural property’”); Gordon, 539.

77) UNESCO Doc. 15C/15 (1968) (“Considers it desirable that an international convention be drafted on the subject”).

78) UNESCO Doc. SHC/MD/3 (8 August 1969).

79) UNESCO Doc. SHC/MD/5 (27 February 1970).

80) UNESCO Doc. SHC/MD/3 (1969), pp. 4-5.

이는 1969년 예비초안 제2조와 대체로 유사하지만, 밑줄 친 부분은 1969년 초안 제2조의 “adopted under this Convention by the States Parties thereto”의 의미를 명확히 하기 위해 채택되었다. 예를 들어 이탈리아는 1969년 예비초안에 대한 논평에서 예비초안 제2조는 개별 국가에서 이미 발효 중인 법률 조항을 언급하지 않고 있다고 지적하였다.<sup>81)</sup> 수정 초안은 이러한 지적을 받아들여 협약 채택 후 제정되는 법률상의 조항만이 아니라 이미 발효 중인 법률 조항에 위반되어 이루어진 반입, 반출 또는 소유권 이전이 불법(illicit)이라고 규정하고 있는 것이다.

이 지점에서 1970년 수정 초안 제2조와 1933년 협약 초안 제1조 간의 유사성을 환기할 필요가 있을 것이다. 후자는 “The High Contracting Parties undertake not to recognize the validity of transactions in regard to movable or immovable objects of an artistic, historical or scientific character in the event of any breach of the provisions whereby any one of the Parties may, in accordance with its legislation, have prohibited the alienation or export of such objects.”라고 규정하였다. 이 조항의 밑줄 친 부분은 1970년 수정 초안의 “The import, export or transfer of ownership of cultural property effected contrary to the provisions already adopted, or to be adopted by the States Parties in order to make their national laws conform with this Convention”라고 하는 부분과 유사하다. 협약에 가입한 국가가 협약의 관련 규정을 이행하기 위해 채택한 (혹은 이미 채택한) 국내법 규정에 위반하는 방식으로 반출입 또는 소유권 이전이 이루어지면 (1970년 수정 초안에 따르면) 불법(illicit)이거나 (1933년 협약 초안에 따르면) 계약 당사국들에게 이러한 거래의 효력을 불승인해야 하는 의무가 발생하는 것이다. 필자가 파악한 범위 내에서는 1933년 협약 초안 제1조와 1970년 수정 초안 제2조 간의 유사성을 언급하고 있는 연구는 없는 것으로 보인다. 1970년 협약과 국제연맹 시절 이루어진 협약 작성 과정 간의 관련성을 분석하는 것은 단지 역사적인 취미에 기인하는 것이 아니다. 이러한 비교 분석을 통해 시대적 차이에도 불구하고 문화재의 국제적 거래 및 이에 대한 통제를 조건짓는 주요 변수들이 무엇인지에 대해 시사점을 얻을 수 있기 때문이다. 1970년 협약과 국제연맹 시절의 작업 간의 관련성에 대해서는 아래에서 좀더 상세히 언급하도록 한다.

1970년 수정 초안 제4조는 개별 국가나 그 국민 등에 부여된(vested) 소유권(ownership)의 상호 승인에 관해 규정하면서 특히 주어진 문화재와 이들 국가 간의 연결점(connection)을 6가지 제시하고 있다. 이 중 마지막 항목은 “cultural property acquired by a State or one of its nationals before this Convention entered into for the State in question”이다. 이 항목은 1970년 협약 최종본에서는 삭제되었는데, 이 조항을 그대로 둘 경우 협약이 발효하기 이전에 어느 계약 당사국에 불법적으로 반입된 문화재에 대해 합법적 소유권을 부여하는 결과를 초래하기

---

81) UNESCO Doc. SHC/MD/5 Annex I (1969), p. 11.

때문이었다.<sup>82)</sup> 수정 초안 제5조와 제6조는 각각 문화재의 보호를 위한 국가기관(national service)의 설립과 이 기관의 기능에 대해 규정하고 있다.

1970년 수정 초안의 핵심적인 조항은 제7조와 제10조라고 할 수 있다. 이들 조항은 제2조의 원칙을 구체적으로 이행하기 위해 다양한 규정을 두고 있다. 먼저 제7조는 문화재의 불법적인 반출입 및 소유권 이전을 금지 및 방지하기 위해 수출입 증명서(certificate) 제도를 도입하고, 불법적으로 반입된 문화재의 압류(sequestration) 제도를 규정하고 있다. 특히 이들 제도의 실효성을 담보하기 위해 강력한 행정적 및 형사적 제재의 부과를 체약 당사국에 의무로서 부과하고 있다.

제7조에 따르면 체약 당사국은 반출 증명서 제도를 도입해야 하고,<sup>83)</sup> 반출 증명서가 첨부되지 않은 문화재의 반출을 허가해서는 안된다.<sup>84)</sup> 반출 증명서 도입 의무에 상응하는 의무로서 반출 증명서가 첨부되지 않은 문화재의 수입을 금지해야 한다.<sup>85)</sup> 이 조항은 주목을 요하는데 1970년 협약 최종본에서는 이 조항이 삭제되었기 때문이다. 반출 증명서가 첨부되지 않은 문화재의 반출을 허가하거나 반입 금지 의무를 위반하는 경우에는 이를 위반한 개인이나 기관에 대해 형벌 및 행정적 제재를 가하도록 하였다.<sup>86)</sup>

1970년 수정 초안이 문화재의 불법적인 반출입 및 소유권 이전을 금압하기 위해 체약 당사국들에게 적극적인 개입을 요구하고 있다는 점은 다음과 같이 규정하고 있는 제7조(f)에서 잘 드러난다.

so far as possible, to sequester cultural property introduced illicitly into their territory, to inform all interested parties of the existence of such property by means of appropriate publicity, and to restore it to its State of origin as quickly as possible, provided that a request to this effect is made by that State within two years from the date of sequestration; ...

제7조(g)는 체약 당사국들에 문화재 거래를 통제하고(control trade in cultural property) 골동품상(antique-dealers)들에게 문화재의 출처(origin), 제공자와 구매자의 성명 및 주소, 판매된 문화재의 상세 및 가격을 기록한 장부(register)를 유지할 의무(이를 이행하지 않을 경우 형사적 제재를 가함)를 규정하고 있다. 제7조(h)는 문화재의 출처를 확인하지 않고 불법적으로 반입된 문화재임을 알면서 취득한 공적 또는 사적 기관(특히 박물관)의 책임자에게 징계 또는 형사적 제재를 부과할 것을 체약 당사국에게 의무화하고 있다.

1970년 수정 초안 제10조는 표면적으로 보서는 1970년 협약 최종본 제13조

82) O'Keefe Commentary, pp. 45-46.

83) 1970년 수정 초안 제7조(a).

84) 1970년 수정 초안 제7조(b).

85) 1970년 수정 초안 제7조(c).

86) 1970년 수정 초안 제7조(e).

와 대체로 유사한 내용을 담고 있다. 즉, (a) “가능한 최대한 문화재의 불법적인 반입과 반출을 조성할 우려가 있는 문화재 소유권의 양도를 금지 및 방지하고,” (b) “당사국의 주무관청이 불법적으로 반출된 문화재의 적법한 소유자에의 반환을 용이하게 하는데 협력할 것을 보장하고,” (c) “문제된 문화재의 소유자, 그의 허가를 받은 대리인 또는 그의 국적국이 소송을 제기할 수 있다는 전제하에 유실, 도난당한 또는 불법적으로 반입된 문화재를 점유하고 있는 사람을 상대로 제기하는 [관련 문화재의] 회복을 위한 소송을 수리”할 의무를 체약 당사국에 부여하고 있다.<sup>87)</sup> (c)와 관련하여 1970년 수정 초안과 1970년 협약 최종본 간의 차이는 그 회복을 위해 소송을 제기할 수 있는 문화재의 범주가 전자는 “유실, 도난 당한 또는 불법적으로 반입된” 문화재인 데 비해,<sup>88)</sup> 후자는 이를 “유실 또는 도난된” 문화재로 국한하고 있다는 것이다.<sup>89)</sup>

이는 1970년 협약의 물적 대상의 범위와 관련하여 중요한 함의를 갖는 문제이다. 1970년 협약 최종본에서는 불법적으로 반출된 문화재에 대한 규율이 제7조(a)에서 언급된 제한된 범주의 문화재에 국한되었다. 주지하디시피 1995년 UNIDROIT 협약이 (다른 목적도 있지만) 이러한 ‘입법적 공백’을 메우기 위해 채택되었다.<sup>90)</sup> 1970년 수정 초안 제10조(c)가 원안대로 채택되었다면 불법적으로 반출된 문화재를 선의취득한 사람에 대한 보상 문제가 발생하였을 것이다.<sup>91)</sup> 1970년 수정 초안 제10조(d)는 바로 이러한 경우를 상정하여 체약 당사국이 불법적으로 반입된 문화재를 선의취득한 경우 사전에 공정한 보상을 지급하고 그 점유를 박탈할 수 있는 입법조치를 취할 의무를 체약 당사국에 부과하고 있다.<sup>92)</sup>

1970년 수정 초안 제10조(e)는 “본 협약의 각 당사국의 파기할 수 없는 권리. 즉, 특정문화재를 양도 불능으로, 따라서 사실상(sic)<sup>93)</sup> 반출되어서는 안되는 것으

87) UNESCO Doc. SHC/MD/5 Annex III (1970), p. 4.

88) 1970년 수정 초안 제7조(c)의 영문본은 다음과 같다. “to admit actions for recovery of property against those possessing a lost, stolen or illegally imported item of cultural property, on the understanding that the action may be brought by the owner of the cultural property in question, his authorized agent or the State of which he is a national.”

89) 1970년 협약 최종본 제7조 (c)의 영문본은 다음과 같다. “to admit actions for recovery of lost or stolen items of cultural property brought by or on behalf of the rightful owners.”

90) 지면의 제약상 이 글에서는 1970년 협약과 1995년 협약의 관계에 관한 상세한 논의는 행하지 않는다.

91) 1995년 UNIDROIT 협약에서는 제6조가 이 문제를 상세히 규율하고 있다.

92) 이 조항의 영문본은 다음과 같다. “to make provision in their respective national laws for the possibility of dispossessing, for reasons of public utility and by means of legal proceedings, with an advance payment of fair compensation corresponding to the purchase price, bona fide possessors of cultural property illicitly imported since the entry into force of this Convention and claimed by the State of origin, the cost of compensation to the possessor to be borne by that State.”

93) 이 조항은 원문은 다음과 같다. “to recognize the indefeasible right of each State Party to this Convention to classify and declare certain cultural property as inalienable which should therefore *ipso facto* not be exported, and to facilitate the recovery of such property by the State concerned in cases where it has been exported.” 1970년 협약의 공식 번역본에서 “*ipso facto*”를 ‘사실상’으로 하고 있는 것은 잘못이다. 이는 어느 체약 당사국이 특정 문화재를 양도 불가한 것으로 분류하고 선언하는 사실 자체의 의해 바로 반출해서는 안되는 효과가 발생한다는 의미이다.

로 분류하고 선언할 권리를 인정하고, 그것이 반출되었을 경우에는 관계국가에 의한 동문화재의 회복을 용이하게 한다”고 규정하고 있다. 이 조항의 전반부(“to recognize the indefeasible right of each State Party to this Convention to classify and declare certain cultural property as inalienable which should therefore *ipso facto* not be exported”)는 1970년 수정 초안 제2조의 반출 관련 부분을 상세히 부연하고 있는 것으로서 1933년 그 규율방식의 측면에서 협약 제1조와 서로 통한다. 1970년 수정 초안은 1964년 권고 초안, 1969년 예비 초안과 마찬가지로 문화재의 기원국의 국내법에 대한 국제적 차원에서의 존중을 기본 원칙으로 하여 그 물적 적용범위를 불법적으로 반출된 문화재에 대해서까지 확장하고 있다. 이러한 접근방법이 그대로 관철되었더라면 1933년 협약 초안이나 1936년 협약 초안과 유사하게 국제적 차원에서의 문화재 거래에 대해 엄격한 규율 체계가 마련되었을 것이다.<sup>94)</sup> 1970년 수정 초안이 협약 당사국에 형사적 및 행정적 제재의 부과를 통해 문화재 관련 국내법제의 실효성을 담보하도록 하고 있는 데서도 국제적 차원에서의 문화재의 원활한 거래와 유통보다는 개별 국가의 문화재의 반출 억제력을 통한 보호에 중점이 두어져 있음을 알 수 있다. 1970년 협약 수정 초안이 협약 당사국들에 대해 균일한 권리와 의무를 부과함으로써, 즉 협약상의 권리와 의무의 일체성(integrity)을 확보함으로써 협약의 규범적 밀도와 실효성을 제고하려는 의도는 수정 초안 제15조에서 협약에 대한 유보(reservation)를 금지하고 있는 데서도 드러난다.

### 3. 1970년 최종 초안

1970년 수정 초안은 1970년 2월에 제출되었다. 같은 해 4월에는 파리 유네스코 본부에서 정부전문가 특별위원회가 소집되어 1970년 협약의 최종 초안을 채택하였다. 이미 지적한 바와 같이 1970년 초안은 1964년 권고 초안, 1969년 예비 초안과 마찬가지로 개별 국가, 특히 개발도상국의 문화재 보호에 중점이 두어져 있었고 이를 위해 문화재 관련 국내법 규정의 국제적 차원에서의 존중 및 문화재의 불법 반출 및 거래를 억제하기 위한 국제적 협력을 강조하였다.

영국, 네덜란드, 독일 등 서방 국가들은 협약 초안의 이러한 방향성에 대해 이의를 제기하였지만 협약 초안의 대폭적인 수정으로 연결되지는 못하였다. 이러한 상황에 근본적인 변화를 가져온 것은 미국의 협약 작성과정에서의 뒤늦은 참여 및 강력한 비판의 전개였다. 미국은 특히 기원국의 국내법에 의해 양도 또는 반출 불가로 지정된 문화재에 대해 반입 통제(import controls)를 부과할 의무를 규정한 조항에 대해 강력한 이의를 제기하였다.<sup>95)</sup> 미국은 대체 초안을 제출하고 이를 특별위원회의 협

94) Bator는 1969년 예비 초안의 ‘이상주의적’ 경향을 비판하여 이를 “a document designed for a Heavenly City in which everything is utterly orderly, tidy, and subject to perfect and all-encompassing controls”라고 규정짓고 있다. Bator, op. cit., p. 371.

95) O’Keefe Commentary, p. 7.

상의 기초로 삼자고 했지만 UNESCO의 회의규칙상 그 단계에서 새로운 초안의 제출은 불가능하였다.<sup>96)</sup> 당시 미국 대표단의 일원이었던 Bator가 지적하였듯이 또한 Prott도 일정 부분 인정하였듯이 UNESCO가 준비한 협약 초안에 여러 문제가 있었던 것은 사실이다.<sup>97)</sup> 또한 특별위원회의 회의 진행도 다소 혼란스러웠고 체계적이지 못했던 것도 사실인 듯하다. 이러한 여러 사정, 즉 UNESCO가 준비한 협약 초안에 내포된 문제점들과 협상의 마지막 단계에 등장하여 근본적인 이의를 제기하면서 자국의 입장을 관철하고자 했던 미국의 전략 등으로 인해 1970년 협약의 최종본은 적잖은 문제점을 안게 되었다. 1970년 4월에 개최되었던 특별위원회의 협상 결과는 같은 해 7월에 새로운 초안으로 제시되었다.<sup>98)</sup> 같은 해 11월 14일에 개최된 UNESCO 총회에서는 최종 초안을 기반으로 하는 협약을 채택하였다. 이하에서는 1970년 2월의 수정 초안과 같은 해 7월의 최종 초안, 즉 1970년 협약 최종본을 비교하면서 필자의 의견을 제시하도록 하겠다.

첫째, 1970년 수정 초안에 따르면 협약의 물적 대상은 체약대상국의 모든 문화재로 폭넓게 규정되었다. 이는 1933년 협약 초안의 접근방식과 유사하며, ‘상당한’ 가치를 지닌 문화재로 그 범위를 제한했던 1936년 협약 초안보다 광범위하게 대상을 설정하고 있다. 이에 비해 1970년 협약 최종 초안은 그 물적 대상의 범위를 대폭적으로 축소하고 있다. 이러한 접근은 먼저 문화재에 대한 정의 조항에서 확인된다.<sup>99)</sup> 1969년 예비 초안과 1970년 수정 초안이 문화재에 속하는 각종 카테고리들을 열거하는데 그치고 있음에 비해 1970년 협약 최종본상의 정의에는 체약 당사국에 의한 특정한 지정과 고고학, 선사학, 역사학, 문학, 예술 또는 과학을 위해 중요성을 지니고 있을 것을 추가적으로 요구하고 있다.<sup>100)</sup>

다음으로 1970년 수정 초안은 반출 증명서가 첨부되지 않은 외국 문화재의 반입을 금지하도록 하고 있다.<sup>101)</sup> 따라서 외국문화재의 중요성에 관계 없이 또한 유실, 도난, 불법적 반출을 구분하지 않고 포괄적인 통제를 가하고 있는 것이다. 이에 비해 1970년 협약은 도난의 경우 제7조(b)를 통해 “본 협약의 타 당사국의 박물관이나 종교적 또는 세속적 공공기념관 또는 유사기관에서 도난된 문화재가 그 기관의 물품목록에 소속됨이 문서로 기록되어 있을 경우 그 반입을 금지”할 의무를 부과하고 있다. (i) 타 당사국의 박물관이나 종교적 또는 세속적 공공기념관 또는 유사한 기관에서 도난된 문화재에 국한해서, 또한 (ii) 이들 문화재가 그 기관의 물품목록에 속함이 문서로 기록되어 있는 경우에 한해서 그 반입을 금지할 의무가 적용되는 것이다.

96) Ibid.

97) Ibid., pp. 7-8.

98) UNESCO Doc. 16C/17 Annex I (13 July 1970).

99) 1970년 협약상의 정의 조항에 관련된 여러 문제에 대한 상세한 검토에 관해서는 Gordon, op. cit., pp. 542-546 참조.

100) 1970년 협약 제1조의 두문(chapeau). (“For the purposes of this Convention, the term ‘cultural property’ means property which, on religious or secular grounds, is specifically designated by each State as being of importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science and which belongs to the following categories:”) (밑줄 추가).

101) 1970년 수정 초안 제7조(c).

이 지점에서 1939년 협약 초안이 유사한 방식을 통해 협약의 적용 범위를 대폭적으로 축소할 것을 기억할 필요가 있다. 1939년 협약 초안은 그 물적 대상의 범위를 국가 또는 공적 기관이 소유한 문화재에 국한시키고(즉 개인에게 속하는 문화재는 원칙적으로 조약의 대상에서 제외시켰음)<sup>102)</sup> 또한 이들 문화재가 국외 반출 이전 시점에 당해 국가의 속하는 컬렉션에 속하는 것으로 목록에 등재되어 있어야 한다는 요건을 추가적으로 규정하였다.<sup>103)</sup> 반드시 동일하지는 않지만 1970년 협약 최종본이 1939년 협약 초안의 접근 방식을 크게 참조했다고 봐도 될 것이다.

1939년 협약 초안은 그 적용 범위와 관련하여 문화재가 유실 또는 반환요청국의 형법에 의해 처벌가능한 재산권의 침해된 경우로 제한하고 있다.<sup>104)</sup> 문화재의 국외 반출 금지 등 행정법규에 위반된 경우는 협약의 규율 범위에서 제외되고 있는 것이다. 이에 비해 1970년 협약 최종본은 제7조와 제13조에서 불법적인 반출의 경우에 관해 규정을 두고 있다. 제7조(a)는 협약 당사국에 대해 “[그] 국가 영역내의 박물관 및 그 유사 기관이 타 당사국으로부터 출처되어(sic) 불법적으로 반출된 문화재의 취득을 방지하도록 국내입법에 따라 필요한 조치를 취할 의무를 부과하고 있다. 1970년 수정 초안이 반출 증명서가 첨부되지 않은 외국 문화재는 반입을 금지하고 있는 데 비해 1970년 협약은 매우 제한된 범위에서 작동하고 있는 것이다.<sup>105)</sup>

제13조는 모두 4개 항목을 규정하고 있는데 그 중 둘, 즉 (b)와 (d)가 불법적으로 반출된 문화재에 관련되어 있다. 이들 조항은 각각 “당사국의 주무관청이 불법적으로 반출된 문화재의 적법한 소유자에게 가능한 조기 반환을 용이하게 하는데 협력할 것을 보장”할 것과 “본 협약의 각 당사국의 파기할 수 없는 권리, 즉, 특정문화재를 양도 불능으로, 따라서 사실상(sic) 반출되어서는 안되는 것으로 분류하고 선언할 권리를 인정하고, 그것이 반출되었을 경우에는 관계국가에 의한 동 문화재의 회복을 용이하게” 할 의무를 규정하고 있다. 1939년 협약 초안과 비교할 때 불법적 반출 문화재의 반환과 관련해서 일정한 의무를 규정하고 있다는 점에서 평가할 만하지만, 이들 조항의 규범적 밀도가 높다고 보기는 어려울 것이다. 제13조(b)는 추상적으로 조기 반환을 용이하게 하는 데 협력을 보장할 의무를 규정하는 데 그치고 있다. 제13(d) 역시 두문(chapeau)에 새롭게 삽입된 국내법 유보 문구(“consistent with the laws of each State”)에 의해 그 규범적 의의가 저장되었다.<sup>106)</sup>

정리하자면 1970년 협약은 예비 초안과 수정 초안의 단계에서는 광범위한 범위의 문화재에 대해 적용되는 것으로 예정되었지만, 1970년 협약 최종본은 1939년 협약 초안의 방식을 차용하여 협약의 물적 대상의 범위를 대폭적으로 축소하였다. 다만 1939년 협약의 규율 범위에서 제외되었던 불법 반출 문화재에 대해서 비록 그 규

102) 1939년 협약 초안 제1조 제1항.

103) 1939년 협약 초안 제1조 제3항.

104) 1939년 협약 초안 제2조 제1항.

105) Gordon, op. cit., pp. 529-530.

106) Bator는 이 국내법 유보 문구에 대해 다음과 같이 설명하였다. “[t]his was put in to insure that no action inconsistent with or going beyond existing domestic laws of the parties would be required.” Bator, op. cit., p. 378.

법적 밀도는 낮지만 일부 조항들이 규정되어 있다는 점을 기억할 필요가 있을 것이다. 1970년 협약에서 불완전하게 규율되는 불법 반출 문화재 문제는 1995년 UNIDROIT 협약에서 상세한 규정을 마련하기에 이른다.

둘째, 1970년 협약의 예비 초안과 수정 초안은 일부 조항의 이행과 관련하여 체약 당사국의 국내입법을 예정하고 있기도 하지만 동시에 이른바 ‘자기집행적 (self-executing)’ 효력을 갖춘 것으로 볼 수 있는 조항도 포함하였다. 이에 비해 1970년 협약 최종본은 이 문서의 자기집행성을 없애는 방향으로 작성되었다. 이는 미국 정부의 기본적인 인식을 반영한 것이다.<sup>107)</sup> 제13조에 국내법 유보 문구가 삽입되었음은 위에서 보았다. 불법 반출된 문화재의 거래 제한에 관련된 제7조(a)에서도 유사한 문구(“consistent with national legislation”)가 추가되었다. 제5조 역시 “as appropriate for each country”라는 문구가 포함하고 있다. 1970년 수정 초안은 협약에 대한 유보를 금지하였는데 이 조항은 협약 최종본에서 삭제되었다.<sup>108)</sup>

1970년 협약의 자기집행성의 결여 및 협약에의 유보의 허용으로 인해 발생한 문제점은 체약 당사국에 적용되는 협약상의 권리와 의무가 균일하지 않고 개별 당사국의 국내법령 및 협약에의 유보에 따라 회원국 간에 편차가 적지 않다는 것이다. 1970년 협약이 과연 당사국들에게 공통된 규칙의 체계로서 작동하고 있는지에 대해 의문이 발생하는 것은 이러한 이유에서이다.<sup>109)</sup>

셋째, 1970년대 수정 초안이 국제적인 차원에서 문화재의 불법 거래의 방지라는 ‘통제적’ 목적에 중점을 두고 작성된 데 비해 1970년대 협약 최종본은 국제문화재보호법의 다른 축이라고 할 수 있는 문화재의 원활한 국제적 교환과 유통이라는 목표에도 비중을 부여함으로써 두 목표 간의 어느 정도 균형을 확보하려고 하고 있다. 1970년 수정 초안의 전문(preamble)에는 모두 7개의 고려사항(considerant)이 포함되어 있는데 주로 불법적인 반출입 및 소유권 양도가 개별 국가의 영토 내에 소재하는 문화재에 대해 야기하는 위험, 이러한 위험을 회피하기 위한 개별 국가의 책무 및 국제적 협력의 필요성을 언급하고 있다. 1970년 협약 최종본에서 주목을 요하는 것은 1970년 수정 초안의 고려사항들을 반복하기에 앞서 다음과 같은 고려사항을 새롭게 삽입하고 있다는 사실이다.

과학적, 문화적, 교육적 목적을 위한 문화재의 국가간 교류가 인류문명에 관한 지식을 증진하고 모든 국민의 문화생활을 풍요하게 하며, 국가간의 상호 존중과 이해를 고취시키는 점을 고려하고<sup>110)</sup>

107) Bator에 따르면 1970년 협약안은 1972년 미국 연방 상원에서 79-0으로 채택되었다. 그 전제는 이 협약이 자기집행성을 결여하고 있다는 것이었다. Bator, op. cit., p. 370.

108) 1970년 협약상의 유보에 관한 상세한 논의에 관해서는 O’Keefe Commentary, pp. 25-26 참조.

109) Keun-Gwan Lee, “Asia”, in Francesco Francioni & Ana Filipa Vrdoljak (eds.), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law* (Oxford University Press, 2020), p. 858.

110) 영어본의 원문은 다음과 같다. “Considering that the interchange of cultural property among nations for scientific, cultural and educational purposes increases the knowledge of the civilization of Man, enriches the cultural life of all peoples and inspires mutual

Bator는 1970년 협약의 전문을 ‘전통적인 ... 상투적인 문구’(conventional ... boilerplate)로 평가절하하였다.<sup>111)</sup> 그러나 조약 해석에서 전문이 갖는 일반적인 지위와 역할에 더해 1970년 협약 전문에 방금 언급한 고려사항이 새롭게 또한 기존의 고려사항들보다 앞선 위치에 삽입된 사실의 의미는 신중하게 고려해야 할 것이다. 위에서 인용한 고려사항은 국제적인 차원에서 문화재가 지니는 의미와 중요성에 대한 상투적인 미사려구가 아니다. 1970년 수정 초안은 당시 동서진영 간의 이념적 대립과 탈식민지화의 맥락 속에서 사회주의 진영과 제3세계의 우려와 규범적 요구를 반영하는 방향으로 작성된 것으로 보인다. 그 결과 개별 주권국가의 자국 영토 내 문화재에 대한 권리와 책무가 강조되고 국제적인 차원에서 문화재의 불법적인 거래를 금압하는데 중점이 두어져 있다. 문화재의 반출에 엄격한 증명서 제도를 도입하고 증명서가 첨부되지 않은 경우 문화재의 반입을 금지할 의무를 제약 당사국에 부과하였다. 또한 제약 당사국에 대해 문화재 거래를 ‘통제’(control)할 의무를 부과하고 골동품상에 대해 상세한 거래 장부를 유지할 의무 등을 규정하였다. 이러한 각종 의무는 형사적 및 행정적 제재에 의해 그 실효성을 담보하도록 하였다. 이러한 맥락(즉 규범적 밀도가 높은 의무의 부과 및 엄격한 제재에 의한 의무 이행의 확보 등) 속에서 1970년 수정 초안 제10조상의 각종 조항도 그 규범적 의의가 강화되었던 것이다.

이에 비해 1970년 협약은 위에서 지적한 바와 같이 그 물적 규율대상의 범위(달리 말하자면 협약이 부과하는 의무의 범위)를 상당히 축소하였고 또한 1970년 협약 수정 초안에서 직선적으로 규정되었던 국제적 차원의 의무를 각종 국내법 유보 문구에 의해 상대화 또는 약화시켰다.

이 지점에서 1939년 협약 초안을 작성했던 De Visscher위원회의 1933년 협약 초안 및 1936년 협약 초안에 대한 비판적 견해를 상기할 필요가 있을 것이다. De Visscher는 문화재의 국제적 차원에서의 보호와 관련하여 대립관계에 있는 두 개의 포괄적인 이익(“two broad interests, each worthy of respect, which must, up to a certain point, counterbalance each other”)<sup>112)</sup>에 대해 언급하였다. 그 중 하나는 특정 국가의 문화적인 전통을 대표하는 문화재에 대한 애착이며 이는 의심의 여지 없이 명확한 사실이다. 그는 곧 이어 문화재가 갖는 보편적인 교육적 역할에 대해 다음과 같이 언급하였다.

To increase indiscriminately the classification rule and, consequently, the prohibitions on exportation is, by yielding to a chauvinistic idea, tantamount to ignoring the radiating value of the work of art in a foreign country. Also, from a general and more lofty point of view, it means a curtailment of the eminently universal educational role of the work of art throughout the world.<sup>113)</sup>

---

respect and appreciation among nations.”

111) Bator, op. cit., p. 377.

112) De Visscher, op. cit., p. 858.

위에서 살펴본 바와 같이 De Visscher 위원회는 1933년 협약 초안과 1936년 협약 초안이 두 가지 포괄적인 이익 중 ‘자국중심적’(chauvinistic)인 이익에 지나친 비중을 부여하였고 이로 인해 문화재가 국제사회에서 갖는 국경을 초월하는 보편적 기능과 역할에 정당한 고려를 베풀지 못했고<sup>113)</sup> 이로 인해 이들 협약 초안들이 국제적인 합의를 얻는 데 실패하였다고 비판하였던 것이다. 이렇게 볼 때 1939년 협약 초안과 1970년 협약 최종본 간에는 구체적인 내용 면에서 차이가 있는 것도 사실이지만 기본적인 접근방법의 측면에서 상당한 유사성을 보이고 있음을 부인하기 어렵다.

#### 4. 1970년 UNESCO 협약상의 문제점

지금까지 1970년 협약의 채택 배경 및 경위에 관해 상세한 고찰을 행하였다. 이 글에서 특히 강조하고자 했던 점은 1970년 협약이 제2차 세계대전 이후 조성된 특징적인 국제적인 환경을 반영하는 데 그치는 것이 아니라, 상당 부분 1930년대 국제연맹 시절에 추진되었던 국제협약 작성과정과 고도의 관련성 및 유사성을 지니고 있다는 사실이다. 1930년대에도 De Visscher가 언급했던 두 가지의 상호 대립하면서 균형을 이루어야 하는 포괄적 이익 또는 고려사항이 존재했다. 한편으로는 개별 주권 국가가 자국의 문화재의 영역 외 반출을 통제하면서 문화적 정체성을 유지할 이익이, 다른 한편에는 문화재가 갖는 초국가주의적·보편주의적 가치를 적극적으로 활용하여 그 교육적 기능을 극대화하는 이익이 존재하는 것이다. 1930년대에는 이른바 ‘경제대공황’에 뒤이은 위기의 시대로서 국제연맹 창설 직후 팽배하였던 국제협조주의의 정신은 후퇴하고 개별 주권국가들의 보호주의적 경향이 강화되었다. 이러한 상황에서 일부 유럽 국가에서는 경제난을 기회로 자국의 문화재가 대량적으로 국외 반출되는 위기를 겪었다. 1933년의 협약 초안은 이러한 시대적 동향을 반영한 작업이라 평가할 수 있다. 1930년대에 등장했던 사회경제 영역에서의 국가 및 정부의 역할의 급격한 증대, 달리 말하면 사적 영역으로의 국가 부문의 개입의 확대 현상도 1933년 협약 초안 및 1936년 협약 초안의 기본적 방향에 영향을 끼친 것으로 보인다. 이러한 지향성을 지닌 협약 초안이 미국, 영국, 네덜란드 등 문화재의 시장국가이자 사적 영역의 자율성을 중시하는 전통을 지닌 국가들의 이익과 비판에 직면했던 것은 놀라운 사실이 아닐 것이다. 1939년 De Visscher 위원회가 대폭적으로 수정한 협약 초안은 그 이전 협약 초안의 방향을 크게 선회하여 개별 국가의 문화재 보호를 위한 국제적인 규제의 필요성과 동시에 문화재가 개별 주권국가의 영역을 초월하여 가지는 보편적 가치와 사적 영역의 자율성 간에 균형을 잡으려는 시도였다고 평가할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 시도는 1939년 9월 유럽에서 제2차 세계대전이 발발하면서 수포

113) De Visscher, op. cit., p. 858.

114) 문화재가 갖는 보편적 가치를 강조하는 견해에 관해서는 Bernhard Walter, *Rückführung von Kulturgut im Internationalen Recht* (Übersee-Museum Bremen, 1988), pp. 17-21 참조.

로 돌아갔다.

제2차 세계대전 종료 후 국제사회에서 문화재 보호에 대한 관심은 전쟁 후의 비극적 경험, 즉 무력 충돌 시 문화재의 대량 파괴로 인해 먼저 전시 문화재 보호 쪽으로 향했다. 그 결과 1954년에 헤이그 전시문화재 보호협약이 채택되었다. 그 후 UNESCO는 1950년대와 1960년에 걸쳐 문화재의 불법적 거래 방지 및 개별 국가의 문화재 보호로 눈을 돌려 일련의 중요한 결의를 채택하고 1964년에는 이 문제에 대한 권고 초안을 마련했다. 이 권고 초안은 1969년 협약 예비초안과 1970년 수정 초안의 기본 정신과 구체적 내용에 중요한 영향을 끼쳤다. 위에서도 언급한 바와 같이 1960년대 후반은 동서 진영 간의 이념적 대립과 체제 경쟁이 지속되는 중에 사회주의 진영의 지원을 받는 '제3세계'의 탈식민지화가 본격적으로 진행되던 시기였다. 탈식민지화의 추진이라는 시대적 분위기에서 모든 민족(peoples)은 "그들의 정치적 지위를 자유로이 결정하고, 또한 그들의 경제적, 사회적 및 문화적 발전을 자유로이 추구"할 권리, 즉 민족자결권을 인정받기에 이르렀다.<sup>115)</sup> (밑줄 추가)

이러한 시대적 맥락 하에서 1970년 UNESCO 협약의 채택 과정이 흥미롭게도 1930년대 국제연맹의 틀 안에서 진행되었던 국제협약 작성과 상당히 유사한 궤적을 그렸음은 위에서 지적하였다. 1970년 협약이 최종적으로 채택된 것은 1930년대의 불행한 결과에 비교해서 다행이지만, 1969년 예비 초안과 1970년 수정 초안의 균형성의 결여 내지 편향성, 협상 마지막 단계에 등장해서 자국의 입장을 일방적으로 관철시킨 미국의 협상 태도 및 전략, 1970년 4월 개최된 정부전문가 특별위원회 회기의 단기간성(이 위원회는 1970년 4월 13일부터 24일까지 개최되었음) 및 특별위원회 운영상의 미숙과 혼란, Charles de Visscher와 같이 이 협약에 대해 전문적 식견을 제공할 리더의 부재 등의 요인으로 인해 1970년 협약 최종본에 대한 평가는 이 협약에 대한 지지자들 사이에서도 그리 높다고 보기 어렵다. 이 협약이 내포하고 있는 여러 문제점에 대해서도 위에서 검토했지만, 주요한 것을 간략히 지적하자면 협약의 목적 규율 범위 및 협약이 부과하는 의무의 전반적 축소 및 그 불분명성, 협약의 자기집행성의 근본적인 약화로 인해 협약상의 의무가 개별 당사국의 국내법에 의존하게 되었고 그로 인해 개별 당사국이 부담하는 의무의 균일성이 결여된 점, 국제적인 차원에서 문화재의 규제 및 보호와 관련하여 고려해야 할 두 가지의 기본적 이익 간에 균형을 취하지 못하고 있는 점 등을 들 수 있을 것이다. 한 가지 추가적으로 지적할 점은 협약이 실제적인 측면에서 규범적 밀도가 낮고 상당한 내용적 불명확성과 당사국에 부과된 의무 간의 비대칭성이라는 문제점을 가지고 있으면 이를 시정·개선할 수 있는 절차적 장치, 특히 정교한 분쟁해결절차 또는 협약의 실효적 이행을 담보할 위원회가 필요할 것이다.<sup>116)</sup> 그러나 1970년 협약 본문에는 매우 초보적인 절차적 장치가 규정

115) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제협약 제1조 제1항 ("All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development").

116) 1970년 협약 당사자 총회는 2012년에 보조위원회(Subsidiary Committee)를 신설함으로써 이러한 흠결을 어느 정도 보완하였다.

되어 있을 뿐이다. 협약 제16조는 협약 당사국이 UNESCO 총회에 정기적으로 보고서를 제출하고 당사국이 채택한 입법적 및 행정적 규정 등에 대해 정보를 제공할 의무를 규정하고 있을 뿐이다. 제17조 제5항은 다음과 같이 최소한도의 규범적 밀도를 갖는 ‘분쟁해결절차’를 제공하고 있다.

본 협약 이행과 관련하여 분쟁중에 있는 최소한 2개 당사국의 요청에 따라, 유네스코는 그들간의 해결이 가능하도록 주선을 할 수 있다.<sup>117)</sup>

1970년 당시 이미 채택되었던 국제인권규약 등에서는 조약의 실효적 이행을 확보하기 위해 ‘human rights body’로 불리기도 하는 각종 위원회를 설치하였다.<sup>118)</sup> 분쟁해결과 관련해서는 1970년 수정 초안에는 아무런 규정도 없었는데 1970년 협약은 이러한 흠결을 메우기 위해 제17조 제5항을 신설했지만 단지 UNESCO가 “주선을 할 수 있다”는 데 그치고 있다. 1930년대 협약 초안들이 상세하고 실효성 있는 분쟁해결조항들을 담고 있는 사실에 비춰보더라도 1970년 협약 초안 작성상의 분쟁해결절차에 관한 ‘불비(不備)’는 이례적이라 할 수 있다.

## V. 1970년 UNESCO협약의 국제법적 의의

이러한 문제점들로 인해 1970년 UNESCO협약의 국제법적 의의를 반드시 높게 평가하기는 쉽지 않을 것이다. 그럼에도 불구하고 지난 50년간 이 협약의 채택 및 이행이 이룩한 적극적 성과를 간과해서는 곤란할 것이다.

첫째, 이 협약은 그 실체적 내용 및 절차적 장치상의 문제점에도 불구하고 국제적인 차원에서의 문화재의 불법거래라는 이슈를 국제사회의 중요한 어젠다 (agenda)로 자리매김하는 데 큰 기여를 하였다. 이 협약은 2020년 8월말을 기준으로 140개국이 당사국으로 참여하고 있으며, 국제적인 차원에서의 문화재의 불법적인 유통에 대한 중심적인 다자조약으로서의 지위를 누리고 있다고 볼 수 있다. 이 협약은 국제사회에서의 문화재의 불법적인 거래의 규제라는 대의를 널리 알린 점에서 높은 상징적 효과를 누린다고 평가할 수 있다. 이탈리아 등의 국가가 1970년 협약이 채택된 이후 시점에서 발생한 자국 문화재의 불법 반출 및 거래만을 추적 및 환수 대상으로 삼고 있는 데서도 이 협약이 갖는 상징적 중요성을 쉽게 알 수 있다. 1970년 이전까지만 하더라도 문화재의 불법적인 거래에 대한 국제사회의 규범의식이 그리 높지 않았지만, 이 협약의 채택 및 그로 인한 국제사회에 대한 경고로 인해 이제 그러한

117) 영어본은 다음과 같다. “At the request of at least two States Parties to this Convention which are engaged in a dispute over its implementation, UNESCO may extend its good offices to reach a settlement between them.”

118) 대표적인 예로서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 내에 설치된 ‘Human Rights Committee’를 들 수 있다.

향변은 더 이상 가능하지 않다고 보는 것이다.

둘째, 위에서 1970년 협약의 자기집행성의 결여 및 그로 인한 협약 의무의 비통일성을 지적했지만, 140개에 달하는 당사국들이 이 협약을 이행하기 위해 새로이 문화재보호법을 제정하는 등 문화재 보호법제의 정비 및 개선이 이루어진 사실도 간과할 수 없다. 특히 적지 않은 개발도상국들의 경우 1970년만 하더라도 문화재를 보호하는 법제가 제대로 갖추어지지 않았는데 1970년 협약의 비준 및 이행을 계기로 관계 분야의 국내법령이 개선되었다. UNESCO는 문화재 보호에 관련된 국내 법령을 공유하는 웹사이트를 운영하고 있는데 이를 통해 1970년 협약 적용과 관련하여 문제가 발생할 때 그 해결에 도움이 되는 정보에 용이하게 접근할 수 있다. 개별 국가에 의한 활발한 문화재 보호 관련 국내 법제의 정비 및 개선은 국제적인 차원에서 문화재 보호에 관한 개별 국가들의 실행의 파악을 용이하게 하여 이 분야에서 관습국제법규의 형성을 촉진한다는 점도 간과해서는 안될 것이다.

셋째, 1970년 협약을 채택하고 이행하는 과정에서 국제적 차원에서 문화재를 실효적으로 보호하기 위해서는 국제공법적인 접근만이 아니라 국제사법에 대한 심층적인 이해 및 이 법영역의 적극적인 활용이 필요하다는 인식이 확립되었다. 18세기까지만 하더라도 국제공법과 국제사법은 상호 밀접한 연관 하에서 기능하였는데 19세기에 들어서면서 두 법영역이 준별되면서 상호 간에 간극이 발생하였다. 최근 두 법영역 간의 밀접한 상호접촉면(interface)을 재조명하는 연구들이 진행되고 있는데, 문화재의 국제적 보호야말로 국제공법과 국제사법 간의 상호 협력이 문제 해결에 중대한 기여를 한다는 것을 잘 보여주고 있다. 이 글의 앞부분에서 살펴봤듯이 문화재가 갖는 차별적 특성을 고려하지 않고 국제사법상의 목적물 소재지법(*lex rei sitae*)을 적용할 경우 많은 문제가 발생한다. 이를 시정하기 위해서는 문화재의 특성에 초점을 맞춰 기존의 국제사법상의 준거법을 변경할 수도 있을 것이다. 문화재에 관해서는 목적물 소재지법이 아니라 문화재의 기원국법(*lex originis*)을 준거법으로 하자는 주장이 한 예일 것이다. 또는 도난당한 문화재의 선의취득에 관한 국내법규정이 나라마다 달라 발생하는 문제점을 해결하기 위해 이 문제에 관해 통일법(uniform law) 규정을 도입하는 방법도 있을 것이다. 1995년 UNIDROIT 협약이 바로 이러한 접근방법을 채택하고 있다. 또 하나의 방법은 1933년 협약 초안과 같이 문화재의 양도 등의 거래가 개별 국가의 국내법 규정에 위반되는 방식으로 이루어진 경우, 계약 당사국들이 당해 거래의 효력을 불승인하고 당해 문화재의 기원국으로의 반환을 위해 협력을 제공할 의무를 규정하는 것이다. 이는 조약이라는 수단의 채택, 국제적인 차원에서 국가가 의무를 부담한다는 점 등에서 국제공법적인 접근방법이다. 동시에 소유권 이전 등의 행위에 대한 규범적 판단기준을 문화재의 기원국의 법으로 하고 있다는 점에서 국제사법적인 접근방식도 가미된 것이다.

1970년 협약은 국제적인 차원에서의 문화재 보호라는 목표를 달성하기 위해 UNESCO라는 국제기구가 정부전문가 특별회의라는 형식의 외교회의를 소집하여 채택한 것이다. 협약이 부과하는 의무도 당연히 주권국가들이 부담한다. 그러한 점에서

다분히 국제공법적인 접근을 반영한다. 동시에 협약 내용을 고찰하면 1933년 협약 초안과 마찬가지로 국제사법적인 고려들을 피해 갈 수 없다. 예를 들자면 문화재가 다른 체약국의 국내법령을 위반하여 국외로 반출된 경우 다른 체약국이 이 체약국의 행정법규를 승인·적용해야 하는지가 문제되는데 이는 전형적으로 국제사법 영역에서 다루어진다. 1970년 협약에서 모호하게 또는 불충분하게 규율된 문제점을 해결하기 위한 일종의 보완조치로서 1995년 UNIDROIT협약이 채택되었고 이를 통해 도난당했거나 또는 불법적으로 반출된 문화재와 관련된 여러 국제사법적 차원의 문제가 규율되었음은 주지의 사실이다. 이러한 사실에 비추어보더라도 1970년 협약은 국제공법과 국제사법 간의 긴밀한 관계를 부각시키면서 국제적인 차원의 문제를 실효적으로 해결하기 위해서는 두 법영역 간의 간극을 뛰어넘어 통합적인 접근을 취할 필요가 있음을 웅변적으로 증명하고 있다.

## **VI. 맺는 말**

이 글에서는 2020년에 채택 50주년을 맞이하는 1970년 UNESCO 협약의 채택 배경과 경위를 살펴보고 이 협약이 갖는 국제법적 의의를 살펴보았다. 이 협약의 채택 배경 및 경위와 관련해서 이 글에서는 1930년대 국제연맹의 틀 내에서 진행되었던 문화재의 국제적 보호를 위한 협약의 초안 작성 작업과 1970년 협약의 초안 작성 작업 간에 발견되는 흥미로운 공통점을 지적하였다. 두 작업 사이에는 약 30년이라는 시간적 간격이 있고 좀 더 근본적으로는 제2차 세계대전이라는 대참화가 자리잡고 있다. 그럼에도 불구하고 두 작업 공히 처음에는 개별 국가의 영토 내 문화재의 국외 반출 규제라는 자국중심적 목표에 비중을 부여하는 방식으로 출발했다가 종국에는 문화재가 국경을 초월하여 지니는 보편적 가치 및 미국, 영국, 네덜란드 등 문화재 시장국가의 반대라는 현실적 요인을 고려하여 당초의 ‘규제적 열정’을 축소하는 내용의 협약안으로 귀결되었다.

국제연맹 시절에 채택되었던 마지막 협약 초안(De Visscher위원회가 작성한 1939년 초안)은 제2차 세계대전의 발발로 인해 정식의 협약으로 채택되지 못하였다. 1970년 협약은 다행히 UNESCO 총회에 의해 채택되고 1972년에 발효하였지만, 협약 초안 작성 과정에서의 내용적 편향성, 협약 채택을 위한 실질적인 외교회의라고 할 수 있는 1970년 4월의 정부전문가 특별위원회 운영상의 미숙성과 혼란, 협약 초안이 작성되는 과정에서는 관심을 보이지 않다가 1970년 4월 특별위원회에 자국의 수정 초안을 들고 나와 이를 일방적으로 관철시킨 미국의 협상 태도 및 전략 등의 요인으로 인해 내용적, 기술적인 측면에서 완성도와 정합성이 높은 조약이라고 평가하기는 어려운 것이 사실이다. 특히 협약의 물적 규율 범위 및 협약이 부과하는 의무의 전반적 축소 및 그 불분명성, 협약의 자기집행성의 근본적인 약화로 인해 협약상의 의무가 개별 당사국의 국내법에 의존하게 되었고 그로 인해 개별 당사국이 부담하는 의무

의 균일성이 결여된 점, 국제적인 차원에서 문화재의 규제 및 보호와 관련하여 고려해야 할 두 가지의 기본적 이익 간에 균형을 취하지 못하고 있는 점 등은 주요한 문제점으로 지적될 수 있을 것이다. 또한 정교한 분쟁해결절차 또는 협약의 실효적 이행을 담보할 위원회 조직이 결여되어 있는 것도 추가적으로 언급해야 할 것이다.

이와 같이 적잖은 문제점에도 불구하고 1970년 협약이 갖는 국제법적 의의를 과소평가해서도 안 될 것이다. 먼저 이 협약이 전반적 체계성, 내용적 명확성과 정합성, 기술적 완성도 등의 측면에서 개선의 여지가 많지만, 국제적인 차원에서 문화재의 불법거래 방지의 중요성을 국제공동체에 명확하게 각인시켜다는 점에서 중요한 상징적·도덕적 의의를 갖는다. 국제적인 차원에서의 문화재의 불법 거래 규제와 관련해서는 1970년을 기점으로 명확히 시대구분할 수 있다고 해도 과언이 아니며, 실제로 이탈리아 같은 국가는 원칙적으로 1970년 이후 자국으로부터 불법적으로 반출된 문화재만을 환수 대상으로 삼고 있다.

또한 이 협약에는 2010년 8월말 현재 140개의 국가가 참여하고 있다. 이들 국가들 중 다수는 이 협약의 비준하고 이행하는 과정에서 문화재 보호에 관한 국내법제를 정비·개선하였다. UNESCO는 개별 국가의 문화재 관련 법령을 모아 웹사이트에서 공개하고 있다. 개별 국가들의 국내법령의 정비라는 작업은 국제적인 차원에서의 자국 문화재를 보호하기 위한 국가들의 실행을 반영하고 있어 이 분야에서 관습국제법의 형성을 촉진하는 역할을 하기도 한다.

1970년 협약은 또한 문화재의 국제적 보호를 위해서는 국제공법과 국제사법이라는 (흔히 준별된 것으로 간주되는) 법영역 간에 긴밀한 협조, 더 나아가서는 두 법영역을 통합적으로 파악하고 적용하는 작업의 필요성을 부각시켜 주고 있다. 이러한 필요성은 1970년 협약을 보완하기 위해 채택된 1995년 UNIDTROT협약을 통해 선명하게 부각된 바 있다.

2020년에 채택 50주년을 맞이하는 1970년 협약은 국제공동체에 문화재 보호를 위한 국제협력의 필요성을 강하게 각인시켰다는 점에서는 귀중한 성공을 거두었지만, 여러 측면에서 개선의 여지가 큰 것도 사실이다. 그렇게 본다면 1970년 협약은 현 단계에서 부분적이고 불완전한 성공을 거두었다고 평가할 수 있을 것이다. 지난 반세기 동안 축적된 경험을 깊이 반추하여 이를 기초로 체계성, 정합성, 실효성을 갖춘, 특히 개별 국가의 문화재의 보호와 문화재가 갖는 보편적 가치의 적극적 실현이라는 외견상 상반된 목표 사이의 균형을 취한 협약 체제로 거듭나야 할 것이다. 이러한 목표로 나아가기 위해서는 무엇보다 국제공법과 국제사법 두 분야의 연구자의 협력적 자세와 통합적 접근이 요구된다고 할 것이다.



## Session 1

문화재 불법거래 방지에 관한 국제기구의 노력  
- 왜 유네스코는?

조 동 준 교수  
(서울대 정치외교학부 교수)



# 문화재 불법거래 방지에 관한 국제기구의 노력

## -왜 유네스코는?

조동준(서울대학교 정치외교학부 교수)

### I. 들어가며

UNESCO의 출범은 2차대전의 참화를 되풀이 하지 않으려는 인류의 노력에 기반한다. 1937년 2차 중일전쟁에서 2차대전의 종결까지 전투원 2천 4백만 명이 전사했고, 민간인 5천만 명이 전쟁과 관련하여 생명을 잃었다. 당시 세계 인구의 3%가 전쟁과 관련하여 사망할 정도로 치명적 결과를 초래한 2차대전으로 인하여 인류는 평화를 이루는 방식을 심각하게 모색하게 되었다. 집단안보, 군축 등 전쟁을 방지하기 위한 정책에서부터 인권 보호, 무역 확대 등으로 갈등의 소지를 줄이는 정책이 2차대전으로 인하여 본격적으로 논의되기 시작되었는데, UNESCO는 사회적 구조가 아니라 사람의 마음에 평화의 방어막을 만들려고 하였다. 그 가운데 상대방의 문화에 대한 이해가 중요한 부분을 차지했다.

이 글은 크게 세 부분으로 구성된다. 첫째, 평화를 이룩하기 위한 UNESCO의 방식을 다른 평화 추구 방식과 비교하여 검토한다. UNESCO의 방식은 전쟁을 방지하거나 줄여야 할 사회 문제로 보는 계몽주의와 연결되어 있는데, 당시 전쟁을 방지하려는 기존 관행과 큰 차이를 보였다. 이 가운데 문화가 차지하는 역할을 검토한다. 둘째, UNESCO가 상대방 문화에 대한 이해보다는 불법 문화재에 초점을 맞추게 된 과정을 검토한다. 2차대전 중 승전국의 경험과 인식을 공유하지 못하는 신생국이 UNESCO에 들어오면서 UNESCO 안에서 문화를 둘러싼 새로운 시각이 우세해지게 된 과정을 검토한다. 셋째, 불법 문화재 환수를 위한 UNESCO의 노력을 협의 촉진, 규범 생성, 실행 측면에서 검토한다.

### 2. 평화와 문화간 연계

계몽 시대에 들어서면서 전쟁이 신의 징벌 또는 정치공동체간 이견을 해결하는 자연스러운 방식이 아니라 해결되어야 할 사회문제로 인식되었다. 전쟁에 대한 인식이 바뀌면서 전쟁이 없는 상태로서 평화를 유지하기 위한 의도적 구상이 등장하고 정책이 만들어지기 시작하였다. 이 절은 문화가 UNESCO의 평화유지에 중요한 요인이 된 과정과 문화 교류를 통하여 UNESCO의 평화를 달성하려는 초기 계획을 검토한다.

#### (1) 2차대전 중 문화 전쟁

주축국이 주장한 인종적 우월성은 문화와 연결되어 있었는데, 주축국은 문화가 인류의 지적 창작 활동의 총합으로 과학, 예술 등 다양한 지적 활동을 포함하며, 이런 문화가 “아리안족”에서 유래했다고 주장했다.<sup>1)</sup> 주축국에게 문화는 문명인과 야만인을 구분하는 경계 지표였다.

1) 일본인은 “아리안족”의 영향을 받은 “문화를 유지하는 족속”으로 규정되어(Hittler 1943[1927], 170-171), “동방의 아리안족,” “명예 아리안족,” “동방의 지배족”으로 불렸다. 이태리는 이태리인이 “아리안족의 후손”이라고 스스로 규정했다(Zimmerman 2009, 119-120).

인간의 문화는, 현재 우리가 보는 예술, 과학, 기술의 총합인데, 아리안 족이 거의 독점적으로 생산한 창작물이다. ... 그(아리안족)는 인류에게 (불을 처음으로 가져온) 프로메테우스이다. 그의 빛나는 이마(지적 활동)로부터 불꽃과 같은 천재의 신성한 영감이 항상 유래하였고, 고요한 신비의 밤을 밝히는 지식의 불꽃을 새롭게 피웠고, 인류가 지구에 존재하는 다른 존재를 지배하는 계단을 오를 수 있게 했다. ... 그(아리안족)가 인류 문화의 기초와 구조물을 세웠다 (Hitler 1943[1927], 290).

주축국에게 문화적 우월성은 2차 대전의 개시와 2차 대전 중 잔혹 행위를 정당화시키는 근거였다. 주축국은 “아리안족”이 창조한 문화가 “열등 인종”과의 혼혈로 인하여 타락한다고 보았기 때문에, “열등 인종”과 “아리안족”의 혼혈을 막는 방어적 행위는 물론 “열등 인종”에 대한 멸절까지를 포함한 공세적 행위를 정당화하였다. 주축국에서 유행했던 유사과학인 인종론, 2차대전 중 주축국이 자행한 ‘인도에 반하는 죄’(crimes against humanity)는 아리안 문화의 우월성에 대한 신념에서 비롯되었다.

2차대전 중 나치 독일은 아리안족의 문화적 우수성을 증명하기 위하여 다른 문화유산을 파괴하거나 왜곡하였다. 과거에는 전쟁 중 개별 병사 차원에서 또는 부대 차원에서 문화재 약탈이 종종 일어났지만, 나치 독일은 국가 차원에서 문화재를 조직적으로 약탈하였다. 나치 독일은 Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg와 같이 문화재 약탈을 위한 전문 조직을 운영할 정도였다. 나치 독일은 서양 문명의 후계자로 자처하면서, 나치의 정치 선전을 뒷받침하는 수단으로서 고대 서양문명의 문화유산을 불법적으로 차지하려고 하였다.<sup>2)</sup> 특히 그리스 점령기(1941년 4월 - 1944년 10월) 나치 독일은 그리스 고대 문명의 문화유산을 조직적으로 수탈하여, 고대 그리스 문명과 게르만 문명이 상호 연관되어 있음을 조작하려고 하였다.

연합국(Allied Powers)은 1939년부터 유럽 대륙에서 나치 독일의 문화재 수탈과 전쟁 과정에서 문화재 유실을 인지하고, 이를 막기 위한 정치적 조치를 취했다. 1943년 1월 5일 연합국(United Nations)에 가입한 16개국과 프랑스 망명 정부는 ‘적 점령지에서 강탈 행위에 반대하는 선언’(Inter-Allied Declaration against Acts of Dispossession Committed in Territories under Enemy Occupation and Control)에 서명하면서, 전쟁이 진행되는 지역에서 문화재 보호와 나치 독일의 약탈 문화재 조사와 반환을 위하여 공동 입장을 취했다. 연합국은 문화재가 인류공동의 유산이라는 논리를 내세우며 독일의 약탈이 보편적 원칙에 어긋난다고 지적하였다. ‘인류공동의 유산’ 개념은 발굴 문화재에 대한 소유권을 발굴자에게 귀속하지 않음으로써 나치 독일에 의하여 발굴된 문화재에 대한 소유권이 나치 독일에 귀속되지 않도록 하였다. 또한, 이 개념은 전쟁 중 문화재 보호의 이유가 상대국에 거주하는 자연인 또는 법인의 사적 권리 보호가 아니라, 문화재가 인류공동의 유산이기 때문이라고 해석할 수 있는 길을 열어 놓았다.<sup>3)</sup>

2) 나치 독일은 선사시대 북유럽에 거주하던 아리안 족이 인류 문명의 발원지라고 주장하였다. 선사시대 북유럽에 거주하던 아리안 족속이 남쪽으로 이동하면서 독일의 게르만 족속과 고대 그리스인으로 분화되었다고 주장하였다. 나치 독일은 아리안 족속의 신화를 만들고 고대 그리스 문화유적으로 뒷받침하기 위하여 점령지 그리스에서 대규모 발굴작업을 벌이거나 약탈을 통하여 얻은 문화유산을 독일도 옮겼다.

3) 2차대전 중 연합국의 논리는 1954년 ‘무력충돌시 문화재 보호를 위한 헤이그협약’(Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict)으로 이어졌다. 1954년 헤이그 협약은 “모든 민족이 세계의 문화에 기여하기 때문에 일국의 문화유산에 대한 손상이 인류 문화유산에 대한 손상”임을 명확히 하였다. 이 표현은 문화재가 인류공동의 유산임을 명확히 규정하였다.

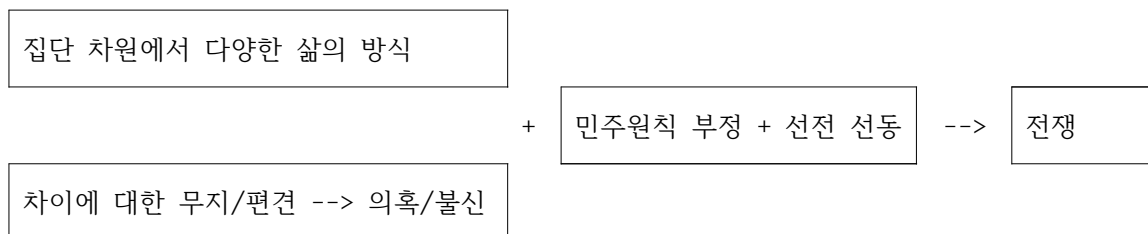
## (2) 문화 이해를 통한 평화

UNESCO의 설립은 2차대전 중 주축국이 전쟁 부품으로 전락시킨 교육, 과학, 문화, 대중매체를 평화를 위하여 복원시키려는 연합국의 노력을 반영한다. UNESCO의 직접적 모체는 1942년 11월 16일 연합국 교육장관 회의(The Conference of Allied Ministers of Education)인데, 이는 2차 대전 중 중 독일의 선전전에 대응하고, 전후 나치즘의 영향을 교육 분야로부터 제거하기 위한 연합국의 협력체였다. 연합국 교육장관회의는 장기적으로 나치즘과 파시즘의 출현을 막는 교육 환경을 조성하기 위한 협의체로 발전하는 방안을 논의했었다. 연합국 교육장관 회의가 진행되면서 탈나치화가 단순한 교육 영역의 과제가 아니라는 합의에 도달했고, 문화, 과학, 대중매체, 지적 교류를 포괄하는 국제기구의 설립을 제안하게 되었다.

UNESCO 창설국은 전쟁이 “사람의 마음”에서 시작된다고 선언한다. 사람의 마음에서 전쟁이 배태되는 과정에서 먼저 (인간 집단간) 차이가 선형적으로 존재한다. (인간 집단간) 차이의 원인이 명확하지 않지만, (인간 집단간) 삶의 양식이 동일하지 않음이 차이로 이어진다. (인간 집단간) 차이는 갈등의 소지가 될 수 있지만, 차이 자체가 갈등으로 이어지지는 않는다. 차이가 갈등으로 이어지는 중간 지점에 다른 집단의 생활 방식에 대한 무지가 있다. 다른 집단에 대한 무지는 의혹과 불신을 배태할 수 있고, 다른 집단을 향한 의혹과 불신으로 이어질 수 있다. 이는 궁극적으로 전쟁으로 비화될 수 있다. 이런 과정을 거쳐 인간 집단간 차이에 대한 무지가 전쟁으로 이어진다.<sup>4)</sup>

구체적으로 UNESCO 현장은 2차대전의 발생 원인을 두 가지로 지목한다. 첫째, 인간의 존엄성, 평등, 상호존중의 민주주의 원칙에 대한 부정이다. 주축국은 유사과학으로서 인종론에 기반하여 “열등 인종”의 존엄성을 인정하지 않고 인간 집단간 평등을 인정하지 않는다. 집단 수준의 인종론은 개인 수준에도 적용되기 때문에 사람의 존엄성, 평등, 상호존중 등 민주적 원칙을 부정한다. 2차 대전 중 주축국에 의한 잔혹행위는 개인 차원에서 민주적 원칙의 부정이 집단 차원으로 확장된 결과이다. 둘째, 인간 집단과 인종간 불평등에 관한 주축국의 교리가 선전되었기 때문이다. 나치즘과 파시즘을 기획한 집단은 대중매체와 교육을 통하여 유사과학으로서 인종론을 적극적으로 퍼뜨렸다. 주축국은 합리적 판단을 하지 못하며 여러 생각 사이에서 흔들리는 대중에게 원초적 감성을 자극하는 편향된 정보를 제공함으로써 정권을 장악하였고 대중을 동원하여 2차대전을 수행했다 (Hitler 1943[1927], ch.6).<sup>5)</sup>

도표 1. UNESCO의 전쟁관



무지와 편견은 2차대전이 일어날 수 있는 환경적 요인이었다. 대중이 상대방에 관한 충분한

4) 실제 전쟁이 지리적으로 인접하여 서로를 잘 아는 인간 집단 사이에서 발생하는 경우가 많기 때문에, 상대방에 대한 지식이 평화로 이어진다고 볼 수 없다는 비판이 정치 현실주의 진영에서 제기되었다 (e.g., Niebuhr 1950, 4-5).

5) 나치즘의 선전은 과학적 진실에 기반하기 보다는 “특정 측면, 과정, 필요성 등에 대중의 관심을 불러 일으킴으로써 대중에게 첫 인상을 각인”시키는 행위였다 (Hitler 1943[1927], 179).

한 정보를 가지지 않고 합리적 판단을 하지 않기 때문에, 선전을 수행하는 사회세력에게 쉽게 넘어갔다. 나치즘과 파시즘은 진실이 아니라 정치적 목적에 부합하는 감성적 정보를 무지하고 편견에 사로잡힌 대중에게 전달하여 대중의 지지를 획득했고 대중의 지지라는 절차적 정당성에 근거하여 민주정을 무력화시켰다. 무지와 편견으로 인하여 대중이 주축국의 전쟁 기계에 동조하게 되었다.

UNESCO는 사람의 마음에 평화의 방어막을 세움으로써 전쟁을 방지하려고 했다. 평화는 선형적으로 존재하는 인간 집단간 삶의 방식의 차이를 상호 이해하고 존중함에서 시작된다고 가정하였다. 또한, 진실에 대한 객관적 탐구와 교육으로 무지와 편견을 극복하고, 다양성과 민주적 가치를 적극적으로 교육하고, 대중매체가 선전선동의 도구로 사용되지 않도록 막고, 지적 성과물을 공유하고 상호 이해를 높이기 위한 지적 협력을 통하여 사람이 합리적 판단을 함으로써 평화의 방어막을 세울 수 있다고 가정하였다.<sup>6)</sup> 주축국이 교육, 과학, 문화, 대중매체를 전쟁 기계의 일부분으로 활용했던 경험과 정반대로 연합국은 문화 영역에서 다양성 존중, 과학 영역에서 진리 탐구와 지적 협력으로 무지와 편견 극복, 교육 영역에서 상호 이해 추구하고 포용성 증진을 목표로 세계시민 양성, 대중매체에서 객관적 정보의 교류가 이루어질 수 있도록 하였다. 이런 노력은 궁극적으로 사람의 마음에 전쟁을 반대하는 평화의 방어막을 목표로 하였다.

### 3. 국제질서의 변화와 UNESCO 안 문화 개념의 변모

2차대전 중 연합국은 2차대전의 경험에 기반하여 교육, 문화, 과학, 대중매체를 관할하는 국제기구로 UNESCO를 출범시켰지만, 냉전과 신생국의 독립으로 전후 국제질서가 변화하였다. 두 가지 새로운 변화는 UNESCO를 변모시켰다. 이 절은 전후 국제질서의 변화로 인하여 UNESCO의 활동이 변모하는 양상을 기술한 후, 구조적 폭력 또는 사회적 불의를 제거함으로써 갈등의 소지를 원천적으로 없애려는 적극적 평화가 UNESCO에 유입되는 양상을 기술한다.

#### (1) 국제질서의 변화 vs. 새로운 화두

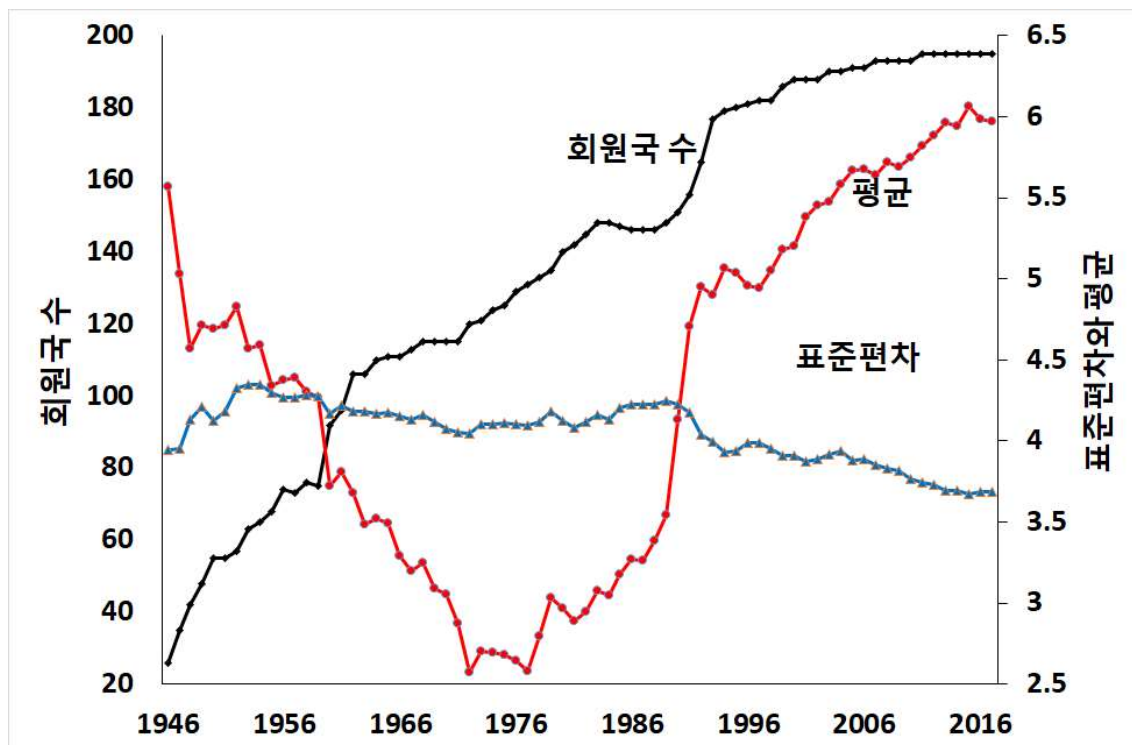
UNESCO는 출범한지 채 2년이 되지 않아 회원국간 협력이 급속히 약화되었다. UNESCO는 2차대전 중 전시동맹이 상시화된 결사체로 바뀐 국제연합의 전문기구(specialized agency)로 국제연합의 직접 통제를 받지는 않지만, 국제연합의 영향권 아래에 있다. 국제연합은 2차대전 승전국과 패전국의 잠재적 갈등이 장기간 지속된다는 전제 아래서 만들어졌기 때문에, 국제연합이 효과적으로 작동하기 위해서는 2차대전 승전국간 협력이 필수적이었다. 하지만 2차대전 승전국 사이에 갈등이 1947년부터 드러나기 시작하였고 6.25 전쟁을 거치면서 양극 체제로 재편되었다. 국제연합이 창설될 때 전제조건이 국제환경의 변화로 사라지면서, 국제연합이 마비상태에 빠졌다. 1950년대 공산권 국가가 UNESCO에 가입하면서<sup>7)</sup> 공산주의와 관련된 의제를 가져왔다. 경제 불평등과 사회적 긴장 해소와 같이 공산주의에 친화적인 화두가 UNESCO에서 언급되기 시작하였다. 1950년대 UNESCO에서는 자유진영 국가의 숫자가 압

6) UNESCO는 평화의 방어막은 계몽시대 지식인이 꿈꾸던 “계몽된 사람”과 비슷하다. 예를 들어, 톨스토이(Leo Tolstoy)는 “계몽된 사람”이 1904년 러일전쟁 중 전쟁을 지지하는 현상을 비판하면서 “인류의 계몽된 양심”이 인류를 억압하는 흑암과 투쟁해야 한다고 주장했다 (Tolstoi 1904, 175).

7) 1946년 폴란드(1947년 폴란드 인민공화국으로 개칭)와 체코슬로바키아(1948년 체코슬로바키아 인민공화국으로 개칭), 1947년 쿠바(1948년 헝가리(1949년 헝가리 인민공화국으로 개칭), 1950년 유고슬라비아, 1954년 러시아, 벨라루스, 우크라이나, 1956년 불가리아와 루마니아, 1958년 알바니아가 UNESCO에 가입했다.

도적으로 많았기 때문에 국제연합의 마비에 상응하는 현상까지는 나타나지 않았지만, 공산 진영의 이견 제출로 UNESCO 회원국가 결속력이 약화되었다. UNESCO 안에서도 체제경쟁이 진행되었다.

그림 1. 유네스코 회원 규모와 유네스코 회원국의 민주주의



자료: Marshall, Gurr, and Jagger 2018.

신생독립국의 등장은 UNESCO의 지형을 변화시켰다. 1940년대 중반부터 과거 식민통치를 경험했던 정치단위체가 독립하고 UNESCO에 들어왔다. 1960년 말 기준으로 UNESCO의 회원국이 100여국에 근접하였는데, 2차대전의 경험을 공유하지 못한 신생독립국이 과반수를 차지하게 되었다. UNESCO 창립국 대부분이 자유민주주의, 2차대전 승전, 발전된 경제를 공통분모로 한 반면, 대부분 신생독립국은 정치적 권위주의, 식민지 경험, 저발전을 공통분모로 한다. 1국 1표제를 채택한 UNESCO의 의사결정구조 아래서 신생독립국은 수적 우세에 기반하여 자신들의 의제를 투영하기 시작하였다.

신생독립국과 공산권은 사회적 불평등과 불의와 관련된 쟁점을 의제로 삼으려 하였다. 신생독립국이 발전 지역과 저발전 지역간 차이, 식민 통치의 주체와 객체간 차이에 집중한 반면, 공산권이 자본주의와 식민지간 갈등에 주목하는 미세한 차이가 있었지만, 양 진영은 사회적 불평등과 불의의 원인을 지목하는 지점에서 공통 대상을 찾았다. 양 진영은 평화 쟁점을 구조적 폭력과 연결시키려 하였고, 구조적 폭력을 제거하기 위한 협력을 언급하기 시작하였다.<sup>8)</sup> 1950년부터 UNESCO는 전쟁의 선행지표로서 사회적 긴장을 연구할 필요성을 언급하며

8) UNESCO가 공산권의 영향 아래에 있다는 비판이 1950년대 초반 제기되었고, 미국 국무부는 UNESCO 직원과의 심층 면담을 통해 이를 확인하려고까지 하였다 (US Department of State 1953).

평화 쟁점을 구조적 폭력과 연결시키기 시작하였다 (UNESCO 1950, 18-19). 1960년대에 이르면, UNESCO 창설 당시 화두가 명목적으로 언급되지만 경제 쟁점으로 포장되었다.

1970-80년대 UNESCO 안에서는 ‘신국제경제질서’(New International Economic Order)와 ‘신국제정보질서’(New International Information Order)가 화두였다. 신생독립국과 남미의 일부 국가는 불공정 교역조건으로 인하여 발전과 저발전이 구조적으로 심화된다고 주장하면서, 선진국과 개발도상국간 교역조건의 변경에 초점을 맞추는 ‘신국제경제질서’를 수적 우세에 기반하여 국제연합의 결의안으로 만들었다 (UNGA A/Res/S-6/3201, 1 May 1974). 신국제경제질서는 (1) 개발도상국이 자국 안에서 활동하는 다국적 기업의 활동을 통제하고 규제할 권리를 가지며, (2) 자국에 유리한 조건으로 다국적 기업의 자산을 국유화할 수 있으며, (3) 석유수출국기구와 같이 1차 상품 생산국이 협의체를 만들 수 있으며, (4) 1차 상품과 공업품간 교역 조건이 변경되어야 하며 선국에서 개발도상국으로 기술이 이전되어야 한다는 내용을 담았다. UNESCO도 1974년 제18차 총회에서 ‘신국제경제질서’의 수립에 기여한다는 결의안을 만들었다. 1980년대까지 ‘신국제경제질서’는 UNESCO의 화두였다.<sup>9)</sup>

‘신정보질서’는 ‘신국제경제질서’의 이면으로 UNESCO에 의하여 시작되었다. 1969년 UNESCO가 후원한 언론정보 전문가 회의에서 정보가 선진국에서 개발도상국으로 일방향적으로 움직인다는 문제가 제기되었고 (UNESCO 1970, 8-14), 후속 회의에서 정보 불균형이 ‘신식민주의’와 연결된다는 주장으로 이어졌고, 개발도상국에 의하여 정보의 자유로운 흐름이 UNESCO에서 논의되기 시작하였다. 1978년 20회 총회 결의안에서 ‘신언론질서’라는 용어가 처음 등장했는데, “현재 세계 언론질서가 만족스럽지 않다”(far from satisfactory)라고 선언하며 ‘신언론정보질서’가 수립될 필요성이 언급되었다. 이후 1989년 25회 총회 결의안까지 ‘신언론정보질서’가 포함되었다.<sup>10)</sup>

## (2) 민족 유산으로서 문화재 환수

민족자결 원칙은 문화재를 민족 유산(national patrimony)으로 해석하는 입장으로 이어진다. 원래 민족자결 원칙이 통치권과 관련된 정치적 선택에 초점을 맞추었지만, 자결의 영역이 경제적 자결과 문화적 자결과까지 확대되었다. 1960년 국제연합의 식민지 선언은 민족자결 원칙을 아래와 같이 표현한다:

모든 민족(people)은 자결권을 가진다. 자결권에 따라 모든 민족은 자민족의 정치적 상태를 자유롭게 결정하고, 자민족의 경제적, 사회적, 문화의 발달을 자유롭게 결정한다 [A/RES/1514(XV), 1960.12.14].

민족자결이 문화재 환수 주장까지 이어지기 위해서는 두 측면에서 논리의 확장이 필요하다

9) ‘신경제질서’를 직접 제목에 넣은 결의안이 1983년 22회 총회까지 만들어졌다. 해당 용어를 직접 제목에 넣은 결의안이 사라졌지만, 해당 용어는 1987년 24회 총회의 여러 결의안에 등장했다. 1989년 25회 총회에서부터 해당 용어는 사라졌다.

10) 언론정보 매체가 거대 자본의 의하여 통제를 받고, 정보가 과학기술이 발달된 지역에서 만들어져 유통되며, 언론정보 매체가 상업적 이해에 우호적인 생각을 확산시킨다는 점에서 ‘신국제언론정보질서’와 ‘신국제경제질서’가 상호 연결되어 있다. 이를 종합하면, 두 개념은 ‘자립’(self-reliance)을 공통분모로 한다 (Pavlic and Hamelink 1985, 25-46). 갈통은 구조적 폭력, 경제, 정보를 연결하는 분석틀로 ‘제국주의’를 제시하는데, ‘제국주의’의 마지막 단계에서는 언론을 통하여 사회적 불평등과 갈등이 관리된다 (Galtung 1971, 94-98). 개발도상국이 갈통의 논리를 수용한 후 이를 UNESCO에 투영하여 새로운 국제질서를 수립하려 하였다.

다. 첫째, 민족유산으로서 문화재는 “현재와 미래 민족의 예술적 가치의 융성과 전반적 발전을 좌우한다”는 주장이다 [A/RES/1514(XVIII), 1973.12.18]. 즉, 민족유산으로서 문화재가 단순히 과거 유산이 아니라 여러 영역에서 민족의 발전에 영향을 미친다는 입장이다. 둘째, 민족유산으로서 문화재 반환이 식민지 경험 또는 외국의 점령으로 인하여 발생한 심각한 침해를 회복하는데 기여한다는 주장이다. 따라서 식민지에서 해외로 반출된 예술 작품, 기념물, 고문서 등의 반환이 반환되어야 한다. 민족자결 원칙이 문화재 반환으로까지 이어지는 논리적 확장이 국제연합과 UNESCO에서 신생독립국의 지지로 확산되면서, 1970년대 중반에 이르면 “민족 문화와 유산의 보존이 문화적 가치의 보존과 미래 발전에 필수적이다”는 주장으로까지 발전되었다(A/Res/38/18, 1977.11.11.).<sup>11)</sup>

‘민족유산으로서 문화 개념’이 1960년대 UNESCO 안으로 들어왔다. 1964년 4월 UNESCO는 전문가위원회를 설립하여 문화재 불법 거래에 관한 협약을 준비했다. 신생국은 문화재를 단순히 문화와 관련된 재물이 아니라 민족유산이라고 주장하면서, 불법적으로 유출된 문화재의 환수를 국제규범으로 만들려하였다(Protte 2012, 2; UNESCO 1968, 240-241).<sup>12)</sup> 이런 움직임은 궁극적으로 1970년 ‘문화재의 불법 반출입 및 소유권 양도의 금지와 예방수단에 관한 협약’(Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property)으로 이어졌다.<sup>13)</sup> 민족유산으로서 문화재가 반환되어야 한다는 연성 국제규범이 독립 이전 이미 반출된 문화재가 반환되는데 도움을 주는 도덕적 압박이 되기까지는 오랜 시간이 걸렸다.

### (3) 단어 빈도로 본 UNESCO의 변화

담론은 변화의 외양을 보여준다. UNESCO가 공론장의 역할을 담당한다면, UNESCO의 변화는 담론에서 주로 나타날 수밖에 없다. UNESCO가 공론장으로서 변화하는 양상을 포착하기 위하여 1947년 2회 총회부터 2017년 39회 총회까지 결의안에서 등장하는 화두를 검토한 결과, 몇 가지 추세를 발견하였다 (표 1). 첫째, 약간의 순위 변화가 있지만, 교육과 과학이 차지하는 비중이 매우 높다. 교육이 1순위를 33회 기록했고, 2순위를 4회, 3순위를 1회 기록했다. 교육이 화두 중 가장 빈번히 등장했다. 과학은 1순위를 3번 기록했고, 2순위와 3순위를 다수 기록했다. 문화는 1순위를 2번 기록했고, 3순위를 다수 기록했다.

둘째, 개발도상국에 우호적인 화두인 경제와 발전이 1960년대부터 UNESCO 결의안에 빈번히 등장하였다. 발전이 1960년 11회 총회의 결의안에서 3순위를 차지한 후 줄곧 3-4위권을 유지했다. 2005년 이후에는 2순위까지 올라왔다. 경제도 발전과 함께 부침을 경험했다. 화두로서 경제가 1960년대 등장하여 1980년대 초반까지 10위 안에 들어왔다. 1980년대 중반 이후 경제는 하강세를 보인다. 기술도 순위권 안에 항상 들어있는데, 결부된 의미가 변화하였다. 1940-50년대는 지적교류의 대상으로 기술이 언급되었지만, 1960년대 이후에는 경제협력의 영역으로 기술이 언급되었다.

11) 민족자결 원칙이 원주민에게까지 확장 적용되어, 적법하지 않게 반출된 문화재, 지적 재산, 종교적/영적 물품의 반환(11조 2항), 영적/종교적 전통과 연관된 유해의 환수(12조)로 이어졌다(UNGA Res/61/295, 2007.9.13).

12) 유고슬라비아는 자연재해로부터 문화유산이 문화재보다 더 보호를 받아야 한다는 결의안을 제출했다(UNESCO 1968, 241).

13) 1970년 협약 전문은 “문화재 교류가 ... 인류 문명에 대한 지식을 증진하고, 모든 민족의 문화적 삶을 풍성하고 하고, 민족간 상호 존중과 이해를 촉진한다”고 한다. 문화 교류가 상호 존중을 거쳐 궁극적으로 평화로 이어지는 UNESCO 창립 정신 중 일부가 흔적으로 남았다.

셋째, 화두로서 문화가 1순위를 2회 기록하였다. UNESCO 창립 후 3순위에서 출발하였지만, 1960년대 발전에 의하여 추월당했다. 신생독립국이 UNESCO에 들어오면서 문화보다는 경제에 초점을 맞추었기 때문이다. 문화는 1970년대 중반 이후 빈번히 등장하여 냉전 종식 이후 10년간 2순위를 기록했다. 2005년 33회 총회 결의안에서는 1순위를 기록했다. 2000년대 후반 이후 경제에 비하여 약화되었지만, 여전히 3순위를 차지한다. 흥미롭게 문화가 더 이상 “이해”와 “교류”와 연결되기 보다는 “유산”과 “다양성”과 연결되어 나타나는 비중이 점차 증가한다. 문화와 평화를 연결시키는 UNESCO 창립 정신이 점차 약화되고 있음을 의미한다.

넷째, 화두로서 정보와 언론은 부침을 경험했다. UNESCO 창설 후 정보와 언론은 4위권에서 시작하여 점차 하락했다. 미국이 관심이 가졌던 대중매체의 탈나치화가 진행되면서, 대중매체에 대한 관심이 점차 줄어들었다. 1970년대 개발도상국가가 ‘신국제정보질서’를 언급하여서 정보에 대한 관심이 증가해 4-5위권으로 들어왔다. 동일한 화두로서 ‘정보’가 언급되지만, ‘정보’와 연결된 함의는 크게 바뀌었다. 초기에는 전체주의가 정보와 언론에 연결된 반면, 1970년대 이후에는 지배와 불평등이 언론정보와 연결되었다.

다섯째, 지적협력과 교류는, UNESCO 창설로 이어지는 주요한 고려사항이었지만, UNESCO 안에서 더 이상 중요하게 다루어지지 않는다. 담론에서 다양성이 상호이해를 증진하는 추세가 지속되며 명사(名士)보다는 청년 수준의 인적교류가 강조되어, 지식인의 활동 공간이 줄어들었다. UNESCO가 기획한 지식인 사이 인적교류가 간헐적으로 일어나지만, 인터넷 시대 일반인도 지식에 쉽게 접근하기 때문에, 지식인의 활동 공간은 더 좁아들었다.

종합하면, UNESCO 총회 결의안에 등장하는 단어의 빈도 순위는 UNESCO의 글자에 들어있는 쟁점 영역의 순서와 맞물린다. 2회부터 39회까지 결의안에 등장한 단어를 모두 종합하면, 교육, 과학, 발전, 기술, 언론정보 순으로 이어진다. UNESCO 안에는 창립 초기의 기억이 아직 남아 있어, 교육, 과학, 언론정보가 회자된다. 반면, 신생독립국이 화두로 가져온 경제발전과 문화 유산이 UNESCO의 변화를 보여준다. 신생독립국이 UNESCO에서 다수가 되었지만, 전혀 새로운 담론을 가져오기보다는 UNESCO의 전통적 담론을 사용하면서 경제발전과 문화에 관한 관심을 투영하는 것으로 보인다.

표 1. UNESCO의 화두 순위와 “평화”의 순위

| 순위<br>회기 | 순위 |    |    |    |    |    |    |      |      |      | 평화 |
|----------|----|----|----|----|----|----|----|------|------|------|----|
|          | 1  | 2  | 3  | 4  | 5  | 6  | 7  | 8    | 9    | 10   |    |
| 2        | 교육 | 과학 | 정보 | 문화 | 발전 | 기술 | 교류 | 경제   | 전쟁   | 언론   | 14 |
| 3        | 교육 | 과학 | 문화 | 정보 | 교류 | 기술 | 이해 | 발전   | 자유   | 경제   | 18 |
| 4        | 교육 | 과학 | 기술 | 정보 | 문화 | 경제 | 발전 | 교류   | 이해   | 자유   | 17 |
| 5        | 교육 | 과학 | 문화 | 정보 | 교류 | 기술 | 발전 | 자유   | 이해   | 연구   | 13 |
| 6        | 교육 | 과학 | 문화 | 기술 | 정보 | 경제 | 발전 | 교류   | 연구   | 평화   | 10 |
| 7        | 교육 | 과학 | 문화 | 기술 | 정보 | 발전 | 연구 | 사회과학 | 교류   | 언론   | 16 |
| 8        | 과학 | 교육 | 문화 | 발전 | 정보 | 기술 | 교류 | 언론   | 사회과학 | 이해   | 13 |
| 9        | 교육 | 과학 | 문화 | 기술 | 발전 | 정보 | 연구 | 교류   | 언론   | 사회과학 | 14 |

|    |    |    |    |    |    |    |     |    |      |      |    |
|----|----|----|----|----|----|----|-----|----|------|------|----|
| 10 | 교육 | 과학 | 문화 | 교류 | 기술 | 연구 | 정보  | 발전 | 언론   | 사회과학 | 14 |
| 11 | 교육 | 과학 | 발전 | 문화 | 기술 | 연구 | 정보  | 경제 | 교류   | 사회과학 | 17 |
| 12 | 교육 | 과학 | 발전 | 기술 | 문화 | 연구 | 경제  | 정보 | 언론   | 교류   | 15 |
| 13 | 과학 | 교육 | 발전 | 문화 | 기술 | 연구 | 경제  | 정보 | 언론   | 교류   | 13 |
| 14 | 교육 | 과학 | 발전 | 문화 | 기술 | 연구 | 정보  | 언론 | 경제   | 사회과학 | 13 |
| 15 | 교육 | 과학 | 발전 | 문화 | 기술 | 연구 | 정보  | 언론 | 경제   | 사회과학 | 12 |
| 16 | 교육 | 과학 | 발전 | 문화 | 기술 | 연구 | 정보  | 언론 | 사회과학 | 경제   | 11 |
| 17 | 교육 | 문화 | 과학 | 발전 | 정보 | 기술 | 연구  | 언론 | 평화   | 존중   | 9  |
| 18 | 교육 | 과학 | 문화 | 발전 | 기술 | 연구 | 정보  | 경제 | 평화   | 언론   | 9  |
| 19 | 교육 | 문화 | 발전 | 과학 | 기술 | 경제 | 정보  | 평화 | 연구   | 자유   | 8  |
| 20 | 교육 | 문화 | 과학 | 발전 | 기술 | 정보 | 경제  | 언론 | 연구   | 평화   | 10 |
| 21 | 문화 | 발전 | 교육 | 과학 | 언론 | 정보 | 기술  | 경제 | 평화   | 연구   | 9  |
| 22 | 교육 | 문화 | 발전 | 과학 | 기술 | 정보 | 언론  | 평화 | 연구   | 이해   | 8  |
| 23 | 교육 | 발전 | 문화 | 과학 | 정보 | 기술 | 평화  | 이해 | 연구   | 여성   | 7  |
| 24 | 교육 | 문화 | 발전 | 과학 | 기술 | 정보 | 평화  | 여성 | 이해   | 연구   | 7  |
| 25 | 교육 | 발전 | 문화 | 과학 | 기술 | 정보 | 언론  | 평화 | 연구   | 여성   | 8  |
| 26 | 교육 | 문화 | 발전 | 과학 | 정보 | 기술 | 여성  | 연구 | 언론   | 평화   | 10 |
| 27 | 교육 | 문화 | 발전 | 정보 | 과학 | 민주 | 평화  | 여성 | 기술   | 언론   | 7  |
| 28 | 교육 | 문화 | 발전 | 평화 | 정보 | 민주 | 과학  | 여성 | 언론   | 기술   | 4  |
| 29 | 교육 | 문화 | 발전 | 정보 | 연구 | 과학 | 자유  | 기술 | 평화   | 교류   | 9  |
| 30 | 과학 | 교육 | 문화 | 발전 | 정보 | 기술 | 지식  | 연구 | 평화   | 언론   | 9  |
| 31 | 교육 | 문화 | 기술 | 과학 | 발전 | 정보 | 다양성 | 언론 | 지식   | 존중   | 11 |
| 32 | 교육 | 문화 | 과학 | 발전 | 정보 | 기술 | 언론  | 지식 | 다양성  | 연구   | 17 |
| 33 | 문화 | 교육 | 과학 | 발전 | 정보 | 기술 | 다양성 | 연구 | 지식   | 존중   | 15 |
| 34 | 교육 | 발전 | 문화 | 과학 | 정보 | 기술 | 연구  | 지식 | 언론   | 평등   | 12 |
| 35 | 교육 | 발전 | 문화 | 과학 | 정보 | 기술 | 지식  | 연구 | 평화   | 언론   | 9  |
| 36 | 교육 | 발전 | 문화 | 과학 | 정보 | 평화 | 기술  | 지식 | 연구   | 언론   | 6  |
| 37 | 교육 | 발전 | 문화 | 과학 | 정보 | 기술 | 지식  | 평등 | 언론   | 평화   | 10 |
| 38 | 교육 | 발전 | 문화 | 과학 | 정보 | 기술 | 연구  | 지식 | 언론   | 평등   | 11 |
| 39 | 과학 | 교육 | 발전 | 문화 | 연구 | 정보 | 기술  | 지식 | 언론   | 평등   | 11 |

#### 4. 불법 문화재 환수를 위한 UNESCO의 역할

이 절은 불법 문화재와 관련된 쟁점에서 UNESCO의 역할을 정리한 후, 주인-행위자 관점에서 UNESCO의 변화를 설명한다.

##### (1) UNESCO의 활동

UNESCO는 불법 문화재 환수와 관련된 쟁점에서 세 가지 역할을 담당한다. 첫째, 불법 문화

재 관련 쟁점에서 공통 목표를 가지지자만 상이한 입장을 가진 국가들을 모아 협의를 진행할 수 있도록 한다. 본래 국제기구인 공통 목표를 가진 국가간 다자외교가 상설화된 모임인데, UNESCO는 불법 문화재 관련 당사국이 정기적으로 모여 입장을 개진하고 협의를 진행할 수 있는 장소를 제공한다. UNESCO의 정기총회와 집행이사회는 물론 UNESCO가 주최·후원하는 모임이 협의 촉진을 위한 장으로서 작동한다.

둘째, UNESCO는 불법 문화재를 규율하기 위한 성문화를 담당한다. 1954년 '무력충돌시 문화재 보호에 관한 헤이그 협약'과 '세계문화유산 및 자연유산의 보호에 관한 협약'(Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage)이 UNESCO 창립 정신에 부합하는 국제협약인 반면, 1970년 '문화재의 불법 반출입 및 소유권 양도의 금지와 예방수단에 관한 국제협약', 2001년 '수중문화유산 보호협약'(Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage), 2003년 '무형문화유산보호에 관한 협약'(Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage), 그리고 2005년 '문화적 표현의 다양성 보호 및 증진 협약'(Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions)은 불법 문화재를 환수하는데 초점을 맞추는 개발도상국의 입장을 반영한 국제협약이다.<sup>14)</sup>

셋째, 제한적이지만 UNESCO는 문화재 환수에서 실행기관의 역할을 담당한다. 1976년 UNESCO는 '외국 점령 또는 식민 통치 중 반출된 문화재와 문화재의 불법 반출입 및 소유권 양도의 금지와 예방수단에 관한 협약'(1970)의 발효 이전 불법으로 반출된 문화재의 환수를 논의하기 위한 전문가 회의를 베니스에서 열었다. 문화재 전문가들은 독립 이전 또는 1970년 UNESCO 문화재 협약의 발효 이전 반출된 문화재가 반환되는데 도움을 주는 제도적 장치 또는 국제기구가 없다는 점을 확인하고, 문화재 환수와 관련된 양자 협상에 도움을 주는 국제기구 창설을 제안하였다. 문화재 전문가의 의견은 1978년 제20차 UNESCO 총회에서 '불법소유문화재 반환촉진 정부간위원회'(Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or Restitution in Case of Illicit Appropriation)의 출범으로 이어졌다.<sup>15)</sup>

## (2) UNESCO의 '주인-대리인' 문제

UNESCO는 외형상 정치와 무관해보이지만, 출범 시점부터 정치 영역의 한 부분이었다. 유네스코는 2차대전과 연관된 전체주의 교육을 제거하는 단기적 목적과 전체주의가 재발하지 않도록 교육, 문화, 대중소통에서 방어벽을 만드는 장기적 목적을 달성하기 위하여 출범되었다. 유네스코는 2차대전 중 형성된 전시동맹으로서 국제연합이 만들어낸 기구로 교육을 통한 평화유지를 공식 목표로 삼았다. 동시에 인종 우월주의와 연결된 문화와 지적 풍토를 제거하는 숨겨진 목표를 가졌었다. 따라서 유네스코는 정치의 핵심 영역을 처음부터 품고 있었다.

유네스코의 성립 이후 "정치화"는 유네스코 회원국의 증가와 국제정세의 변화와 연결된

14) 1995년 '불법반출문화재에 관한 협약'(Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects)은 UNESCO의 제안에 따라 사법통일국제연구소(UNIDROIT)가 주도한 협약이다.

15) '불법소유문화재 반환촉진 정부간위원회'는 (1) 문화재 반환/원상회복과 관련된 양자 협상을 촉진하며, (2) 문화재 반환/원상회복과 관련된 양자/다자 협력을 증진하며, (3) 해외로 반출된 문화 유산에 대한 연구를 고무하며, (4) 문화재 반환/원상회복과 관련된 정보를 대중에게 알리며, (5) 문화재 반환/원상회복과 관련된 UNESCO 활동 계획을 수립하는데 기여하고, (6) 박물관이 문화재를 보존하고 과학기술 인력을 훈련하는데 돕고, (7) 문화재 교류를 촉진하는 임무를 맡았다(20/C/Resolution 4/7.6/5 4조).

다. 2차대전 후 전시동맹이 냉전으로 인하여 붕괴되면서, 유네스코의 내부 통일성이 사라졌다. 또한, 1950년대부터 신생독립국이 유네스코 회원으로 대거 등장하면서, 2차대전의 맥락 중 합의한 목표와 상이한 목표를 유네스코에 투영시키기 시작하였다. 신생독립국은 반식민주의 의제를 유네스코로 투영시키길 원했는데, 유네스코의 반인종주의 정서가 신생독립국에게는 쉬운 접점이었다. 신생독립국의 반식민주의와 유네스코의 반인종주의가 결합되면서, 유네스코는 창립 초기의 목표와 활동으로부터 멀어지게 되었다. 역설적이게도 유네스코의 반전체주의 활동이 성공하면서, 유네스코는 방향을 잃게 되었다.

UNESCO의 1국 1표제 아래서 신생독립국이 UNESCO의 주인이 되면서, UNESCO에서 문화 교류와 이해가 약화되었다. 상호 이해를 통하여 평화를 달성하려던 계획이 사라지고, UNESCO의 새로운 주인에 의하여 제기된 ‘민족유산으로 문화가 중요한 화두가 되었다.

#### 참고문헌

- Galtung, Johan. 1969. "Violence, Peace, and Peace Research." *Journal of Peace Research* 6(3): 167-191.
- Galtung, Johan. 1971. "A Structural Theory of Imperialism." *Journal of Peace Research* 8(2): 81-117.
- Hitler, Adolph. 1943[1927]. *Mein Kampf*. Boston, MA: Houghton Mifflin.
- Marshall, Monty G., Ted Robert Gurr, and Keith Jagger. 2018. Polity IV Project, Political Regime Characteristics and Transitions, 1800-2017. <http://www.systemicpeace.org/inscrdata.html>.
- Niebuhr, Reinhold. 1950. "The Theory and Practice of UNESCO." *International Organization* 4(1):3-11.
- Pavlic, Breda and Cees J. Hamelink. 1985. *The New International Economic Order: Links between Economics and Communications*. Paris, France: UNESCO.
- Prott, Lyndel V. "Strengths and Weaknesses of the 1970 Convention: An Evaluation 40 years after its adoption." Background Paper for Participants in the Second Meeting of States Parties to the 1970 Convention(Paris, UNESCO Headquarters, 20-21 June 2012).
- Tolstoi, Leo. 1904. "Count Tolstoy on the Russo-Japanese War: Bethink Yourselves!" *The Advocate of Peace* 66(9):164-176.
- U.S. Department of State. 1953. "An Appraisal of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization by the Delegation of the United States to the Second Extraordinary Session of the General Conference of UNESCO, July 1 -4, 1953." *U.S. Department of State Publication*, 5209. Washington, DC: U.S. Department of State.
- UNESCO. 1950. *Records of the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization 5th Session, Florence, Italy-Resolutions*. Paris, France. UNESCO.
- UNESCO. 1968. *Records of the General Conference 15th Session, Resolutions*. Paris, France: UNESCO.

UNESCO. 1970. "Mass Media in Society: The Need of Research." *Reports and Papers on Mass Communication*, 59. Paris, France: UNESCO.

## Session 1

### 토 론

장 준 혁 교수

(성균관대 법학전문대학원 교수)



# 유네스코협약 50주년 기념 학술대회(2020. 10. 22.)

## 이근관 교수님의 “1970년 유네스코협약의 채택 배경과 국제법적 의의”에 대한 토론

성균관대학교  
장준혁

국제공법(국제법)학계의 세계적 연구자이시며 유네스코 문화재협약의 국내 연구를 주도하여 오신 이근관 교수님을 모시고 오늘 소중한 학술행사에서 지정토론을 맡게 된 일을 매우 영광스럽게 생각합니다. 국제문화재법의 비전문가로서 토론을 맡은 탓에 누가 되지 않을지 염려가 큼니다만, 토론자의 소임을 맡은 탓에, 평범한 국제사법 연구자로서 가진 생각을 말씀드려 보고자 합니다. 발표자께서 이미 충분히 고려하신 부분을 장황하게 재론한 듯하여 송구하오며, 이 점 너그러우신 양해를 양망합니다.

1. 국제문화재법 분야에서 국제법과 국내법의 분업은—국제사법은 항상 개입하므로 국제사법이 얼마나 역할을 분담할지부터 먼저 나서서 고민할 필요가 없다—어떻게 하는 것이 좋은가? 이것은 현실적으로는, 국제법에 의한 규율, 즉 국제법상의 본원국의 점유보호 원리에 따른 규율을 얼마나 폭넓게 하고 국가에게 얼마나 깊게 의무지울지에 달려 있다. 국내법 쪽에는 변수가 적다. 국내법은 실질법적으로 상당 정도로 완비되어 있기 때문이다.

그런데 국제법상의 국가점유보호와 국내법상의 소유권 및 그 보호는, 별개의 권리임에도 불구하고 서로 충돌하는 일이 많다. 그런데 국제법상의 국가점유보호 법제를 빈틈없이 만들면 국내법이 뒤로 물러나게 될 수 있으므로, 신중한 입장결정을 요한다. 이 점을 고려할 때, 유네스코 문화재반환협약의 물적 적용범위가 한정되고, 선의취득에 대하여 최소한으로 개입하려 하는 것도 이해할 수 있다.

국내법에만 맡겼더라면 실효성 있는 규율을 할 수 없어 문화재협약을 만들게 된 것이라도, 문화재협약을 구체적으로 교섭하는 단계에서 국내법에 중요한 역할을 인정하고 협약의 내용을 슬림화할 여지는 있는 것으로 생각된다.

더구나 입법은 자연법의 실정화라는 틀 내에서 생각할 수 있는 것을 넘어, 다소간 인위적인 “규제(regulation)”로 넘어갈 수도 있다. 그래서 규제를 늘리는 것이 바람직한지, 얼마나 절실히 필요할 때 규제를 늘릴 것인지도 생각할 필요가 있다. 국제문화재법 분야의 국제법도 예외가 아니다. 반출시 증명서를 요구하는 법제 도입에 진통이 있는 것도 이런 차원에서 이해할 수 있다.

2. 오늘날 문화재의 국경을 넘는 불법반출입, 양도 등의 문제에 대응함에 있어, 국제사법에 의하여 지정된 개별 국가의 민법에 의한 해결보다, 국제문화재반환조약에 의

한 해결이 더 큰 실효성을 보이는 듯하다. 그러나 이는 국제법이 본질적으로 국내법(민법)보다 우월함을 입증하는 것은 아니다.

국가주권이 강세인 오늘날의 국내.국제정치적 상황 하에서, 일국주의(particularisme)로만 흘러서는 국제적 문화재반환 문제의 실효적 해결이 어렵고, 국제주의가 실효적인 돌파구를 제시하곤 한다. 1970년 유네스코 문화재협약은 그 예를 보여준다. 국가주권이 역량을 발휘하여 국제조약을 만들었다. 개별 국가가 주권국가 되었으므로 국제주의적 조율을 원했고, 만들어내었다. 이것은 역설적으로 보일 수 있지만 역사적 경험으로 증명된다. 유럽과 중남미의 국제사법 통일운동은 신생 주권국가들이 주도했다.

그러므로 국내법에 의한 문화재반환 가능성만으로는 실효성이 떨어져 문화재협약을 만들었다는 점을 놓고, 주권국가는 퇴조해야 한다고 단정할 수는 없다. 또, 문화재협약의 성공은 국제주의에 맞닿아 있지, 초국가적 세계정부를 지향하는 초국가주의로 직결되지 않는다.<sup>1)</sup>

세계정부를 만들어 국가주권을 형해화하고 세계정부 고유의 분쟁해결기구를 두었을 때, 그런 초국가주의적 해결이 현상황보다 낫지 않을 수도 있다. 미래에 어떤 상황이 도래할지, 그래서 어떤 해결이 더 실효적일지는 알 수 없다. 역사에 어떤 방향(방향성)이 주어져 있는지 본 토론자는 알지 못한다.

3. 국제문화재법학계에서는 종종 국제사법의 물건소재지법주의의 한계를 지적하고, 이에 기인하는 실효적 규율의 공백을 메우기 위하여 국제조약에 의한 규율의 등장 불가피했다고 지적한다. 발표문도 “이러한 문제의 해결은 국제적인 차원에서 주권 국가 상호 간의 합의와 협력을 통해 달성될 수밖에 없었다”고 서술한다(4면). 그러나 물건소재지법주의에 대한 실망이 곧바로 국제사법 자체에 대한 실망으로 이어질 일은 아니다.

가. 오히려 국제사법이 문화재의 반출입이나 양도와 관련하여 어느 나라의 법을 준거법으로 삼을지는 열려 있다.

(1) 국제사법이 민법과 함께 발달해 온 역사를 보면, 물권과 채권을 대비시키면서, 동산물권을 부동산물권과 본질을 같이하는 것으로 취급하여 동산물권도 부동산물권처럼 물건소재지법에 따르게 한(동척주의) 것은 비교적 근래의 일이다. 이런 견해는 19세기에 본격적으로 주장되기 시작하여(가령 사비니) 20세기를 거치면서 점차 보급되었고, 이 변화는 아직 완결된 것이 아니다.

---

1) 일국주의, 국제주의, 탈국가주의(초국가주의)의 3개 사고방식의 대비는 Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff, 2006; *Legal Theory of International Arbitration*, Martinus Nijhoff, 2010(전자의 영어 번역)의 것이다. 가이아르는 Henri Battifol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Daloz, 1956에 대응되도록 국제중재의 법철학을 정립하고자 저술했다고 밝히고 있으므로, 위 3개 사고방식을 대비하는 고찰 방법의 뿌리는 케겔(Gerhard Kegel)과 쌍벽을 이루어 제2차 세계대전후 대륙유럽 국제사법을 재건한 바피폴에 있다고 해야 할 것 같다. 가이아르의 개념을 문화재법의 맥락에 끌어쓰는 데 잘못이 있었다면 그것은 본 토론자의 잘못이다.

(2) 물건 분야에서도 물건소재지법 외의 다른 연결기준(준거법결정의 기준)들이 제시되고 있다. 발표자께서도 설명하시듯이(28면), 문화재법 분야에서는 본원국(기원국) 법주의와 소재지법주의가 병용되고 있다.

(3) 물건침해는 물건의 효력이 아니라 불법행위의 문제로 성질결정하는 견해가 유력하다. 이런 성질결정은 연결기준에 관한 유연한 규율, 논의를 가능케 한다.

(4) 국제적 강행법규의 특별연결도 하나의 해법이 될 수 있다.

나. 문화재를 본원국에 반환시키는 일은 국내법에의 의존만으로는 실효적 해결이 어려웠다. 그래서 문화재보호협약이 본원국의 국제법상 점유반환 법리를 실정화했다. 이를 국내법적 규율과 병존시켜 경합적으로 적용되게 한다. 이것은 국내법에만 의존할 때의 문제점을 인식하고 보완하려는 것이지, 국제사법의 실효성에 대한 회의론이 아니다.

다. 상술(1.)한 대로 문화재협약으로 국제법상의 점유반환을 규율할 때에도 국제사법적 규율이 필요하다.

라. 국제사법 내에서 국제적 행정·사법공조의 강화, 국제재판관할, 준거법결정, 외국판결 승인집행에 관한 규율의 개선, 국제사법 내의 실질사법적 해결 등의 다양한 규율기법이 경쟁할 수 있다. 이 중 어느 것(예컨대 국제적 행정·사법공조협약)이 높은 실용성을 보여 각광받더라도 다른 국제사법 문제의 규율을 할 필요가 없어지는 것은 아니다. 인기가 적은 법도 공부해야 한다.

4. 발표자께서는 “18세기까지만 하더라도 국제공법과 국제사법은 상호 밀접한 연관 하에서 기능하였는데 19세기에 들어서면서 두 법영역이 준별되면서 상호 간에 간극이 발생하였다.”고 아쉬움을 표시하면서, 두 법의 상호관계가 근래에 조명되는 것을 환영하신다(28면).

그러나 19세기에 국제공법과 국제사법이 준별된 것은 부정적으로 평가될 일이 아니다. 오히려 국제사법이 국가의 전속적 입법관할을 경계획정하는 국제법으로 다루어졌던 속박을 벗어난 긍정적 발달이었다. 그 결과, 준거법 결정에 있어서는 법률관계에서 출발하여 다양한 연결기준을 검토할 수 있게 되었고, 국제재판관할법도 꽃피우게 되었다.

우선, 국내법, 국제법(국제공법), 국제사법의 지위와 역할에 대한 명확한 인식의 보급이 급선무이다. 국제법 개론과 국제사법 개론은 법학기본교육의 실질적인 필수과목으로 자리잡는 것이 당연하며, 이를 통하여 기본 소양을 우선 닦을 수 있을 것이다.

(1) 각국의 실질법과 국제법질서 고유의 실질법이 병존한다.

(2) 국제사법은 기본적으로 국내법의 일부로, 그러나 국내법질서 내에서 실질법과 별개로 존재한다. 그러나 복수의 국가들은 그들의 국제사법을 조약으로 통일할 수 있다. 그렇더라도 국제사법의 본질은 전혀 바뀌지 않는다.<sup>2)</sup>

2) 유럽대륙의 민법학자들은 실질사법의 통일조약의 비중이 커지면 실질사법의 범세계적 단일성이 복원된다고 한다. 그러나 국제사법 통일조약에 대해서는 이렇게 말할 수 없다. 국제사법의 대륙유럽 내의 공통성은 신성로마제국의 가상적 권위에 기댄 것이었을 뿐이지, 역사적으로 로마법이나 보통법학과

(3) 때때로 국제법질서도 국제사법을 필요로 한다. 그 한도에서 국제법질서는 고유의 국제사법을 가지게 된다. 그러나 이는 국제사법의 본질을 바꾸지 못한다. 내용적으로도 국제법질서는 각국 국내법상의 국제사법의 기본원칙을 꾸어 쓰는 데 대체로 머무르게 된다.

(4) 기본적으로 국제사법은 국제공법 내의 실질법과 경쟁하는 관계가 아니다. 이것은 국제사법과 국내법 내의 실질법이 경쟁관계가 아닌 것과 마찬가지로이다.

(5) 실질법적 규율에 있어, 국내법과 국제공법은 종종 경쟁한다.

(6) 국제사법은 실질법적 규율 간에 법률충돌이 있을 때 이를 해결하기 위하여 따라다닌다. 문화재반환조약에 의한 본원국의 점유반환청구권과 국내법 간의 충돌의 해결을 위해서도 국제사법이 개입한다.

(7) 국제사법이 못 다 해결한 문제를 국제법이 개입하여 해결해 주는 것이 아니다. 오히려, 국내법이나 국제법으로 실질법을 마련하여도 법률충돌 문제는 남을 수 있으며, 이를 국제사법이 개입하여 해결한다.

발표자께서는 이미 이런 기본적 개념을 분명히 하신 바탕 위에서, 국제협약으로써 만들어지는 국제법, 장래 형성될 수 있는 국제관습법(관습국제법), 실체사법의 통일, 국제사법 등이 적재적소에 활용될 필요가 있다고 지적하신다. 국제사법의 역할을 중시하시는 부분은, 국제사법에 의하여 지정되는 다양한 국내법의 적용에 대해서도 주목하신 취지로 이해된다. 단지, 이것이 체약국들 간의 조약상 의무의 불균형으로 이어지는 점은 문제라고 평가하신다.

5. 국제문화재법 분야에서 사용되는 몇 가지 용어번역에 이견이 있다.

가. 국제문화재법 분야의 조약들에서 말하는 bona fide purchaser는 그 조약에 고유한 의미(자율적 의미)로 해석되어야 하고, 이는 인수(인도받음)와 동시에 소유권을 취득하든, 그 후 일정한 기간의 경과로 소유권을 취득하든 상관 없는 것이 아닐까 생각된다. 만약 그렇다면, bona fide purchaser를 “선의취득자”로 직역하면, 한국의 법률용어체계에 비추어, 불필요한 혼란이 초래될 우려가 있다. 선의의 취득자는 동산을 인도받을 때 소유권을 취득할 수도 있고(즉시취득), 취득시효기간의 경과를 기다려 시효취득할 수도 있다. 후자는 특히 도품, 유실물 등의 즉시취득이 금지된 법제(예: 독일)에서 큰 실익을 가진다. 그런데 한국 민법의 입법자는 전자를 즉시취득이라고 부르지 않고 “선의취득”이라고 부른다. 그 결과, 한국어로 “선의취득”, “선의취득자”라 하면 “즉시취득”, “즉시취득자”를 가리키는 취지로 오해될 수 있다. 그렇다고 한국민법의 용어체계를 탓하기만 할 수도 없다. 이 난감한 상황을 돌파하는 하나의 방법으로, “선의의 취득자”로 풀어 쓰는 방법도 있을 것 같다.

나. “country of origin”을 본국(本國)으로 번역하는 예가 때때로 보인다. 그러나 본국(本國)이라는 용어는 이미 사람(특히 자연인)의 인적 소속을 가리키는 의미로 굳

---

같은 공통의 유산을 가지고 있지 않다. 그래서 단일한 연원으로 존재했던 상태를 복원한다고 말할 수 없다. 국제사법이 고도로 통일되고 있는 유럽연합에서도, 그 헌법적 조약은 이를 “국제적 사법협력”이라고 말할 뿐이다.

어져 있다. “home country”가 본국(本國)으로 번역되었다. 굳이 이를 등한시하고 용어를 중복시켜 개념을 혼동시킬 이유가 없다.

“country of origin”이라는 영어 표현만 놓고 보더라도, origin의 사전적 의미는 사물의 연원, 기원, 본원을 말하지, 사람의 인적 소속을 말하지 않는다. 평이하고 의미전달에도 손색이 없는 “기원국”이나 “본원국”이라는 표현을 도외시하고, 굳이 “본국”이라고 할 이유가 없다. 개념이 다르면 용어가 다른 것이 당연하다.



## Session 1

### 토 론

김 병 연 사무관  
(문화재청 사무관)



# 문화재 불법거래 방지에 대한 국제기구의 노력

## - 왜 유네스코는?

(토론문)

김병연 (문화재청)

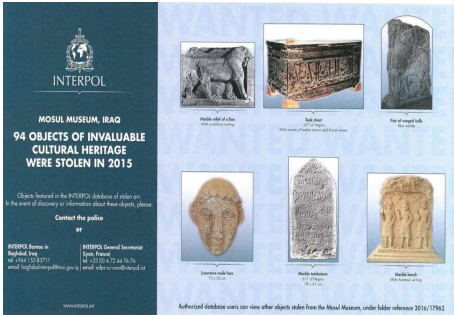
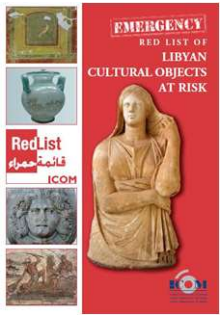
### 1. 새로운 국제규범 형성의 필요성

발표자는 유네스코라는 국제레짐 차원에서 문화재 불법거래 방지의 유용성을 검토했다. 최근 문화재 불법거래 방지를 위해 유엔(안보리·총회), 유네스코, ICPRCP, INTERPOL 등 정부 간 기구 뿐만 아니라 ICOM, AAM 등 비국가적 행위자가 주목받고 있다. 특히 1970년 협약의 경우에도 이행을 강화하기 위해 2015년에 당사국총회, 보조위원회 등의 국제레짐을 설립했다.

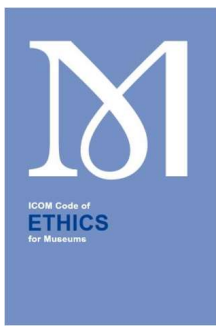
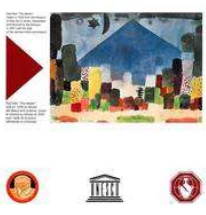
사실 1970년 협약 상 문화재 불법거래의 방지는 '인식'에서 출발한다. 협약 제10조는 당사국들이 조치해야할 사항을 규정하고 있는데 (a)항은 '교육, 홍보 및 경각심을 통해 문화재 불법거래를 제한하는 것'이고 (b)항은 '문화재의 가치와 도난, 도굴 및 불법 반출에 야기되는 위협에 대한 인식을 교육적 수단을 통해 여론'을 조성하도록 하고 있다.

일반 대중을 비롯해 박물관 학예사, 옥션 하우스 종사자 등 전문직에 대한 인식 개선에 제도 유지의 성패가 달려있는 셈이다. 이 이유에서 유네스코를 비롯해 ICOM, INTERPOL, 문화재청, 미국 이민관세청(ICE) 등이 대중에 대한 교육과 홍보에 주력하고 있다.



|                                                                                           |                                                                                     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|
|          |   |
| <p align="center"><b>&lt; INTERPOL :<br/>Poster of the most wanted Works Art &gt;</b></p> | <p align="center"><b>&lt; ICOM : Red List&gt;</b></p>                               |
|         |  |
| <p align="center"><b>&lt; 문화재청 : 국새·어보 도난 인식제고 포스터 &gt;</b></p>                           |                                                                                     |

아울러 박물관 학예사, 옥션 하우스 종사자 등 전문직에 대해서는 윤리강령 채택으로 경각심을 제고했다. ICOM의 노력이 컸다. 1986년 11월 4일 아르헨티나 부에노스아이레스에서 개최된 제15차 ICOM 총회에서 '전문직 윤리강령'(Code of Professional Ethics)이 채택되었고, 2001년 7월 6일 스페인 바르셀로나에서 개최된 제20차 ICOM 총회에서는 오늘날과 같은 '박물관 윤리강령'(Code of Ethics for Museums)으로 개명되었다.

|                                                                                     |                                                                                      |
|-------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|
|  |  |
| <p align="center"><b>&lt; ICOM 박물관 윤리강령 &gt;</b></p>                                | <p align="center"><b>&lt; UNESCO 문화재매매업자 윤리강령 &gt;</b></p>                           |

옥션 하우스의 경우에는 다양한 층위에서 매매업자의 윤리성을 확립하기 위해 노력하고 있다. ‘문화재 매매업자를 위한 국제윤리강령’(International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property)이 1987년 문화재반환촉진 정부간위원회(ICPRCP) 제5차 총회에서 제안된 이후, 1999년 ICPRCP 제10차 총회에서 채택되었고 1999년 제30차 유네스코 총회에서 승인되었다. 또 미국 예술품 거래자협회(ADAA, 1962년 설립), 미국 신예술품거래자연합(NADD, 2002년 설립) 등 각 단체별 특성에 맞는 매매업자 윤리강령이 채택되었다.

그렇다면 유네스코, ICOM, INTERPOL 등이 문화재 불법 거래에 있어 대중이나 전문직에 대한 교육과 홍보에 주력하는 이유는 무엇일까? 도난에 대한 교육과 홍보는 민사적으로는 취득자로 하여금 선의취득 주장을 봉쇄할 수 있고, 형사적으로는 범죄의사(*Mens Rea*) 입증에 용이하게 해주기 때문이다. 특히 온라인 상거래는 새로운 형태의 거래 방식으로 이해되고 있다. 하지만 문화재 불법 거래 방지는 이들 전문직을 비롯해 대중의 관심과 참여가 절대적이기 때문이다.

문제는 박물관, 옥션 하우스 등에서 단시간에 확립되어온 윤리강령 상의 도덕규범을 새로운 국제의무로 확립할 필요가 있는 것인가 하는 것이다. 2019년 11월에 채택된 제40차 유네스코 총회 결의(40C/42)는 윤리강령을 포함한 효과적인 문화재 불법거래 방지를 위해 ‘새로운 국제기준 수립’의 검토를 의제화했다.

- ※ 제40차 유네스코 총회 결의(40C/42) : 의제 내 검토 사항
- 1970년 협약 및 국제윤리강령에 기반한 새로운 법적 기준 수립의 유효성
  - 윤리강령과 운영지침 등의 개정·보완을 통한 법적 기준 마련
  - 문화재 분야의 국제 이해관계자와의 협업 증진

문제는 ‘새로운 국제기준 수립’이 비현실적이라는 데 있다. 제8차 보조위원회 회의가 대면방식으로 개최(2020.10.27.~28./유네스코 본부) 되는데, 유네스코 홈페이지에 공개된 잠정의제는 이 점을 분명히 하고 있다. 보조위원회는 그 사유를 3가지로 요약하고 있다. 첫째, 협약이란 오로지 가입국에게만 구

속력을 발휘하므로 가입국 수가 적을 경우 의도한 국제의무는 무위로 돌아갈 수 있으며 둘째, 기존 협약 체결을 통해 국가 간 양보했던 쟁점들이 재논의될 경우 절충안 도출에 어려움이 예상되는데 특히 1970년 협약의 당사국이 140개국임에 반하여 1995년 협약의 경우 48개국만 가입하고 있어 새로운 법적 기준 수립은 현실적으로 어렵다는 것이다. 셋째, 비용 측면을 부각하고 있다. 자기 집행적 성격의 국제규범이 아닌 경우 별도 국내 입법과정이 필요한데, 유네스코 의사결정 과정에 비추어 새로운 법적 기준 창설과 효력 발생에 상당한 시간(집행이사회 검토, 총회 결정 등으로 3~7년 소요)이 소요된다.

질문 1) 새로운 국제기준 수립'에 대한 발표자의 입장은 무엇인가?

질문 2) 1970년 협약 채택 이후, 복잡한 협약 개정 절차를 회피하면서도 현실을 반영한다는 의미에서 2015년 당사국 총회에서 '협약 운영지침' 채택

- 성문화된 국제조약으로는 새로운 현실을 반영하기 어렵기 때문에 연성법률(soft law) 차원에서 협약 운영지침이 보완적 도구로 주목받고 있음
- 특히 협약 보조위원회의 경우 '운영 지침 개정' 입장 지지
- 문제는 당초 취지와는 다르게 협약 운영 지침이 1970년 협약 규정을 초월하고 있는데 이에 대한 발표자의 입장은 무엇인가?

※ 협약 운영 지침 내용 관련

- 1995년 협약 내용 일부 반영(상당한 주의 개념 등)
- 온라인 상거래 등 새로운 거래형태에 대한 행동안 제시
- 무력충돌 시 문화재 보호 규정(2015년 UN 안보리 결의 2199호, 2017년 UN안보리 결의 2347호 등) 반영 등

## 2. 1970년 협약과 형사책임

1970년 협약은 문화재 불법거래 방지를 위해 국제 공조와 민사적 차원의 대응을 내용으로 한다. 최근 문화재에 대한 테러가 증가하면서 형사 책임 문제가 부각되고 있다. 문화재에 대한 테러는 2가지 형태로 나타난다. 하나는 그 상징물을 파괴해 정신적으로 보복하는 것이고 또 하나는 밀거래를 통해 테러자금을 충당하는 것이었다.

특히 1970년 협약의 관점에서 후자에 대한 관심이 필요하다. 1990년 8월 2일 이라크가 쿠웨이트를 침공했을 때 「UN안보리 결의 661호」(1990.8.6.)가 채택되었다. 결의 661호는 이라크에 대한 경제 제재가 주목적이었고 문화재는 테러자금과 연결되었다는 이유로 경제자산에 포함되어 통제를 받았다. 이후 이라크가 결의 661호를 위반했을 때 「유엔 안보리 결의 1483호」(2003.5.233.)가 채택되었다. 결의 1483호를 통해 이라크에 대한 경제제재는 해제했지만 무기 금수와 함께 문화재에 대한 제재는 지속되었다.

테러단체 ISIL(Islamic State of Iraq and the Levant, 이라크-레반트 이슬람 국가)과 ANF(알누스라 전선<알카에다 시리아 지부>)가 2015년에 시리아에서 세계유산 팔미라 유적<sup>3)</sup>(Site of Palmyra)을 파괴했다. 국제사회는 분노했고 충격에 빠졌다. 당시 ISIL과 ANF는 이라크와 시리아의 고고 유적지, 박물관, 도서관 등에서 문화재를 도굴했고 밀거래해서 테러자금으로 활용했다. 「유엔안보리 결의 2199호」(2015.2.12.)는 이라크와 시리아에서의 문화재 파괴를 규탄했다. 각 국에게 1990년 8월 6일 이후 이라크, 2011년 3월 15일 이후 시리아 등에서 반출된 문화재의 거래 방지를 요구했다. 그해 12월에 채택된 「유엔 안보리 결의 2253호」(2015.12.17.)는 Al-Qaida와 ISIL 등의 자산 동결을 비롯한 문화재 밀거래 차단을 강화했다.

그간 문화재는 테러자금의 유입 통로였고 경제 자산으로서 제재대상으로

---

3) 사리아 다마스쿠스(Damascus) 북동쪽 사막에 있는 오아시스 도시이다. 고대 가장 중요한 문화 중심지 중 하나로 1세기부터 2세기까지 다양한 문명의 교차로에 있었다. 팔미라의 예술과 건축은 전통 문화에 그리스·로마 기술이 가미되고 페르시아의 영향이 혼합된 독특한 특징을 갖고 있다. 1980년에 세계문화유산으로 등재되었다.(UNESCO 홈페이지<[www.unesco.org](http://www.unesco.org)> 참조)

인식되었다. 「유엔 안보리 결의 2347호」(2017.3.24.)는 여기에서 더 나아가 무력충돌 과정에서 문화재의 일반적 보호를 위해 채택한 유엔 안보리의 첫 번째 결의였다. 성지·종교적 공예품·유적지·박물관·도서관 등의 파괴와 약탈과 밀수를 규탄했고 각 국의 사법공조를 강화했다.

질문 1) 최근 테러행위와 문화재의 밀거래 연결성으로 형사책임 분야가 주목받고 있음. 1970년 협약과 형사책임 연계에 대한 발표자의 입장은?

질문 2) 유엔 안보리 결의 위반의 경우 제재대상이 국가라는 점에서 테러행위에 대한 비국가적 행위자에 대한 처벌 문제는 다른 차원의 접근이 필요하다고 생각함.

- 테러행위의 경우 국제공동체 전체에 대한 범죄이므로 테러와 연결된 문화재 밀거래의 경우에도 국제공동체 전체에 대한 범죄로 인식되어야 함
- 테러행위와 연결된 문화재 불법거래에 대해 '강제적 보편관할권' 도입에 대한 발표자의 입장은?

### 3. '출처'(provenance)와 '상당한 주의'(due diligence) 연관성

최근 국제적으로 문화재, 예술품, 박물관, 옥션 하우스 등을 망라하는 가장 뜨거운 주제는 '출처'(provenance)와 '상당한 주의'(due diligence)이다. 유네스코 차원에서는 협약 부속위원회가 주목했다. 2019년 5월 개최된 협약 제7차 부속위원회는 출처(provenance)와 상당한 주의(due diligence) 개념에 대한 명확한 관계 설정을 요구했고 사무국이 국제사법통일연구소(UNIDROIT) 자문을 거쳐 의제화를 추진하고 있다.

출처(provenance) 개념은 법적 용어가 아니다. 1970년 협약의 규정을 통해 두 가지 의미로 해석할 수 있다. 첫번째 의미는 협약 제 7조(a)항에서 추론할 수 있다. 제7조(a)항은 협약 발효 이후, 각 당사국은 '기원 당사국'(a State of

origin Party)에게 불법 이전된 문화재의 제공을 통고하도록 하고 있다. 이 규정을 통해 협약이 출처(provenance)를 '문화재가 만들어지고 수출된 곳'을 의미하는 것으로 볼 수 있다.

두 번째 의미는 협약 제10조(a)항은 골동품 매매업자들로 하여금 각 문화재 기원(origin)에 대한 정보를 기록하도록 의무화하고 있다. 이 규정에서 출처(provenance)를 문화재의 특성과 역사에 관해 축적된 정보를 의미하는 것으로 해석할 수 있다. 문화재에 담긴 '소유권의 모든 이전'에 대한 기록을 유지하는 경우 출처를 추적할 수 있다. 이러한 이유에서 출처는 개념 보다는 유용성 문제에서 접근하는 경향이 있다.

※ 협약 제7조(a)항

- Whenever possible, to inform a State of origin Party to this Convention of an offer of such cultural property illegally removed from that State after the entry into force of this Convention in both States;

※ 협약 제10조(a)항

- The States Parties to this Convention undertake:  
(a) To restrict by education, information and vigilance, movement of cultural property illegally removed from any State Party to this Convention and, as appropriate for each country, oblige antique dealers, subject to penal or administrative sanctions, to maintain a register recording the origin of each item of cultural property, names and addresses of the supplier, description and price of each item sold and to inform the purchaser of the cultural property of the export prohibition to which such property may be subject;

문제는 1970년 협약을 통해 출처(provenance) 용어를 추론할 수 있을 뿐 정확한 개념이나 상당한 주의(due diligence)와의 연계성을 파악하는 실체적 노력은 한계가 있다는 것이다. 1970년 협약 운영지침에서도 동일한 문제가 반복된다. 협약 운영지침은 1970년 협약 제10조(a)항과 같이 출처를 '문화재의 특징과 역사에 관한 정보'(information regarding the nature and history of the object)로 설명한다. 1995년 협약 또한 출처에 대한 명확한 개념이 없으며, 상당한 주의 이행에 대한 고려사항을 예시하고 있을 뿐이다.(협약 제4조 제4항)

이 점에서 ICOM 박물관 윤리강령이 문제 해결의 일단을 제시하고 있다. ICOM 박물관 윤리강령은 ‘출처’(provenance)를 ‘발견되거나 창작된 시점부터 현재까지의 박물관 자료에 관한 모든 내력과 소유권 전반을 가리키는 용어로 진위 여부와 소유권을 결정하는 자료’(the full history and ownership of an item from the time of its discovery or creation to the present day, through which ‘authenticity’ and ‘ownership’ are determined.)로 개념화하고 있다.

출처를 조사한다는 것은 소장 자료의 이력을 조사하는 것이므로 이를 통해 해당 자료에 대한 소유권의 불법·부당성과 진위 여부를 판단할 수 있다. 박물관이나 미술관은 출처가 의문스럽거나 출처 파악을 위한 정보가 부족한 경우 해당 자료에 대해 전시(展示) 뿐만 아니라 교육 등에도 활용할 수 없다. 영미법계 국가들은 박물관이나 미술관에게 소장품의 출처에 대해 스스로 규명할 법적 의무를 부여한다. 이를 가리켜 ‘상당한 주의’(due diligence)라고 부른다. ‘상당한 주의’를 이행하지 않는 경우 민사 책임뿐만 아니라 형사 책임까지 부담할 가능성이 높다. 그러므로 ‘출처’와 ‘상당한 주의’는 같은 맥락에서 박물관 수집정책의 윤리성을 확립하는 기준이 된다.

아울러 ICOM 윤리강령은 ‘상당한 주의’(due diligence)를 ‘일단의 행동을 결정하기 전에 사실을 확립하기 위해 취해지는 모든 노력으로 통상적으로는 박물관 소장품을 취득하거나 취득하기 전에 제공된 기원이나 내력을 확인하는 것’(the requirement that every endeavor is made to establish the facts of a case before deciding a course of action, particularly in identifying the source and history of an item offered for acquisition or use before acquiring it)으로 정의한다.

박물관이나 미술관 입장에서는 출처를 조사하는 것만으로 상당한 주의를 이행한 것으로 인정받을 여지를 갖는다. 그야말로 출처가 갖는 유용성을 법의 언어로 표현한 것이 상당한 주의인 셈이다. 그러나 주목할 점이 있다. 어느 정도까지 주의해야 상당한 주의로 인정받을 수 있을까? 출처는 조작될

수 있기에 그저 출처만 확인하면 되는 것일까? 이 점에서 ICOM 박물관 윤리강령은 상당한 주의를 출처라는 특정 기록의 범주를 확인하는 것에 국한하지 않았다. 그것을 뛰어 넘어 '일단의 행동을 결정하기 전에 사실을 확립하기 위해 취해지는 모든 노력'이라고 규정하고 있다. 즉 '상당한 주의'는 출처 정보가 조작되거나 없을 수 있는 사실을 반영한 것이다.

질문 1) 최근 출처(provenance)와 상당한 주의(due diligence) 개념화와 연계성을 설명하려는 국제사회의 노력이 증가하고 있으나 실제적 노력은 한계가 있음. 이에 대한 발표자의 입장은?

질문 2) 문화재청은 2010년부터 한·미 수사공조를 통해 호조태환권 원판, 국새·어보 등 4건 12점의 문화재를 환수하였음.

- 문화재청이 수사를 요청하면 미 수사당국은 「1948년 연방도품법」(NSPA)을 적용하여 해당 문화재의 압수·몰수 등을 조치하고 있음
- NSPA는 \$5,000 이상 도난품임을 알면서 국가 간 또는 주 간 이동하거나 취득, 보관 등을 하는 경우 인적 처벌과 함께 몰수 규정
- 문제는 범죄의사(*Mens Rea*)를 입증하는 과정에서 미국 수사당국은 박물관이나 문화재 매매업자 등 전문직의 경우에는 상당한 주의(due diligence) 불이행을 범죄의사로 간주하여 처벌하는 수사관행 형성
- 1995년 UNIDROIT협약의 경우 상당한 주의 불이행을 민사상 보상 요건으로 규정하고 있는데 반해 미국 NSPA는 형사 처벌까지 가능한 수준임
- 상당한 주의 불이행을 민사적 문제가 아닌 형사적 문제까지 확대하는 것에 대한 발표자의 입장은?



## Session 2

유네스코협약의 이행입법과 국외소재문화재 정책

좌장: 이 영 종 교수  
(가톨릭대 법학부 교수)



## Session 2

### 1970년 유네스코협약 이행입법과 관련된 국제사법적 쟁점

이 종 혁 교수  
(한양대 법학전문대학원 교수)



# 1970년 유네스코협약 이행입법과 관련한 국제사법 쟁점\*

이 종 혁\*\*

## I. 서 언

국제연합 교육과학문화기구(UNESCO: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 이하 “유네스코”)가 1970년 채택한 「문화재의 불법적인 반출입 및 소유권양도의 금지와 예방수단<sup>1)</sup>에 관한 협약」(Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, 이하 “유네스코협약” 또는 “협약”)은 문화재의 국제적 불법거래를 방지하기 위한 국제사회의 노력의 산물로서, 우리나라는 1983년 협약의 당사국 지위를 취득하였다.<sup>2)</sup> 그러나 미국을 제외하고는<sup>3)</sup> 문화재 국제거래에서 ‘시장지국’의 지위에 있는 국가들은 1990년대 후반에 이르러 비로소 유네스코협약의 당사국 지위를 취득하기 시작하였는데,<sup>4)</sup> 이는 역설적으로 유럽 국가들이 1995년 채택된 사법통일국제연구소(UNIDROIT)의 「도난 또는 불법반출 문화재에 관한 협약」(Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, 이하 “유니드로와협약”)이 유네스코협약의 공백을

\* 본고는 초고이므로 인용하지 마시기 바랍니다. 일부 문헌은 현재 입수 중인 관계로 인터넷상 공개된 초안 등에 의하여 인용하였고, 그 경우 부정확한 정보에는 [ ]를 표시하였습니다.

\*\* 한양대학교 법학전문대학원 조교수/법학박사.

- 1) 외교부 공식번역은 ‘예방수단’이라고 번역하나, 이와 달리 이근관, “유니드로와협약 가입을 위한 국내법 개정방향 연구”(문화재청 연구용역 최종결과보고서)(문화재청, 2007. 12.), 9면; 유네스코한국위원회, “불법문화재 반환 국제사례 및 추진전략 연구”(문화재청 연구용역 최종보고서)(문화재청, 2007. 12.), 15면은 ‘방지수단’이라고 번역한다. 외교부 공식번역도 협약의 제목과 달리 협약의 본문에서는 “prevention”을 ‘방지’로 번역한 예가 많이 보인다.
- 2) 우리나라는 1983. 2. 14. 협약의 수락서(instrument of acceptance)를 유네스코 사무총장에게 기탁하였고, 협약은 그로부터 3개월이 경과한 1983. 5. 14. 우리나라에서 발효되었다. 협약 당사국 현황(<https://pax.unesco.org/la/convention.asp?KO=13039&language=E>) 및 협약 제21조 제2문 참조. 참고로 북한도 우리나라에 바로 뒤이어 1983. 5. 13. 수락서를 기탁하였다. 수락(acceptance)은 조약에 대한 국가의 기속적 동의를 표시하는 방법으로서 비준(ratification)과 동일하게 기능한다. 조약법에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention of the Law of Treaties) 제14조 제2항 참조.
- 3) 미국은 1972년 상원의 동의(찬성 79표, 반대 0표)로 협약을 수락하였으나, 이행입법(또는 이행법률, 이하 양자를 호환)에 관하여 많은 논의가 있었고, 하원은 1977년에야 이행법률을 통과시켰으며, 이후에도 논의가 지속된 끝에 상원은 1983년에야 이행법률을 통과시켰다. 미국은 1983. 9. 2. 비로소 유네스코 사무총장에게 수락서를 기탁하였는데, 이때 기탁된 수락서에는 미국의 기속적 동의가 1개의 유보(reservation)와 6개의 양해(understandings)뿐만 아니라 이행법률에도 종속된다는 진술이 포함되어 있었다. 기속적 동의가 이행법률에 종속된다는 진술과 관련하여, 유네스코 사무국은 협약이 미국의 국내법에 종속된다는 의미라면 조약법에 부합하지 않는다는 견해를 표명하였으나, 미국은 명확히 해명하지 않았고, 유네스코 사무국은 그것을 미국이 자국의 이행법률은 미국의 협약상 의무를 충족하기 위한 것이라고 선언한 것으로 이해하고 있다. 멕시코는 수락서에 유보와 양해를 첨부한 미국의 태도가 협약의 적절한 준수가 아니라면서 그에 반대하였다. 미국의 협약 수락 경위에 관한 상세는 Patrick J. O’Keefe, *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*, Second Edition (Institute of Art and Law, 2007), pp. 107-108.
- 4) 1990년대 후반 이후 협약의 당사국 지위를 취득한 국가에는 프랑스(1997. 1. 7.), 영국(2002. 8. 1.), 일본(2002. 9. 9.), 스웨덴(2003. 1. 13.), 덴마크(2003. 3. 26.), 스위스(2003. 10. 3.), 독일(2007. 11. 30.), 룩셈부르크(2015. 2. 3.), 오스트리아(2015. 7. 15.) 등이 있다. 전제 주2의 협약 당사국 현황 참조.

보충하기 위하여 제시한 실질법상 규칙을 수용할 수 없었기 때문이다.<sup>5)</sup>

본고의 목적은 유네스코협약을 국내적으로 이행하기 위한 당사국들의 이행입법을 국제사법(國際私法)의 관점에서 분석하는 것이다. 다만, 협약 자체가 국제사법 규범을 직접 제시하고 있지는 않으므로, 협약이나 각국의 이행법률의 개별조항을 구체적으로 검토하기보다는 각국의 이행법률의 개별조항 중에서 국제사법적 함의가 있는 것을 메타적으로 재구성하여 검토하고,<sup>6)</sup> 일부 실질법적 쟁점에 관한 이행법률 조항에 대하여도 검토한다(Ⅲ). 그에 앞서 이행입법이 필요한 전제로서 협약의 대다수 조항이 자기집행성(또는 자기집행적 성격)(self-executing character)을 결여하고 있음에 관하여 조약의 비자기집행성에 관한 국제법상 논의를 포함하여 검토한다(Ⅱ).

## Ⅱ. 이행입법의 필요성 - 협약의 다수 조항의 비자기집행성

### 1. 일반이론

자기집행적 조약(self-executing treaty)이란 조약의 국내적 이행을 위한 목적으로 당사국 법원이 조약을 적용·집행하기 위하여 원칙적으로 의회의 사전적 입법조치가 필요한 조약, 즉 별도의 입법조치 없이 법원이 곧바로 적용·집행할 수 있는 조약을 말하고, 비자기집행적 조약(non-self-executing treaty)이란 법원이 조약을 적용·집행하기 위하여 사전적 입법조치가 필요하지 않은 조약을 말한다.<sup>7)</sup> 자기집행적 조약과 비자기집행적 조약의 구별은 조약은 그 자체로 국내에서 바로 적용될 수 없고 국내법으로의 변형이 필요하다는 이원론(dualism) 내지 변형이론(transformation theory)에서는 개념적으로 인정될 수 없으나,<sup>8)</sup> 조약은 국가에 의하여 체결·발효되면 국내에서 별도의 입법 없이 바로 적용될 수

5) Patty Gerstenblith, "Implementation of the 1970 Convention by the United States and Other Market Nations", Jane Anderson, Haidy Giesmar (ed.), *The Routledge Companion to Cultural Property* (Routledge, 2017), pp. [13-14]. 이는 Patty Gerstenblith, "Models of Implementation of the 1970 UNESCO Convention: Can Their Effectiveness be Determined?", Lyndel V. Prott, Ruth Redmond-Cooper, Stephen K. Urice (ed.), *Realising Cultural Heritage Law: Festschrift for Patrick Joseph O'Keefe* (Institute of Art and Law, 2013)를 개고한 것으로 보인다.

6) 협약의 개별조항에 대한 주석으로는 O'Keefe, 전거서, pp. 32-97 참조. 국문자료로는 송호영/김지현, 문화유산관련 국내의 규범 및 제도의 운용과 개선방안에 관한 연구: 1970년 UNESCO협약과 1995년 UNIDROIT협약을 중심으로(2013년 유네스코 정책연구 보고서)(유네스코한국위원회, 2013), 70-78면 참조.

7) Carlos Manuel Vázquez, "The Four Doctrines of Self-Executing Treaties", *The American Journal of International Law*, Vol. 89 (1995), pp. 695-696 참조. 조약의 국내적 이행을 위한 입법조치는 반드시 국내적 성격의 입법이어야 하는 것은 아니고 예외적으로 국제적 성격의 입법일 수도 있다. Christina Binder, Catherine Brölmann, "The Law of Treaties", André Nollkaemper, August Reinisch, Ralph Janik, Florentina Simlinger (ed.), *International Law in Domestic Courts: A Casebook* (Oxford University Press, 2018), p. [197]. 정인섭, 조약법강의(박영사, 2016), 416면은 국내적으로 이행하기 위하여 별도의 입법이 필요한 조약이 비자기집행적 조약이라고 설명하고, 법원에서의 집행가능성을 언급하지는 않는다. 비자기집행적 조약이라는 개념은 1829년 John Marshall 대법원장이 발명한 것이다. *Foster v. Neilson*, 27 U.S. 253, 314 (1829). 다만, "자기집행적"이라는 표현 자체는 1887년 미국 연방대법원 판결에서 최초로 사용되었다. *Bartram v. Robertson*, 122 U.S. 116, 120 (1887). 자기집행적 조약이라는 개념의 연혁과 의회의 입법조치의 역할에 관하여는 Jordan J. Paust, "Self-Executing Treaties", *The American Journal of International Law*, Vol. 82 (1988), p. 760 et seq. 참조.

있다는 일원론(monism) 내지 수용이론(incorporation theory)에서는 그 구별이 인정될 수 있고, 실제로 일원론을 취하는 국가들은 대체로 비자기집행적 조약의 개념을 인정하고 있다.<sup>9)</sup>

조약의 자기집행성과 관련하여 다음 사항에 주목할 필요가 있다. 첫째, 자기집행성을 판단하는 단위는 개별조약 전체가 아니라 조약 내에 있는 개별조항이다.<sup>10)</sup> 개별조약 내에는 자기집행성 있는 조항과 그렇지 않은 조항이 병존할 수 있다. 둘째, 자기집행적 조항과 비자기집행적 조항의 구별은 각국의 국내법(판례 포함)에 의할 사항이다.<sup>11)</sup> 문제는 자기집행적 조항과 비자기집행적 조항을 구별하는 기준이다. 조약 자체에서 국내적 이행을 위한 입법의 필요를 명시할 수도 있으나,<sup>12)</sup> 그렇지 않은 경우 조약상 의무를 이행하는 주체가 의회인지 또는 행정부인지, 조약의 내용이 구체성과 명확성이 없고 목표를 제시함에 불과한지 등을 고려하여야 한다.<sup>13)</sup> 우리 대법원은 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(International Covenant on Civil and Political Rights)에서 인정되는 권리를 침해 받은 개인에 대한 효과적 구제조치의 확보를 규정한 동 규약 제2조 제3항에 근거하여 개인이 국가를 상대로 제기한 손해배상소송에서, 위 조항은 법적 제도의 확보를 당사국 상호간 국제법상 의무로 규정한 것이고,<sup>14)</sup> 개인이 국가에 대하여 손해배상 등 구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리를 창설하는 것은 아니라고 판시하였다.<sup>15)</sup> 셋째, 비자기집행적 조항이라고 하더라도 아무런 법적 효력(또는 효과)이 없는 것은 아니다.<sup>16)</sup> 예컨대 당사국

8) 이원론을 취하는 대표적인 국가가 영국이다. 영국의 실행에 관하여는 정인섭, 전거서, 418-421면 참조. 다른 방법에 의할 수도 있으나, 조약을 국내법으로 수용하는 목적의 법률을 제정하는 방법을 취하는 경우에도 구체적으로 보면 ① 조약의 전부 또는 일부를 첨부한 후 “영국에서 법적 효력이 있다”고 규정하는 법률을 제정하는 방법, ② 조약문 첨부 없이 조약 내용을 실행할 수 있도록 국내법을 제정 또는 개정하는 방법, ③ 조약에 부합하게 기존 시행령의 개정을 요구하는 법률을 제정하는 방법이 활용되고 있다. 정인섭, 전거서, 419면.

9) 정인섭, 전거서, 415-416면 참조. 일원론을 취하는 국가로는 미국, 프랑스, 독일, 네덜란드, 룩셈부르크, 우리나라 등이 있다. 각국의 실행에 관하여는 정인섭, 전거서, 421면 이하 참조.

10) 정인섭, 전거서, 423면.

11) 물론 자기집행적 조약이라는 개념의 종주국인 미국에서의 논의를 참고할 수는 있을 것이다. 한편 개별당사국의 조약 이행의무는 개별조항의 자기집행성 유무와는 무관하다. 정인섭, 전거서, 424면. 또한 관습국제법은 개념상 이행입법에 의한 적용이 불가능하다. 정인섭, 전거서, 417면; Paust, 전거논문, p. 782. 유네스코협약의 이행입법 중에서 협약상 의무의 이행과 무관하게 관습국제법의 내용을 성문법규화하였다고 평가할 만한 것이 있는지도 검토해볼 필요가 있다.

12) 당사국들의 의사에 기초한 주관적 기준이다. 정인섭, 전거서, 423면; Vázquez, 전거논문, pp. 700-710.

13) 정인섭, 전거서, 423면; Vázquez, 전거논문, pp. 710-722. 후자의 문헌은 객관적 기준을 재판가능성(justiciability), 헌법합치성(constitutionality), 사적 소권(private right of action)으로 구분하고 있다.

14) 그러나 국제인권조약의 목적은 당사국들 간의 권리의무관계를 창설하는 것이 아니라, 당사국과 그 국가의 관할권 아래 있는 개인 간의 관계를 규정하는 것이므로, 대법원 판결의 해당 부분의 판시는 문제가 있다. 정인섭, 전거서, 435면 참조. 유네스코협약의 맥락에서도 개별당사국에 부과된 협약상 의무가 당사국 상호간 관계에 관한 것인지, 아니면 개별당사국의 관할권 아래 있는 사인에 관한 것인지를 구별할 필요가 있다.

15) 대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결. 조약의 자기집행성에 관한 헌법재판소 결정과 다른 대법원 판결에 관한 소개는 정인섭, 전거서, 434-436면 참조.

16) Yuji Iwasawa, “The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 26 (1986), p. 627 *et seq.*은 자기집행성이 당사국 법원에서 청구권이 보장되는 개별적 권리를 창설하는 직접적 효력을 의미하지는 않는다고 보고, 자기집행성을 국내적 유효성(domestic validity)과 국내적 적용가능성(domestic applicability)으로 구분하여 이해하되, 전자가 후자의 전제조건이라고 보아야 한다고 주장한다. 하나

의 일정한 노력의무를 선언 또는 확인하는 조항은 국내행정법상 의무 또는 당사국 상호간 국제법상 의무를 발생시킬 수 있다.

사건으로는 문제되는 조항 자체가 이행입법의 필요를 명시하고 있는 경우에는 대체로 비자기집행적 조항에 해당하고, 그렇지 않은 경우에는 해당 조항이 규정하고 있는 의무의 성격과 내용에 따라 비자기집행적 조항 여부를 판단하여야 하며, 조약의 모든 조항이 당사국 법원에 의한 적용·집행을 목적으로 하는 것은 아니므로 이행입법의 필요를 명시하고 있는지와 무관하게 성격과 내용에 따라서는 자기집행성 판단의 대상에 해당하지 않는 조항도 있을 수 있다고 본다.<sup>17)</sup> 당사국 의회 또는 정부에 일정한 입법적 또는 행정(법)적 조치를 취할 의무를 부과하는 조항은 그 의무의 이행을 청구할 수 있는 방법과 절차가 의무의 종류에 따라 상이할 수 있고 입법부 또는 행정부가 재량, 관행, 실무 등에 따라 조약상 의무를 준수할 수도 있으므로 이행입법이 필수적이라고 단정할 수 없다. 그러나 당사국의 관할권 아래 있는 개인에게 일정한 청구권 또는 사법적(私法的) 권리를 부여하고자 하는 조항은 대체로 당사국 의회의 입법적 조치와 결부되어 있을 것이므로 이행입법이 필요할 것이다. 조약의 개별조항이 자기집행적인 것으로 추정되는지, 아니면 비자기집행적인 것으로 추정되는지, 즉 자기집행성의 증명책임이 이를 주장하는 자에게 있는지가 문제될 수 있는데, 일반적으로는 자기집행성이 추정되지 않고 자기집행을 주장하는 자에게 증명책임이 있다고 보아야 할 것이다.<sup>18)</sup>

## 2. 유네스코협약의 검토

유네스코협약의 대다수 조항은 자기집행성을 결여하고 있다.<sup>19)</sup> 따라서 이행입법이 없으면 협약의 실효적인 국내적 이행을 통한 문화재의 국제적 불법거래 방지는 요원하다. 실제로 2004년 프랑스법원은 나이지리아가 양국이 모두 당사국인 유네스코협약에 기초하여 프랑스를 상대로 제기한 자국 기원의 조각상들에 대한 반환청구를 기각하였는데, 그 근거로 유네스코협약의 비자기집행성과 프랑스의 이행입법의 부존재를 명시하기도 하였다.<sup>20)</sup>

---

의 조약이 어떤 경우에는 직접적 적용가능성이 있더라도 다른 경우에는 그것이 없을 수 있고, 직접적 적용가능성이 없더라도 다른 효력은 있을 수 있다는 것이다.

17) 자기집행성과 무관하게 이행입법이 필요한 경우도 있을 수 있다. 예컨대 문화재 불법거래 방지를 위한 국가기관 설립의무에 관한 협약 제5조가 있다.

18) Iwasawa, 전제논문, p. 656; David Sloss, "The Demestication of International Human Rights: Non-Self- Executing Declarations and Human Rights Treaties", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 24 (1999), p. 148, n. 105 참조. 같은 취지의 미국 판결들은 Iwasawa, 전제논문, p. 656, n. 123 참조.

19) 상제는 본고의 [첨부1] 참조. 이근관, 전제보고서, 10면; 유네스코한국위원회, 전제보고서, 15면은 협약의 "대부분의 규정"이 자기집행성을 결여하고 있다고 기술함으로써 타당하게도 자기집행성을 판단하는 대상이 협약 전체가 아니라 개별조항임을 전제하고 있다. 반면에 스위스정부와 미국정부는 협약 전체가 자기집행성을 결여하고 있다고 이해하는 것처럼 보인다. Working Group, "International Transfer of Cultural Objects: UNESCO Convention of 1970 and Unidroit Convention of 1995"(Report of the Working Group)(Federal Office of Culture, 1999), p. 10 ("The UNESCO Convention of 1970 is not self-executing.") 및 O'Keefe, 전제서, p. 107 ("The United States understands the provisions of the Convention to be neither self-executing nor retroactive.") 각 참조. 후자는 미국이 유네스코에 협약의 수락서를 기탁하면서 첨부한 6개의 양해 중 하나이다.

20) République fédérale du Nigéria c/ Alain de Montbrison. 파리항소법원 판결은 2004. 4. 5.에

그러나 협약 문언의 불명확성으로 인하여 같은 문언에 대한 서로 다른 해석이 가능하고,<sup>21)</sup> 협약으로부터 광범위한 입법재량권을 부여 받은 당사국들이 실제로 그것을 행사하였기 때문에,<sup>22)</sup> 일부 당사국들만이 제정한 이행법률은 그마저도 서로 다른 형태로 귀결될 수밖에 없었다.<sup>23)</sup>

우리 문화재보호법에서 협약을 국내적으로 이행하기 위한 조치로 이해할 수 있는 조항에는 다음이 있다.<sup>24)</sup> 첫째, 외국문화재의 보호(불법반출 문화재의 유치 포함)에 관한 문화재보호법 제20조(1983. 7. 1. 문화재보호법 전부개정시 제78조로 신설)이다. 이는 소관 행정청 변경<sup>25)</sup>과 일부 자구 수정에 따른 개정과 2007. 4. 11. 전부개정시 제97조로 이동이 있는 외에는 최초의 형태를 거의 동일하게 유지하고 있는데,<sup>26)</sup> 불법반출 문화재의 취득 방지를 위한 조치에 관한 협약 제7조 (a)항, 불법반출 문화재의 회수 및 반환을 위한 조치에 관한 협약 제7조 (b)항 등을 국내적으로 이행하기 위한 것으로 이해할 수 있다. 둘째, 국보, 보물, 천연기념물, 국가민속문화재의 수출 또는 반출의 경우 문화재청장의 허가를

---

있었고(사건번호 n° 2002/09897, JurisData n° 2004-238340), 파기원은 2006. 9. 20. 이를 같은 취지로 확정하였다(사건번호 n° 04-15.599, JurisData n° 2006-034988). Marie Cornu, Marc-André Renold, "New Developments in the Restitution of Cultural Property: Alternative Means of Dispute Resolution", *International Journal of Cultural Property*, Vol. 17 (2010), p. 2; Robert Peters, "Complementary and Alternative Mechanisms beyond Restitution: An Interest-oriented Approach to Resolving International Cultural Heritage Disputes", Doctoral Thesis of the European University Institute (2011), p. 90 참조. 다만, 프랑스 법원은 협약의 개별조항이 아니라 협약 전체를 단일한 대상으로 삼아 비자기집행성을 판단하였다.

- 21) 협약은 1970년 채택 당시에는 '혁명적'(revolutionary)이라는 평가를 받았으나, 이는 동시에 타협의 산물이었기에 '투박함'(clumsiness)을 보이는 문언이 적지 않았고, 이에 따라 여러 해석의 가능성이 제시되었다. Lyndel V. Prott, "Strengths and Weaknesses of the 1970 Convention: An Evaluation - 40 years after its adoption"(Background Paper, Second Edition), Second Meeting of States Parties to the 1970 Convention (Paris, UNESCO Headquarters, 20-21 June 2012), p. 4.
- 22) 협약은 당사국들에 신축적이고 유연한 의무만을 부과함으로써 당사국들이 국내이행에서 각국의 상황, 국내법상 제한 등을 고려하여 협약 규정을 조정할 수 있도록 한다. 당사국들은 경우에 따라 협약상 의무의 일부를 배제하거나 협약의 물적 적용범위를 제한할 수도 있다. 유네스코한국위원회, 전개보고서, 15-16면 및 스위스의 예에 관한 Working Group, 전개보고서, pp. 15-18 참조.
- 23) 미국(1983년), 캐나다(1985년, 협약에 따른 반출입규제는 가입 전인 1978년 제정), 호주(1986년, 협약 가입은 1989년), 일본(2002년), 스위스(2005년), 독일(2007년), 네덜란드(2009년) 등이 별도의 이행법률을 제정하거나 기존의 법률을 개정하는 방식으로 국내적 이행을 위한 입법을 하였다. 이탈리아, 영국은 별도의 이행법률 없이 협약의 이행이 가능하다는 입장이었다. 이탈리아에 관하여는 Peters, 전개논문, p. 90, 영국에 관하여는 O'Keefe, 전개서, p. 138 참조.
- 24) 상세는 본고의 [첨부2] 참조. 우리나라가 협약 당사국 지위를 취득하기 전에 우리 문화재보호법에 있던 조항도 경우에 따라서는 협약의 국내적 이행에 기여하는 것으로 이해할 수 있다.
- 25) 소관 행정청은 문화공보부장관 → 문화부장관 → 문화체육부장관 → 문화관광부장관 → 문화재청장으로 변경되었다.
- 26) 외국문화재를 국내에 반입(수입 포함)하고자 하는 자는 그 문화재의 반출국에서 적법하게 반출되었음을 증명하는 서류를 첨부하여 문화부장관에게 신고하여야 한다고 규정하였던 제78조 제2항이 "비효율적인 각종 행정규제를 폐지 또는 정비"한다는 명목으로 1999. 1. 29. 개정시 삭제되었을 뿐이다. 문화재보호법(법률 제5719호, 1999. 1. 29. 일부개정, 1999. 7. 1. 시행) 개정이유 참조. 이는 Keun Gwan Lee, "An Overview of the Implementation of the 1970 Convention in Asia"(Report), Second Meeting of States Parties to the 1970 Convention (Paris, UNESCO Headquarters, 20-21 June 2012), p. 12에도 언급되어 있다. 현행 문화재보호법 제20조에 개선이 필요한 사항에 관하여는 석광현, "국제적 불법거래로부터 문화재를 보호하기 위한 우리 국제사법(國際私法)과 문화재보호법의 역할 및 개선방안", 서울대학교 법학 제56권 제3호(2015. 9.), 153-160면 참조.

반도록 하고 반출허가신청을 하도록 하는 문화재보호법 제39조(1970. 8. 10.<sup>27)</sup> 개정시 제20조의<sup>28)</sup>로 신설)와 지정·등록되지 않은 일반동산문화재의 수출 또는 반출의 경우 문화재청장의 허가를 반도록 하는 제60조(1970. 8. 10. 개정시 제41조의<sup>329)</sup>로 신설)는 반출증명에 관한 협약 제6조와 원칙적으로 반출 불가한 문화재를 분류·선언할 당사국의 권리에 관한 협약 제13조 (d)항을 국내적으로 이행하는 것이다. 물론 협약이 요구하는 반출증명서제도를 도입하지 않고 문화재청장의 반출허가로 대체하는 것이 협약의 충실한 이행이라고 평가할 수는 없다.<sup>30)</sup> 셋째, 도난 또는 불법반출 문화재에 대하여 민법상 선의취득 규정의 적용을 배제하는 문화재보호법 제87조 제5항(2007. 4. 11. 전부개정시 제99조 제4항으로 신설)도 협약의 국내적 이행을 위한 것으로 이해할 수 있다.<sup>31)</sup> 넷째, 무허가 수출 등에 대한 형벌규정인 문화재보호법 제90조는 협약 위반에 대하여 형벌 또는 행정제재를 부과할 의무를 규정하는 협약 제8조와 제10조 (a)항을 국내적으로 이행하는 것이다. 다섯째, 국외소재문화재재단의 설립과 소요경비의 문화재보호기금에서의 출연·보조는 국가기관의 설립에 관한 협약 제5조와 예산확보 및 기금설치에 관한 협약 제14조를 국내적으로 이행하기 위한 것이다.

### III. 이행입법에 대한 국제사법적 분석

#### 1. 국제재판관할

협약 제7조 (b)항 (ii)호 제3문은 기원당사국<sup>32)</sup>의 불법반출 문화재 회수 및 반환 요청은 외교경로에 의할 것을 요구하고, 협약 제13조 (c)항은 각 당사국이 적법한 소유자 또는 그 대리인이 제기하는 유실 또는 도난된 문화재의 회복을 위한 소송을 각국 법률에 따라 인정할 것을 요구한다. 전자는 국가가 제기하는 요청이므로 외교경로에 의하고, 후자는 사인이 제기하는 청구이므로 소송에 의하는 것이다. 협약 제13조 (d)항은 각 당사국이 특정한 문화재를 양도 불가능하고 사실상 반출 불가능한 것으로 분류·선언할 수 있는 권리를

27) 일정한 문화재에 대한 수출허가제도와 그에 대한 형벌규정은 1962. 1. 10. 문화재보호법 제정시부터 있었으나, 현재와 유사한 형태의 규정이 최초로 신설된 시점이 1970. 8. 10.이라는 것이다. 후술하는 일반동산문화재의 경우도 같다.

28) 당시 조문은 다음과 같다: 제20조의2(수출등의 금지) ① 국보, 보물이나 중요민속자료는 국외로 수출 또는 반출하지 못한다. 다만, 문화재의 해외전시등 문화의 국제적 교류를 목적으로 반출하고 그 반출한 날로부터 2년 이내에 다시 반입하는 것으로 하여 문화공보부장관의 허가를 받은 때에는 그러하지 아니한다.

② 문화공보부장관은 전항 단서의 규정에 의하여 문화재의 국외반출을 허가하거나 부득이한 사유로 그 반입기간을 연기하고자 할 때에는 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.

29) 당시 조문은 다음과 같다: 제41조의3(수출등의 금지) 지정되지 아니한 문화재중 동산에 속하는 문화재에 대하여는 제20조의2 및 제21조의 규정을 준용한다.

30) 같은 견해로 석광현, 전계논문, 162면.

31) 서헌제/박찬호, 도난·불법반출 문화재에 관한 법적 연구: 1970년 UNESCO 협약, 1995년 UNIDROIT 협약 및 주요계약국의 이행법을 중심으로(비교법제연구 07-06)(한국법제연구원, 2007), 185-186면 참조.

32) 외교부 공식번역은 “the State Party of origin”을 “출처당사국”으로 번역하고 있다. 이를 ‘기원국인 당사국’이라고 번역할 수도 있으나, 이하에서는 ‘기원당사국’이라는 용어를 사용하기로 한다. 다만, 이는 도난 또는 불법반출 문화재의 반환에 관한 국제사법상 논의에서 사용하는 ‘기원국’과는 다른 의미이다. 석광현, 전계논문, 120면, 주7 참조.

인정하고, 그와 같은 문화재가 반출된 경우 각 당사국은 그 회복을 용이하게 할 것을 요구하는데, 미국은 이 경우 요청국은 협약 제13조 (c)항에 규정된 대로 소송이라는 수단에 의하여 문화재 회복을 요청하여야 하고, 요청국은 피요청국법에 따라 필요한 증거를 제출하여야 한다고 이해한다.<sup>33)</sup>

기원당사국의 반환청구의 국제재판관할에 관하여 규정하고 있는 모범적인 예로 스위스의 협약 이행법률인 「문화재의 국제적 양도에 관한 연방법률」(Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels, 이하 “문화재양도법”)이 있다.<sup>34)</sup> 즉, 스위스 국제사법 제98조의2는 문화재양도법 제9조에 따른 반환청구는 피고 주소지 또는 본거지 법원이거나 문화재 소재지 법원에 제기되어야 한다고 규정한다. 이는 동산의 물건에 관한 소에 있어서 피고의 주소지나 본거지 또는 물건의 소재지 법원에 관할을 인정하였던 스위스 구 민사소송법의 토지관할규칙을 국제재판관할의 맥락에서도 동일하게 규정한 것이고,<sup>35)</sup> 동산의 물건에 관한 소에 있어서 피고의 주소지, 피고의 상거소지, 물건의 소재지 법원에 단계적으로 국제재판관할을 인정하는 스위스 국제사법 제98조에 대한 특칙이다.<sup>36)</sup> 유니드로와 협약 제8조 제1항은 불법반출 문화재 반환청구는 체약국에서 시행 중인 법규에 따라 관할권을 가지는 법원 이외에도 문화재가 소재한 체약국의 법원에 제기할 수 있다고 규정하는데, 이와 같은 유니드로와 협약의 정신이 문화재양도법에 의하여 신설된 스위스 국제사법 제98조의2에 반영되었다고 볼 수 있다.<sup>37)</sup>

## 2. 반환청구권자의 범위

협약 제7조 (b)항 (ii)호 제1문은 기원당사국만을 불법반출 문화재의 반환을 청구(또는 요

33) 그러나 미국은 기존의 소송절차에만 의지하고 있을 뿐 협약 제13조 (c)항과 (d)항에 따른 특별한 조치를 취하지는 않았다. O’Keefe, 전거서, p. 109. 미국은 협약의 수락서를 기탁하면서 “미국은 제13조 (d)항이 협약이 발효한 후의 기원국으로부터 반출된 물건에 적용되는 것이고, 그 문언을 성안한 특별위원회(Special Committee of Governmental Experts)의 의장이 진술하였고 동 위원회의 보고서 제28문단을 통하여 보고되었듯이 제13조 (d)항에 따른 문화재 회복수단은 제13조 (c)항에 언급된 소송이고, 그 소송은 청구를 받은 국가의 법에 의하여 규율되므로 그 요청을 하는 국가는 필요한 증거를 제출하여야 한다는 것으로 이해한다”라는 양해를 첨부하였다. O’Keefe, 전거서, p. 107. 요청국이 피요청국법에 따라 필요한 증거를 제출하여야 한다는 기술은 협약 제7조 (b)항 (ii)호 제4문에 기초한 것으로 볼 수 있다.

34) 상세는 이종혁, “스위스의 문화재양도법(LTBC): 주요내용과 국제사법적 함의를 중심으로”, 국제사법연구 제23권 제1호(2017. 6.), 92면 이하 참조.

35) Pierre Gabus et Marc-André Renold, *Commentaire LTBC* (Schulthess, 2006), Article 32, [52]. 이하에서는 위 주석서를 “Gabus/Renold, 조문번호, [옆번호]”의 방식으로 인용하기로 한다.

36) Gabus/Renold, Article 32, [51].

37) 이 규정은 국제재판관할규칙으로서의 성질을 가짐과 동시에, 스위스 내에 있는 동종의 국내법원들 중에서 원칙적으로 어느 법원에 관할을 인정할 것인가를 규율하고 있으므로 토지관할규칙으로서의 성질도 가진다. Gabus/Renold, Article 32, [53]. 한편 사물관할과 관련하여, 스위스의 입법자는 민사법원의 재판관할권 행사를 전제하고 있는 국제사법상 국제재판관할규칙에 문화재양도법 제9조에 따른 반환청구의 관할에 관한 규정을 신설함으로써, 그 청구는 행정법원이 아니라 민사법원에 제기되어야 함을 명시하였는데, 이론적으로는 문화재양도법 제9조에 따른 반환청구권은 동법에 의하여 비로소 창설되므로 문화행정법의 영역에 속하는 공법상 청구권이라는 반대견해가 있음에도 불구하고, 소송경제 등 실무상 이점을 고려하여 논란을 입법적으로 해결한 것이다. Gabus/Renold, Article 32, [54]; Pius Fisch, Kommentar zu Art. 98a IPRG, in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Anton K. Schnyder und Stephan V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Auflage (Helbing Lichtenhahn, 2013), NN. 3-4 참조.

청)할 수 있는 당사자로 명시하고 있다. 기원당사국이 다른 당사국에 소재하고 있는 문화재에 대하여 자국 기원임을 이유로 반환을 청구하기 위하여는 해당 문화재와 기원당사국 간에 법적 연관성(legal link)이 존재하여야 하고, 소유권의 존재는 그것의 가장 명확한 징표이다.<sup>38)</sup> 그런데 경우에 따라서는 반환청구를 하는 기원당사국의 국내법 조항이 국가소유를 명확히 규정하고 있지 않은 탓에 불필요하게 많은 시간, 비용, 노력이 투입되거나 결국 반환청구가 인정되지 않기도 한다.<sup>39)</sup> 이와 같은 문제는 위법하게 도굴되어 반출되었거나, 적법하게 발굴되었으나 등록 전에 반출된 고고학적 유물과 같이 아직 목록화가 행하여지지 않은 매장문화재의 경우에 현저하다. 이를 해결하기 위하여 유네스코의 불법이전 문화재 반환 촉진 정부간위원회(Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation)와 UNIDROIT는 2011년 「매장문화재의 국유에 관한 모델법률조항」(Model Provisions on State Ownership of Undiscovered Cultural Objects)을 채택하였다.<sup>40)</sup>

유네스코협약은 기원당사국의 반환요청만을 규정하고 개인의 반환청구권을 규정하지 않으므로 유니드로와협약과 달리 개인의 권리를 인정하지 않는다고 이해된다.<sup>41)</sup> 그런데 흥미롭게도 네덜란드는 협약의 이행법률인 유네스코협약이행법(1970 UNESCO Convention on the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (Implementation) Act)<sup>42)</sup>에서, 네덜란드의 반입규제를 위반하여 네덜란드로 반입된 문화재에 대하여 기원당사국뿐만 아니라 해당 문화재에 대하여 정당한 권리를 가진 사인도 네덜란드 법원에 반환청구의 소를 제기할 수 있다고 규정한다.<sup>43)</sup> 이는 유네스코협약 제13조 (c)항을 국내적으로 이행하는 것이라고 볼 수도 있다.

### 3. 외국 반출규제의 승인 - 외국공법 부적용 원칙의 극복

협약 제7조 (a)항은 반출규제의 측면에서 각 당사국에 대하여 자국 영토 내의 박물관 또는 유사기관이 다른 당사국으로부터 기원하여 불법적으로 반출된 문화재의 취득을 방지하도록 국내입법에 따라 필요한 조치를 취할 의무를 부과하고,<sup>44)</sup> 협약 제7조 (b)항 (i)호

38) Prott, 전계발표문, p. 4.

39) Prott, 전계발표문, p. 4. 기원국의 국유조항의 해석이 문제되어 반환청구가 인용되거나 기각된 예들의 상세는 이종혁, “매장문화재 국유에 관한 UNESCO-UNIDROIT 모델법률조항: 국제사법적 합의와 우리 법제에의 시사점을 중심으로”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 420-422면 참조.

40) 모델법률조항의 개별조항에 관한 상세는 이종혁, 전계논문(주33), 428면 이하 참조.

41) John B. Gordon, “The UNESCO Convention on the Illicit Movement of Art Treasures”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 12, No. 3 (1971), p. 550; Lyndel V. Prott, “UNESCO and UNIDROIT: A Partnership against Trafficking an Cultural Objects”, *Uniform Law Review*, Vol. 1, No. 1 (1996), p. 62; Jennifer Sultan, “Combating the Illicit Art Trade in the European Union: Europol’s Role in Recovering Stolen Artwork”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 18, No. 3 (1998), p. 775; 석광현, 전계논문, 163면.

42) 상세는 Wantuch-Thole, 전게서, p. 203 et seq. 참조.

43) 네덜란드 유네스코협약이행법 제4조. Wantuch-Thole, 전게서, p. 205 참조.

44) 그러나 미국은 협약의 수락서를 기탁하면서 “미국은 협약 제7조 (a)항이 기존 국내입법 아래에서 국내규제에 따른 취득방침을 가지고 있는 기관에 적용되는 것이고, 기타 기관에 대한 국내규제를 창설

는 반입규제의 측면에서 각 당사국에 대하여 다른 당사국의 박물관이나 종교적 또는 세속적 공공기념관 또는 유사기관으로부터 도난된 문화재가 그 기관의 물품목록에 소속됨이 문서로 기록되어 있는 경우 그 반입을 금지할 의무를 부과하고 있다. 또한 협약 제7조 (b)항 (ii)호는 기원당사국에서 불법반출 후 당사국에 반입된 문화재의 회수와 반환을 위한 적절한 조치를 취할 의무를 부과하고 있다.<sup>45)</sup> 이들 의무는 협약의 중핵에 해당하는데, 이를 통하여 각국의 국내법상 반출규제에 국제적 효력(international effect)을 부여하는 형식을 취하고 있다.<sup>46)</sup> 협약 제7조 (b)항 (i)호는 협약 제7조 (a)항과 달리 목록화를 요건으로 하므로 반입규제의 대상인 문화재가 반출규제의 대상인 문화재보다 범위가 좁다. 협약 제8조는 협약 제7조 (a)항은 언급함이 없이 협약 제7조 (b)항을 위반한 자에게는 형벌과 행정제재를 부과하여야 한다고 규정한다.

협약 제7조 (a)항에 규정되어 있듯이 각 당사국은 기원당사국으로부터 불법반출된 문화재를 반입하지 않을 의무가 있다. 한 국가의 반출규제가 그 자체로 곧바로 다른 국가에서 강제력을 가지는 것은 아니나,<sup>47)</sup> 협약의 대다수 당사국은 다른 당사국의 문화재 반출규제에 대하여 자동적인 상호주의적 승인(automatic reciprocal recognition)을 부여하고 있다고 평가된다.<sup>48)</sup> 그런데 협약은 반입이 금지되는 불법반출 문화재의 범위에 관하여 규정하고 있지 않으므로, 이는 각 당사국이 이행법률에 명시할 필요가 있고, 이때 협약 제1조가 요구하고 있는 ‘각국에 의한 특별한 지정’(specific designation by each State)의 의미를 각국이 어떻게 이해하고 있는지를 검토해볼 필요가 있다. 이에 관한 이행법률의 입법례는 다음과 같은 다섯 가지 유형으로 분류할 수 있다.<sup>49)</sup>

첫째, 협약 당사국 여부를 불문하고 모든 불법반출 문화재를 반입금지의 대상으로 규정한 법제이다. 호주<sup>50)</sup>와 벨기에<sup>51)</sup>가 그에 해당한다. 둘째, 기원당사국과 체결한 양자조약에

---

하기 위한 신규입법을 요구하지 않는 것으로 이해한다”라는 양해를 첨부하였다. O’Keefe, 전게서, p. 107.

45) 미국은 협약의 수락서를 기탁하면서 “미국은 협약 제7조 (b)항이 보상의 지급 없이 정당한 소유자에게 도난 문화재를 반환하기 위하여 당사국들의 법률에 따라 허용되는 기타 민사상 또는 형사상 구제 수단에 영향을 미치지 않는 것으로 이해한다. 또한 미국은 미국 기관에 대하여 동일한 조치를 취하는 당사국들을 위하여, 미국 헌법에 의하여 요구되는 범위까지는 제외하고, 보상의 지급 없이 도난 문화재를 반환하기 위하여 협약 제7조 (b)항 (ii)호에 규정된 추가적 조치를 취할 준비가 되어 있다”라는 양해를 첨부하였다. O’Keefe, 전게서, p. 107. 미국은 반입금지의무가 제7조(b)(i)에 규정된 박물관 또는 유사기관으로부터 도난된 물건에만 적용된다고 보았는데, 미국법상으로는 도난 문화재의 선의의 매수인이 진정한 소유자를 배제하고 정당한 권리를 가지지 못하는 경우가 있기 때문에, 보상의 지급에 관한 규정이 문제라고 보았다. O’Keefe, 전게서, pp. 108-109.

46) Kurt G. Siehr, “Globalization and National Culture: Recent Trends Toward a Liberal Exchange of Cultural Objects”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 38 (2005), p. 1077.

47) Maria P. Kouroupas, “Combatting Cultural Property Looting and Trafficking: The U.S. Experience”, *Uniform Law Review*, Vol. 20 (2015), p. 530 참조.

48) Gerstenblith, 전게논문, p. 10.

49) Gerstenblith, 전게논문, pp. 2-26; Peters, 전게논문, p. 86 등에 기초하여 필자가 유형화한 것이다.

50) 호주는 1989년 협약에 가입하였는데, 그에 앞선 1986년 이행법률로서 「동산문화유산보호법」(The Protection of Movable Cultural Heritage Act)을 제정하였다. 호주의 반입규제는 문화재의 기원국이 협약의 당사국인지 여부를 불문하고 모든 불법반출 문화재에 적용된다. 동법 제14조 제1항 (b)호는 “외국의 문화재관련법”이라고만 규정하고 있을 뿐이다. 동법 제14조 제1항의 규정은 다음과 같다(밑줄은 필자가 추가): “Where: (a) a protected object of a foreign country has been exported from that country; (b) the export was prohibited by a law of that country

명시된 범위의 문화재만을 반입금지의 대상으로 하는 법제이다. 미국과 스위스가 그에 해당한다. 셋째, 기원당사국이 중요성을 인정하여 목록화한 범위의 문화재를 반입금지의 대상으로 하는 법제이다. 한국과 일본이 그에 해당한다.<sup>52)</sup> 넷째, 일정한 시점을 특정하여 그 시점 이전에 제작된 문화재를 반출규제의 대상으로 하는 법제이다. 이스라엘(기원전 1700년), 사이프러스(1850년), 브루나이(1894년), 나이지리아(1918년)가 그에 해당한다. 다섯째, 문화재가 제작된 시점부터 현재까지 경과한 기간을 기준으로 일정한 기간이 초과한 문화재를 반출규제의 대상으로 하는 법제이다. 쿠웨이트(40년), 인도네시아(50년), 아이슬란드(100년), 벨리즈(150년), 예멘(500년)이 그에 해당한다.

위와 같은 협약의 태도는 외국공법 부적용의 원칙, 즉 국제사법에 의하여 지정되는 외국법은 사법(私法)에 한정되고 공법은 제외된다는 전통적인 국제사법 원칙을 극복한 것으로 이해된다. 종래 위 원칙에 대하여 많은 의문이 제기되었고,<sup>53)</sup> 문화재 기원국의 반출규제 적용과 관련하여 특히 의문이 제기되기도 하였다.<sup>54)</sup> 그리하여 오늘날에는 외국공법 부적용의 원칙이 여전히 타당한 것은 아니고, 특히 우리 국제사법(제6조)과 스위스 국제사법(제13조)은 이를 명시적으로 극복하였다.<sup>55)</sup> 다만, 국제사법의 맥락에서 외국공법의 적용이라는 것은 외국공법에 근거한 사법적 규정의 적용 또는 사인들 간의 법률관계에 미치는 반사적 효력 내지 사법적(私法的) 2차 제재(Sekundärsanktion)를 말하는 것이고,<sup>56)</sup> 이와 같은 파급효과가 없는 순수한 공법상 규제의 역외적용을 말하는 것은 아니다.

---

relating to cultural property; and (c) the object is imported; the object is liable to forfeiture.”

- 51) Kurt Siehr, “Model Laws for Implementing International Conventions: The Implementation of the 1970 UNESCO Convention on Cultural Property”, Michael Joachim Bonell, Marie-Louise Holle and Peter Arnt Nielsen (eds.), *Liber Amicorum Ole Lando* (Djof Forlag, 2012), p. 356은 벨기에 국제사법 제90조에 근거하여 위와 같이 설명한다.
- 52) 독일은 2016년 제정한 문화재보호법(Gesetz zum Schutz von Kulturgut, Kulturgutschutzgesetz, KGSG) 이전의 문화재반환법(Kulturgüterückgabegesetz, KultGüRückG)(제6조 제2항)에서 기원당사국이 중요성을 인정하여 목록화한 범위의 문화재에 대하여, 당사국에서 그 목록에 불합리한 장애 없이 접근할 수 있을 것을 조건으로 반입금지의 대상으로 하였다. 한편 2016년 문화재보호법(제30조)에 따르면, 다른 국가의 문화재를 독일로 반입하고자 하는 자는 문화재의 기원당사국으로부터 적법한 반출허가를 받았음을 증명하는 서류를 제출하거나 문화재의 반출이 가능함을 확인할 수 있는 서류를 제출하여야 한다. 송호영, 1970년 UNESCO협약(문화재 불법거래 방지협약)의 이행을 위한 독일 문화재보호법(KGSG) 연구(글로벌법제전략연구 19-17-⑨)(한국법제연구원, 2019), 61면.
- 53) 대표적으로 Institut de Droit International이 1975년 비스바덴에서 채택한 ‘외국공법의 적용에 관한 결의’(Resolution on the Application of Foreign Public Law)와 International Law Association이 1988년 바르샤바에서 채택한 ‘외국공법의 초국가적 승인 및 집행에 관한 결의’(Resolution on the Transnational Recognition and Enforcement of Foreign Public Laws)가 있다. Mara Wantuch-Thole, *Cultural Property in Cross-Border Litigation: Turning Rights into Claims* (De Gruyter, 2015), pp. 272-275 참조.
- 54) Institut de Droit International가 1991년 바젤에서 채택한 ‘문화유산 보호의 관점에서 예술품 국제매매에 관한 결의’(Resolution on the International Sale of Works of Art from the Angle of the Protection of the Cultural Heritage) 제3조는 기원국의 예술품 반출규제가 적용되어야 한다고 규정한다. 위 결의에 대한 간략한 소개와 평가는 Wantuch-Thole, 전거서, p. 274 참조.
- 55) 석광현, *국제사법 해설*(박영사, 2013), 137면 내지 139면.
- 56) 석광현, 전거서, 139면; 석광현, “외환허가를 받지 아니한 국제보증과 관련한 국제사법상의 문제점”, *국제사법과 국제소송 제1권*(박영사, 2001), 33면.

#### 4. 국제적 강행법규의 적용

외국의 문화재 반출규제나 문화재 국유조항 등을 국제적 강행법규로 이해할 수도 있다.<sup>57)</sup> 독일 연방대법원의 1972년 판결은 나이지리아 문화재가 나이지리아 반출규제를 위반하여 독일로 해상운송 중에 알 수 없는 이유로 멸실됨에 따라 보험자가 보험계약에 따라 지급한 보험금을 운송인에게 청구한 사안에서, 협약의 정신을 언급하면서 기원국인 나이지리아의 반출규제를 위반한 보험계약은 사법상(私法上) 보호를 받을 수 없으므로 공서에 반하여 무효라고 판시하였다.<sup>58)</sup>

국제적 강행법규란 사인들 상호간의 이익의 조정에 봉사하기보다는 사회적·경제적·정치적 정책목적의 실현이라는 본질적 공익에 봉사하는 법규로서,<sup>59)</sup> ① 사법법규상의 국제적 강행규정<sup>60)</sup>과 ② 공법법규상의 국제적 강행규정<sup>61)</sup>으로 구분할 수 있고, 이들은 사법상 법률관계에 영향을 미치는 것이어야 한다. 위 ②는 공법에 근거하여 사법적 규정이 적용되고 사인들 간의 법률관계에 반사적 효력(Reflexwirkung)이 발생한다는 점에서 중요한 의미가 있다.<sup>62)</sup> 사법상 법률관계에 영향을 미치지 않고 그 위반행위에 대하여 행정제재나 형사처벌이 가하여질 뿐인 순수한 공법적 규제는 위 ②와 구별하여야 하는데, 이는 국제사법의 문제가 아니라 국제행정법(또는 섭외공법)(internationales öffentliches Recht)<sup>63)</sup>의 문제이다. 국제적 강행법규는 통상의 저촉규범과 달리 법규로부터 출발하여 스스로 그 적용범위를 결정하는 편면적(또는 일방적) 저촉규범의 방법론을 취한다.<sup>64)</sup> 법정지의 국제적 강행법규의 적용근거는 일의적으로 설명할 수 없고 다양한 견해가 제시되고 있다.<sup>65)</sup>

#### 5. 소재지법주의의 극복

예외조항 또는 공서조항의 적용을 통하여 소재지법주의의 한계를 극복할 여지가 있다.<sup>66)</sup> 일례로 Winkworth 사건에서 영국 법원은 소재지법주의에 따라 이탈리아법에 의하

57) 우리 국제사법 제7조 참조.

58) 독일 연방대법원 1972. 6. 22.자 판결(BGHZ 59, 14). Peters, 전제논문, p. 92; CECOJI-CNRS/UMR 6224, "Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods in the European Union" (Contract No. Home/2009/ISEC/PR/019-A2, Final Report)(October 2011), p. 67.

59) 석광현, 국제사법 해설(박영사, 2013), 141면; Trevor C. Hartley, "Beyond the Proper Law: Mandatory Rules under Draft Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *European Law Review*, Vol. 4 (1979), p. 238.

60) 이를 특별사법(Sonderprivatrecht)이라고도 한다. 특별사법은 소비자, 근로자 및 주택임차인과 같은 사회경제적 약자의 보호를 목적으로 하는 것이다. 석광현, "국제계약의 준거법에 관한 몇 가지 논점", 국제사법과 국제소송 제1권(박영사, 2001), 11면, 주26.

61) 이에 해당하는 예로는 노동관계법, 소비자보호법, 공정거래법, 제조물책임법, 대외무역법, 외국환거래법, 문화재보호법 등을 들 수 있다.

62) 석광현, 전제서, 139면; 석광현, 전제논문(주60), 12면.

63) 이호정, 국제사법(경문사, 1981), 29면, 287면은 이를 "공법관계에 대한 국제적 저촉법, 즉 공법관계에 관하여 어느 국가의 공법을 적용할 것인가를 규율하는 저촉법"으로 정의하고, '국제적 공법'이라는 용어를 사용한다.

64) 이호정, 전제서, 281면; 석광현, 전제서, 147면 내지 148면; Basedow, 전제서, p. 48.

65) 공서의 적극적 기능(또는 적극적 공서), 공법의 속지주의 또는 강행법규의 특별연결이론으로 설명하는 것이 일반적이다. 간략한 언급은 석광현, 전제서, 148면 참조. 위에서 언급한 독일 판결은 공서의 적극적 기능에 입각한 것으로 보인다. Peters, 전제논문, p. 92.

여 선의취득을 인정하는 것을 회피하기 위하여 절취가 행하여진 곳의 법인 영국법을 예외적으로 적용하는 것을 실제로 고려하였으나, 이탈리아법이 영국법보다 더 밀접한 관련이 있음을 이유로 결국 이탈리아법을 적용하였다.<sup>67)</sup> 소재지법을 적용한 결과가 법정지의 공서에 반한다면 그 적용을 배제할 여지도 있다.

벨기에 국제사법 제90조는 기원국법주의를 명문화하고 있다. 즉, 기원국이 자국의 문화유산에 속한다고 판단하는 문화재가 기원국으로부터 불법반출된 경우 기원국의 반환청구는 불법반출시 기원국법에 의하여 규율되고, 기원국의 선택에 따라 반환청구시 소재지법에 의할 수 있는데, 다만 기원국법이 선의취득자에게 아무런 보호를 부여하고 있지 않은 경우 선의취득자는 반환청구시 소재지법에 따라 그에게 부여되는 보호를 청구할 수 있다는 것이다.<sup>68)</sup> 이 규정은 양면적 저촉규범의 형식을 취하고 있다. 벨기에는 위 조항을 신설한 후에 협약에 가입하였으나, 위 조항은 이행입법의 일종으로 평가된다.<sup>69)</sup>

독일 문화재보호법은 제5장과 제6장에서 외국의 문화재반환청구와 독일의 문화재반환청구에 관하여 규정하고 있는데, 전자에 속하는 제54조 제1항은 문화재보호법에 따라 다른 당사국으로 반환된 문화재의 소유권자는 그 당사국의 실질법에 의하여 결정된다고 규정하고,<sup>70)</sup> 후자에 속하는 제72조는 독일에서 불법적으로 반출되어 반환된 문화재의 소유권자는 독일의 실질법에 의하여 결정된다고 규정하고 있다. 이들 특별저촉규정에 의하여 소급적으로 기원국법이 준거법으로 적용되게 된다.<sup>71)</sup>

## 6. 국제적 공조

### 가. 잠정조치와 미국의 양자조약 모델

협약 제9조는 어느 당사국의 문화유산이 고고학적 또는 인종학적(ethnological) 문화재의 약탈(pillage)로 인하여 위험에 처할 경우 다른 당사국은 필요한 조치를 결정하고 수행하기 위한 국제적 노력에 참가하여야 한다고 규정하고, 그와 같은 국제적 노력이 합의될 때까지 당사국은 요청국의 문화유산에 대한 회복할 수 없는 손상을 방지하기 위하여 실행 가능한 한도에서 잠정조치를 취하여야 한다고 규정한다. 이 조항은 당사국에 고고학적 또는 인종학적 문화재의 반출 또는 반입을 제한할 의무를 부과하는 것이 아니라, 문화유산에 대한 위험이 있는 특별한 상황에서 국제적 공동 노력에 참가할 의무를 부과하는 것이다.<sup>72)</sup>

미국이 협약 제7조 (b)항과 제9조를 국내적으로 이행하기 위하여 제정한 「문화재협약이

66) 전자는 우리 국제사법 제8조, 후자는 우리 국제사법 제10조 참조.

67) CECOJI-CNRS/UMR 6224, 전계보고서, p. 67.

68) 조문과 간단한 해설은 *Yearbook of Private International Law*, Vol. 6 (2004), p. 354, p. 158 참조.

69) Siehr, 전계논문, p. 356.

70) 독일 문화재보호법 제54조 제1항은 협약의 다른 당사국뿐만 아니라 유럽연합의 다른 회원국도 함께 언급하고 있다.

71) 상세는 Abbo Junder, *Internationales Privatrecht*, 3. Auflage (C.H.Beck, 2019), §17, Rns. 38-41 참조.

72) 석광현, 전계논문, 164면.

행법」(Convention on Cultural Property Implementation Act of 1983)은 대통령이 일정한 유형의<sup>73)</sup> 고고학적 또는 인종학적 문화재에 대하여 반입금지조치를 할 수 있도록 하되, 이는 다른 당사국과의 양자조약에 의함이 원칙이고,<sup>74)</sup> 예외적으로 긴급한 사정(emergency condition)이 있으면 상원의 조약 비준 없이 반입금지조치를 할 수 있도록 한다.<sup>75)</sup> 협약은 제15조에서 협약이 쌍방 당사국에서 발효되기 전에 기원당사국으로부터 이전된 문화재의 반환에 관하여 당사국들이 양자조약을 체결하거나 이미 체결된 양자조약을 계속 시행하는 것을 허용하면서 양자조약을 언급하고 있을 뿐인데,<sup>76)</sup> 미국은 협약이 당사국들에 대하여 예정하고 있지 않았던 부담인 양자조약 모델을 협약 제9조의 이행을 위하여 도입한 것이다.<sup>77)</sup> 현재 미국이 양자조약을 체결한 국가는 벨리즈, 볼리비아, 불가리아, 캄보디아, 중국, 콜롬비아, 사이프러스, 이집트, 엘살바도르, 그리스, 과테말라, 온두라스, 이탈리아, 리비아, 말리, 니카라과, 페루의 17개국이고, 긴급 반입금지조치는 이라크, 시리아의 고고학적·인종학적 문화재에 대하여 행하여진 사실이 있다.<sup>78)</sup>

## 나. 양자조약 모델의 확대

미국의 양자조약 모델을 도입한 국가로 스위스가 있다. 스위스의 양자조약 모델은 미국과 달리 협약 제3조의 국내적 이행을 위한 것이다. 따라서 고고학적 또는 인종학적 문화재에 국한하지 않고 모든 종류의 문화재를 대상으로 한다. 다만, 스위스의 이행법률은 동법의 적용대상인 문화재를 ① 종교적 또는 세속적 이유로 고고학, 선사학, 역사학, 문학, 예술 또는 과학의 관점에서 중요성이 있고, ② 유네스코협약 제1조에 규정된 범주에 해당하는 물건이라고 정의함으로써, 당사국에 의한 ‘특별한 지정’은 제외하면서도 중요성 요건을 추가하고 있다.<sup>79)</sup> 이는 ‘기원국의 이익의 중대한 침해’가 있는 경우에만 기원국의 불법 반출 문화재 반환청구를 허용하는 유니드로와협약 제5조 제3항<sup>80)</sup>의 태도가 반영된 것이다.<sup>81)</sup>

73) 협약은 고고학적 또는 인종학적 문화재의 개념을 정의하고 있지 않으나, 미국의 이행법률은 이를 구체화하여 규정하고 있다. 19 U.S.C. §2601(2) 참조.

74) 19 U.S.C. §2602(a)(2)(A).

75) 19 U.S.C. §2603. 미국 법원은 엄격한 요건이 충족되는 경우에만 반입금지를 구하는 소를 제기할 수 있도록 허용한다. *U.S. v. Schultz*, 333 F.3d 393 (2nd Cir. 2003). 상제는 석광현/이규호, “「1995년 UNIDROIT협약」 가입 영향 검토 및 국내법 개정안 연구”(국외소재문화재재단 정책연구 최종보고서)(2015), 156면 참조.

76) 한국과 일본 간에 1965년 체결 및 발효된 「대한민국과 일본국 간의 문화재 및 문화협력에 관한 협정」을 예로 들 수 있을 것이다.

77) Patrick J. O’Keefe, 전제서, p. 112 참조.

78) Cultural Property Advisory Committee, “Cultural Property Agreement”(U.S. Department of State, Bureau of Educational and Cultural Affairs, 2020) 참조. <https://app.box.com/s/hvzq1u7s0uyedszsbck9ltiurgjfn5e/file/335001553866>로 접속하면 열람할 수 있다(2020. 8. 17. 최종 방문).

79) 스위스 문화재양도법 제2조 제1항.

80) 유니드로와협약 제5조 제3항의 규정은 다음과 같다(밑줄은 필자가 추가): “The court or other competent authority of the State addressed shall order the return of an illegally exported cultural object if the requesting State establishes that the removal of the object from its territory significantly impairs one or more of the following interests: (이하 생략).”

81) 이종혁, 전제논문, 70면.

일본도 양자조약 모델을 도입하였다는 분석이 있으나,<sup>82)</sup> 이는 잘못이다. 일본은 2006년 「해외 문화유산 보호에 관한 국제적인 협력의 촉진에 관한 법률」을 제정하고 ‘국제적 협조를 위한 시책’이라는 표제의 제11조에서 “국가는 유네스코협약 등의 정신에 의하여 문화유산 국제협력을 국제적 협조 아래 추진하기 위하여 외국정부나 관계기관 또는 국제기구와의 정보의 교환 및 기타 필요한 적절한 시책을 강구한다”고 규정하고 있으나, 이는 미국, 스위스의 예와 같이 양자조약의 체결을 명시한 것은 아니다. 물론 양자조약의 체결이 문화유산 국제협력을 위한 필요·적절한 시책의 하나일 수는 있으나, 일본이 이를 염두에 두고 위 법률을 제정한 것으로 보이지는 않는다.

#### 다. 외국문화재 취득통지

협약 제7조 (a)항 제2문은 당사국들이 가능한 언제든지 기원당사국으로부터 불법적으로 이전된 문화재의 제공을 그 당사국에 통지하여야 한다고 규정한다. 그러나 협약은 불법반출 문화재를 취득한 경우 기원국에 대한 통지를 의무화하기 위한 방법에 관하여는 규정하고 있지 않다. 이는 법률에 의할 수도 있고 단순히 윤리강령 등에 의할 수도 있을 것이다.<sup>83)</sup>

### 7. 이행입법과 관련한 실질법상 쟁점

#### 가. 반환청구기간

협약은 당사국들이 기원당사국의 요청에 따라 불법반출 문화재를 반환하기 위한 적절한 조치를 취할 의무를 규정하나, 반환청구기간에 관하여는 규정하지 않는다. 협약의 성안과정에서 이를 명시하고자 하였으나 실패하였다.<sup>84)</sup>

스위스의 이행법률은 반환청구는 기원국 정부가 문화재의 소재와 점유자의 신원을 인정한 날로부터 1년 내에 제기되어야 하고, 반환청구는 늦어도 문화재가 기원국의 영토로부터 불법적으로 반출된 날로부터 30년 내에는 제기되어야 한다고 규정하고 있다.<sup>85)</sup> 30년의 반환청구기간의 기산점은 당해 문화재가 기원국으로부터 불법적으로 반출된 날이다. 유니드로와협약은 반환청구기간을 3년과 50년으로 규정하고 있는데,<sup>86)</sup> 스위스 문화재양도법은 이들을 각각 1년과 30년으로 단축한 것이다.

82) Folarin Shyllon, “Legislative and Administrative Implementation of 1970 UNESCO Convention by African States: The Failure to Grasp the Nettle”, *International Journal of Cultural Property*, Vol. 21 (2014), p. 40.

83) Siehr, 전게논문, p. 357.

84) Prott, 전게발표문, p. 4.

85) 스위스 문화재양도법 제9조 제4항.

86) 유니드로와협약 제5조 제5항.

## 나. 선의취득자에 대한 보상

협약 제7조 (b)항 (ii)호 제2문은 선의의 매수인(innocent purchaser) 또는 해당 문화재에 대하여 정당한 권리를 가지고 있는 자에게 공정한 보상(just compensation)이 있어야 한다고 규정하는데, “선의의 매수인”, “공정한 보상”이라는 용어를 사용한 것 이외에는 선의의 의미, 주의의무의 의미, 대가변상의 범위에 관하여 아무런 언급이 없다.

스위스의 이행법률은 선의취득자에 대한 대가변상 범위는 당해 문화재의 매수비용과 그에 더하여 문화재의 보호와 유지를 위하여 필요하고 유용한 비용이고, 대가변상청구권은 기원국의 반환청구가 있는 시점에 발생한다고 규정하고 있다.<sup>87)</sup>

## 다. 비용부담

협약 제7조 (b)항 (ii)호 제6문은 불법반출 문화재의 기원당사국으로의 반환과 인도에 부수하는 모든 비용은 요청당사국이 부담하여야 한다고 규정한다. 스위스의 이행법률은 문제된 문화재의 보호, 보존과 반환을 위하여 필요한 조치에 소요되는 비용은 반환청구국이 부담하여야 한다고 구체적으로 규정하고 있다.<sup>88)</sup> 보호 및 보존비용은 소송이 진행되는 동안 문화재를 통상적으로 요구되는 수준으로 관리 및 유지하기 위하여 필요한 비용을 말하고, 반환비용은 문화재를 청구국으로 물리적으로 이동시키기 위하여 발생하는 운송료, 보험료 등을 말한다. 한편 인지대, 송달료, 변호사보수 등 소송에 관한 경비는 청구국이 반드시 부담하여야 하는 것이 아니고, 스위스의 관련 소송법규에 따라 쌍방 당사자의 부담분이 결정된다.<sup>89)</sup>

## 라. 비소급적 효력

협약 제7조에 비추어 보면 협약은 소급적 효력이 없음이 명백하다. 그러나 호주의 이행법률의 경우 호주로의 반입이 이행법률의 발효일 이후에 있었기만 하면 기원국으로부터의 불법반출 시점을 불문한다는 점에서 특징적이다.<sup>90)</sup>

87) 스위스 문화재양도법 제9조 제5항. 당초 연방참사회가 작성한 문화재양도법 초안은 ‘적절한 대가변상’(eine angemessene Entschädigung)이라는 문언을 사용하고 있었다. Bundesrat, Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (Kulturgütertransfergesetz, KGTG) Entwurf (BBl 2002 622), S. 625. 그러나 최종적으로는 ‘적절한’이라는 문언이 삭제되었기 때문에 어느 정도의 대가변상이 적절한 것인가 하는 문제는 명확히 해결되지 않은 채로 남게 되었다. 청구국은 선의의 점유자에게 반드시 대가를 변상하여야 하고, 청구국이 대가를 변상할 때까지는 피고는 당해 문화재를 점유할 권리가 있다. 스위스 문화재양도법 제9조 제6항.

88) 스위스 문화재양도법 제9조 제3항.

89) 석광현/이규호, 전계보고서, 81면 참조.

90) 호주 동산문화유산보호법 제14조 참조.

[첨부1]

유네스코협약의 주요조항의 자기집행성 및 이행입법 필요성 개관<sup>91)</sup>

| 협약 조문                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 자기집행성 유무,<br>이행입법 요부,<br>의무의 성질                                             |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>제1조(문화재의 정의)</b> 본 협약에서 “문화재”라 함은 고고학, 선사학, 역사학, 문학, 예술 또는 과학적으로 중요함으로써 종교적 또는 세속적 근거에서 각국에 의하여 특별히 지정된 재산으로, 다음 범주에 속하는 재산을 의미한다.</p> <p>[(a) 내지 (k) 생략]</p>                                                                                                                                                                                                                                    | 자기집행대상 불해당,<br>이행입법 불요,<br>의무 불해당 <sup>92)</sup>                            |
| <p><b>제2조(협약의 정신의 공유)</b> 1. 본 협약의 당사국은 문화재의 불법적인 반입과 반출 및 소유권의 양도가 그 문화재 출처국의 문화유산을 고갈시키는 주된 원인의 하나이며, 국제협력은 이로부터 발생하는 제위험으로부터 각국의 문화재를 보호하는 가장 효과적인 방법의 하나임을 인정한다(recognize).</p> <p>2. 이를 위하여 당사국은 자의적 방법으로, 특히 현행 악습의 중지로 그 원인을 제거하고 또한 필요한 복구를 하도록 협조함으로써 그러한 악습에 반대할 것을 약속한다(undertake).</p>                                                                                                     | 자기집행대상 불해당, <sup>93)</sup><br>이행입법 불요,<br>당사국 상호간 의무                        |
| <p><b>제3조(불법성)</b> 본 협약의 당사국이 <u>본 협약상의 규정에 위반하여</u> 문화재를 반입, 반출 또는 소유권을 양도함은 불법이다.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 자기집행적,<br>이행입법 필요, <sup>94)</sup><br>당사국 상호간 및<br>당사국-사인간 의무 <sup>95)</sup> |
| <p><b>제4조(문화적 유산의 구성)</b> 본 협약의 당사국은 다음 범주에 속하는 재산이 본 협약의 목적을 위하여 각국의 문화적 유산으로 구성됨을 인정한다(recognize).</p> <p>(a) 관계국가 국민의 각 개인 또는 집단에 의하여 창조된 문화재, 또한 관계국 영역 내에 거주하는 외국인 또는 무국적인에 의하여 그 국가의 영역 내에서 창조된 관계국에 중요한 문화재</p> <p>(b) 국가 영역 내에서 발견된 문화재</p> <p>(c) 출처국 주무관청의 동의하에 고고학, 인종학 또는 자연과학 사절단에 의하여 획득된 문화재</p> <p>(d) 자유로이 합의된 교환의 대상이 되어온 문화재</p> <p>(e) 출처국 주무관청 동의하에 선물로서 증여 받거나 합법적으로 구입한 문화재</p> | 비자기집행적,<br>이행입법 필요,<br>당사국 상호간 의무                                           |
| <p><b>제5조(국가기관의 설립)</b> 불법적인 반입과 반출 및 소유권 양도로부터 문화재의 보호를 확실하게 하기 위하여 본 협약의 당사국은 문화유산의 보호를 위하여 다음 기능을 효율적으로 수행할 수 있는 충분한 수요의 유자격 요원을 갖춘 국가기관이 아직 없는 경우에, 각국의 적절한 바에 따라 그 영역 안에 하나 또는 그 이상의 국가기관을 설립할 것을 약속한다(undertake).<sup>96)</sup></p> <p>(a) 문화유산의 보호 특히 중요 문화재의 불법적인 반입과 반출</p>                                                                                                                   | 비자기집행적,<br>이행입법 필요,<br>당사국 상호간 의무                                           |

91) 여기에서는 협약 조문의 국문은 외교부 공식번역을 따랐다. 다만, 항과 호의 표시는 원문처럼 (a), (b), ... 및 (i), (ii), ...와 같은 방법을 따랐다. 협약 원문에는 표제가 없으나, 여기에서는 송호영, 전 계보고서, 34면을 참고하여 표제를 추가하였다. 자기집행성 유무, 이행입법 요부, 의무의 성질을 판단할 수 있는 근거에 해당하는 문언은 밑줄로 표시하였다.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                         |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|
| <p>및 소유권 양도의 방지를 확고히 하기 위한 법안, 규칙안의 작성에 기여하고</p> <p>(b) 보호되어야 할 재산의 국가적인 조사를 기초로 하여 그 반출이 국가문화유산을 상당히 고갈시킬 정도로 중요한 공공 및 개인의 문화재의 목록을 작성, 최신으로 유지하고</p> <p>(c) 문화재의 보존과 일반 공개를 보장하기 위하여 필요한 과학 및 기술연구기관(박물관, 도서관, 기록보관소, 실험실, 작업장 등)의 발전 또는 설립을 증진하고</p> <p>(d) 고고학적 발굴의 감독을 조직화하고, 특정문화재를 “본래의” 장소에 보존함을 보장하고, 장래의 고고학적 탐사를 위하여 지정된 특정구역을 보호하고</p> <p>(e) (박물관 관리자, 수집가, 골동품 취급자등) 관계자의 이익을 위하여 본 협약에 규정된 윤리원칙에 따라 규칙을 제정하고, 이 규칙의 준수를 확고히 하기 위한 조치를 취하고</p> <p>(f) 모든 국가의 문화유산에 대한 존중심을 고취하고 증진하기 위한 교육적 조치를 취하고, 본 협약 규정의 지식을 전파하고</p> <p>(g) 문화재의 어떠한 품목이든 그 상실에 대하여 적절한 홍보조치가 취하여지도록 한다.</p> |                                                         |
| <p><b>제6조(반출증명)</b> 본 협약의 당사국은 다음 사항을 약속한다.</p> <p>(a) 문제된 문화재의 반출이 인가되었음을 반출 국가가 명기한 적절한 증명서를 도입한다. 그 증명서는 규정에 따라 반출되는 문화재의 모든 품목을 포함하여야 한다.</p> <p>(b) 전기 반출증명서에 포함되지 않는 한 그들의 영역으로부터 문화재의 반출을 금지한다.</p> <p>(c) 이러한 금지를 적절한 방법으로 특히 문화재를 반출 또는 반입할 가능성이 있는 사람들에게 주지시킨다.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | <p>비자기집행적,<br/>이행입법 필요,<br/>당사국 상호간 의무</p>              |
| <p><b>제7조(불법반입 문화재에 대한 조치)</b> 본 협약의 당사국은 다음 사항을 약속한다.</p> <p>(a) 본 협약이 관계국가에서 발효된 이후에 그 국가 영역 내의 박물관 및 그 유사기관이 타 당사국으로부터 출처되어 불법적으로 반출된 문화재의 취득을 방지하도록 <u>국내입법에 따라</u> 필요한 조치를 취한다.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | <p>비자기집행적,<br/>이행입법 필요,<br/>당사국 상호간 의무</p>              |
| <p>본 협약이 양 관계당사국에서 발효된 이후, 언제나 가능한 때에 출처 당사국으로부터 불법적으로 이전된 문화재의 제공을 그 당사국에 통고한다.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | <p>비자기집행적,<br/>이행입법 불요,<br/>당사국 상호간 의무</p>              |
| <p>(b) (i) 본 협약이 관계국가에서 발효된 이후 본 협약의 타 당사국의 박물관이나 종교적 또는 세속적 공공기념관 또는 유사기관에서 도난된 문화재가 그 기관의 물품목록에 소속됨이 문서로 기록되어 있을 경우 그 반입을 금지한다.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | <p>자기집행적,<br/>이행입법 불요,<br/>당사국 상호간 의무</p>               |
| <p>(ii) 출처 당사국의 요청에 따라 본 협약이 양 관계당사국에서 발효된 후 반입된 상기 문화재의 회수 및 반환에 관한 <u>적절한 조치</u>를 취한다.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | <p>비자기집행적,<br/>이행입법 필요,<br/>당사국 상호간 의무</p>              |
| <p>단, <u>요청국은 선의의 매수인이나 그 문화재의 정당한 권리자에게</u> 공정한 보상을 지급하여야 한다.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | <p>자기집행적,<br/>이행입법 불요,<br/>당사국 상호간 및<br/>당사국-사인간 의무</p> |
| <p>회수 및 반환 요청은 외교관청을 통하여야 한다.<br/>요청당사국은 회수 및 반환청구를 하는데 필요한 증빙서류 및 기타 증거를 자국의 경비 부담으로 제출해야 한다.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | <p>비자기집행적,<br/>이행입법 불요,<br/>당사국 상호간 의무</p>              |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |                                                |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------|
| 당사국은 본조에 의거하여 반환되는 문화재에 관세나 기타 부과금을 과하여서는 아니된다.                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 자기집행적,<br>이행입법 불요,<br>당사국 상호간 의무               |
| 문화재의 반환 및 인도에 부수되는 모든 비용은 요청 당사국이 부담하여야 한다.                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 자기집행적,<br>이행입법 불요,<br>당사국 상호간 의무               |
| <b>제8조(형벌 및 행정제재)</b> 본 협약의 당사국은 상기 제6조 (b)항 및 제7조 (b)항에 규정된 금지의 위반에 대하여 책임을 져야 하는 자에게 형벌 및 행정적 제재를 부과할 것을 약속한다.                                                                                                                                                                                                                                          | 비자기집행적,<br>이행입법 필요,<br>당사국 상호간 의무              |
| <b>제9조(위험에 처한 문화재에 대한 조치)</b> 본 협약의 어느 당사국도 자국의 문화적 유산이 고고학적 또는 인종학적 물품의 약탈로 인하여 위험에 처하게 될 경우, 이에 영향을 입을 타 당사국에 대하여 <u>주의를 환기할 수 있다.</u>                                                                                                                                                                                                                  | 자기집행대상 불해당,<br>이행입법 불요,<br>의무 불해당              |
| 이러한 경우에 본 협약의 당사국은 관계된 특정물품의 반출이나 반입 및 국제교역의 통제를 포함하는 필요한 구체적인 조치를 결정하고 수행하기 위한 합의된 국제적 노력에 참가할 것을 약속한다.                                                                                                                                                                                                                                                  | 비자기집행적,<br>이행입법 불요,<br>당사국 상호간 의무              |
| 합의에 이르기까지 각 관계당사국은 요청국의 문화적인 유산에 대한 회복할 수 없는 손상을 방지하기 위하여 <u>실행 가능한 한도</u> 의 <u>잠정적인 조치</u> 를 취해야 한다.                                                                                                                                                                                                                                                     | 비자기집행적,<br>이행입법 필요,<br>당사국 상호간 의무              |
| <b>제10조(골동품 취급자에 대한 조치, 교육, 홍보, 교류)</b> 본 협약의 당사국은 다음 사항을 약속한다.<br>(a) 교육, 홍보 및 경각심을 통하여 본 협약의 어느 당사국으로부터 불법적으로 반출된 문화재의 이동을 제한하고, <u>각국마다 적절한 수단을 통하여 형벌 또는 행정제재를 조건으로 하여 골동품 취급자로 하여금 문화재의 각 품목의 출처, 공급자의 성명 및 주소와 매도된 문화재의 각 품목의 명세와 그 가격을 기록하는 등록부를 비치하도록 하고 [그와 같은]<sup>97)</sup> 문화재에 대하여서는 반출의 금지가 적용될 수 있음을 문화재 구입자에게 통고하도록 한다.<sup>98)</sup></u> | 비자기집행적,<br>이행입법 필요,<br>당사국 상호간 및<br>당사국-사인간 의무 |
| (b) 문화재의 가치와 도난, 도굴 및 불법적인 반출에 의하여 야기되는 문화재 유산에 대한 위협에 관한 인식을 교류적인 수단을 통하여 여론으로 조성하고 양양하도록 노력한다(endeavour).                                                                                                                                                                                                                                               | 비자기집행적,<br>이행입법 불요,<br>의무 불해당                  |
| <b>제11조(점령지 문화재 반출 등의 불법성)</b> 외국 군대에 의한 일국의 점령으로부터 직접적으로 또는 간접적으로 발생하는 강제적인 문화재의 반출과 소유권의 양도는 불법으로 간주된다.                                                                                                                                                                                                                                                 | 자기집행적,<br>이행입법 불요,<br>당사국 상호간 및<br>당사국-사인간 의무  |
| <b>제12조(국제관계에서의 조치)</b> 본 협약의 당사국은 각기 그들이 그 국제관계에 대하여 책임져야 할 영역 내의 문화적 유산을 존중하고, 그 영역에 있어서 문화재의 불법적인 반입과 반출 및 소유권의 양도를 금지하고 예방하기 위한 <u>모든 적절한 조치</u> 를 취하여야 한다.                                                                                                                                                                                           | 자기집행대상 불해당,<br>이행입법 불요,<br>당사국 상호간 의무          |
| <b>제13조(불법 반출인 문화재의 반환 등을 위한 조치)</b> 본 협약의 당사국은 또한 <u>각국의 법률에 따라</u> 다음 사항을 약속한다.<br>(a) 문화재의 불법적인 반입과 반출을 조성할 우려가 있는 문화재 소유권의 양도를 <u>모든 적절한 수단</u> 에 의하여 방지하고                                                                                                                                                                                            | 비자기집행적,<br>이행입법 필요,<br>당사국 상호간 및<br>당사국-사인간 의무 |

|                                                                                                                                                                   |                                                |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------|
| (b) 당사국의 주무관청이 불법적으로 반출된 문화재의 적법한 소유자에의 가능한 조기 반환을 용이하게 하는데 협력할 것을 보장하고                                                                                           | 자기집행대상 불해당,<br>이행입법 필요,<br>당사국 상호간 의무          |
| (c) 적법한 소유자 또는 그 대리인이 제기하는 <u>유실 또는 도난된 문화재의 회복을 위한 소송을 인정하고</u>                                                                                                  | 비자기집행적,<br>이행입법 필요,<br>당사국 상호간 및<br>당사국-사인간 의무 |
| (d) 본 협약의 각 당사국의 파기할 수 없는 권리, 즉 특정문화재를 양도 불능으로, 따라서 사실상 반출되어서는 아니되는 것으로 분류하고 선언할 권리를 인정하고, 그것이 반출되었을 경우에는 관계국가에 의한 동 문화재의 회복을 용이하게 한다.                            | 비자기집행적,<br>이행입법 필요,<br>당사국 상호간 의무              |
| <b>제14조</b> (예산확보와 기금설치) 문화재의 불법적인 반출을 방지하고 본 협약의 시행에서 발생하는 제의무를 이행하기 위하여 본 협약의 각 당사국은 가능한 한 충분한 예산을 문화유산의 보호 책임을 지는 국가기관에 제공하여야 하며, 필요하다면 이 목적을 위한 기금을 설치하여야 한다. | 비자기집행적,<br>이행입법 불요,<br>당사국 국내적 의무              |
| <b>제15조</b> (특별협정의 체결) 본 협약의 어느 조항도 본 협약이 관계국에 대하여 발효되기 이전에 그 이유를 불문하고 원래의 출처 지역으로부터 이전된 문화재의 반환에 관하여 당사국들이 상호 특별한 협정을 체결하거나, 이미 체결된 협정을 계속 시행하는 것을 방해하지 아니한다.    | 비자기집행적,<br>이행입법 불요,<br>당사국 상호간 의무              |

- 92) 당사국 상호간 의무를 발생시키거나 당사국과 그 관할권 아래 있는 사인간 의무를 발생시키는 조항에 해당하지 않는다는 의미이다.
- 93) shall이라는 조동사 없이 recognize, undertake와 같은 동사를 사용하면서 협약의 당사국들이 도출한 결론을 선언 내지 확인하고 있는 조항은 대체로 법원에서의 적용·집행이 문제되지 않는 것으로 볼 수 있다.
- 94) 제3조의 이행입법의 필요 여부에 대하여는 각국의 입장이 서로 다르다. 예컨대 미국은 필요하지 않다는 입장이나 캐나다, 네덜란드 등은 필요하다는 입장이다. Gerstenblith, 전제논문, pp. 22-23.
- 95) 협약상 의무는 대체로 당사국 상호간 의무에는 모두 해당하고, 개별조항에 따른 의무가 그에 추가하여 당사국과 그 관할권 아래 있는 사인간 의무에도 동시에 해당하는지를 검토하였다.
- 96) 단순히 undertake라는 동사를 사용하고 있으나, 내용상 이행입법이 필요한 조항으로 보인다. 제6조와 제7조에도 같은 경우가 있다.
- 97) 이 부분은 외교부 공식번역에 오류가 있는 것으로 보인다.
- 98) 미국은 협약의 수락서를 기탁하면서 “미국은 협약 제10조 (a)항의 ‘각국마다 적절한’이라는 문언이 각 당사국으로 하여금 골동품 중개인에 대한 규제의 범위를 결정하는 것을 허용하는 것으로 이해하고, 미국의 경우 그 결정은 주 정부 및 시 정부의 적절한 권한에 의하여 행하여질 것임을 선언한다”라는 양해를 첨부하였다. O’Keefe, 전제서, p. 107.

[첨부2]

### 우리 문화재보호법의 유네스코협약 이행 현황

| 문화재보호법 조문                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 이행대상 협약 조항                                                   |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|
| <b>제20조</b> (외국문화재의 보호) ① 인류의 문화유산을 보존하고 국가 간의 우의를 증진하기 위하여 대한민국이 가입한 문화재 보호에 관한 국제조약(이하 “조약”이라 한다)에 가입된 외국의 법령에 따라 문화재로 지정·보호되는 문화재(이하 “외국문화재”라 한다)는 조약과 이 법에서 정하는 바에 따라 보호되어야 한다.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 제1조                                                          |
| [1999. 1. 29. 개정시 삭제된 구 문화재보호법 제78조 제2항] ② 외국문화재를 국내에 반입(수입을 포함한다. 이하 같다)하고자 하는 자는 그 문화재의 반출국에서 적법하게 반출되었음을 증명하는 서류를 첨부하여 문화체육부장관에게 신고하여야 한다.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 제7조 (a)항 <sup>99)</sup>                                      |
| ② 문화재청장은 국내로 반입하려 하거나 이미 반입된 외국문화재가 해당 반출국으로부터 불법반출된 것으로 인정할 만한 상당한 이유가 있으면 그 문화재를 유치할 수 있다.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 제7조 (b)항 (ii)호 제1문, 제9조 제3문, 제13조 (a)항, (d)항 <sup>100)</sup> |
| ③ 문화재청장은 제2항에 따라 외국문화재를 유치하면 그 외국문화재를 박물관 등에 보관·관리하여야 한다.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 상동                                                           |
| ④ 문화재청장은 제3항에 따라 보관 중인 외국문화재가 그 반출국으로부터 적법하게 반출된 것임이 확인되면 지체 없이 이를 그 소유자나 점유자에게 반환하여야 한다. 그 외국문화재가 불법반출된 것임이 확인되었으나 해당 반출국이 그 문화재를 회수하려는 의사가 없는 것이 분명한 경우에도 또한 같다.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 상동                                                           |
| ⑤ 문화재청장은 외국문화재의 반출국으로부터 대한민국에 반입된 외국문화재가 자국에서 불법반출된 것임을 증명하고 조약에 따른 정당한 절차에 따라 그 반환을 요청하는 경우 또는 조약에 따른 반환 의무를 이행하는 경우에는 관계 기관의 협조를 받아 조약에서 정하는 바에 따라 해당 문화재가 반출국에 반환될 수 있도록 필요한 조치를 하여야 한다.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 제7조 (b)항 (ii)호 제1문, 제3문, 제4문                                 |
| <b>제39조</b> (수출 등의 금지) ① 국보, 보물, 천연기념물 또는 국가민속문화재는 국외로 수출하거나 반출할 수 없다. 다만, 문화재의 국외 전시 등 국제적 문화교류를 목적으로 반출하되, 그 반출한 날부터 2년 이내에 다시 반입할 것을 조건으로 문화재청장의 허가를 받으면 그러하지 아니하다.<br>② 제1항 단서에 따라 문화재의 국외 반출을 허가받으려는 자는 반출 예정일 5개월 전에 <u>관세청장이 운영·관리하는 전산시스템을 통하여</u> 문화체육관광부령으로 정하는 <u>반출허가신청서</u> 를 문화재청장에게 제출하여야 한다. <sup>101)</sup><br>③ 문화재청장은 제1항 단서에 따라 반출을 허가받은 자가 그 반출 기간의 연장을 신청하면 당초 반출목적 달성이나 문화재의 안전 등을 위하여 필요하다고 인정되는 경우 제4항에 따른 심사기준에 부합하는 경우에 한정하여 2년의 범위에서 그 반출 기간의 연장을 허가할 수 있다.<br>④ 제1항 단서 및 제3항에 따른 국외 반출 또는 반출 기간의 연장을 허가하기 위한 구체적 심사기준은 문화체육관광부령으로 정한다.<br>⑤ 문화재청장은 제1항 단서에 따라 국외 반출을 허가받은 자에게 해당 문화재의 현황 및 보존·관리 실태 등의 자료를 제출하도록 요구할 수 있다. 이 경우 요구를 받은 자는 특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다. | 제6조 (a)항, (b)항, 제13조 (d)항                                    |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                        |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------|
| <p>⑥ 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 문화재청장의 허가를 받아 수출할 수 있다.</p> <p>1. 제35조 제1항 제1호에 따른 허가를 받아 천연기념물을 표본·박제 등으로 제작한 경우</p> <p>2. 특정한 시설에서 연구 또는 관람목적으로 증식된 천연기념물의 경우</p> <p>⑦ 문화재청장은 제6항에 따른 허가의 신청을 받은 날부터 30일 이내에 허가 여부를 신청인에게 통지하여야 한다.</p> <p>⑧ 문화재청장이 제7항에서 정한 기간 내에 허가 여부 또는 민원 처리 관련 법령에 따른 처리기간의 연장을 신청인에게 통지하지 아니하면 그 기간(민원 처리 관련 법령에 따라 처리기간이 연장 또는 재연장된 경우에는 해당 처리기간을 말한다)이 끝난 날의 다음 날에 허가를 한 것으로 본다.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                        |
| <p><b>제60조(일반동산문화재 수출 등의 금지)</b> ① 이 법에 따라 지정 또는 등록되지 아니한 문화재 중 동산에 속하는 문화재(이하 “일반동산문화재”라 한다)에 관하여는 제39조 제1항과 제3항을 준용한다. 다만, 일반동산문화재의 국외전시 등 국제적 문화교류를 목적으로 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사항으로서 문화재청장의 허가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>1. 「박물관 및 미술관 진흥법」에 따라 설립된 박물관 등이 외국의 박물관 등에 일반동산문화재를 반출한 날부터 10년 이내에 다시 반입하는 경우</p> <p>2. 외국 정부가 인증하는 박물관이나 문화재 관련 단체가 자국의 박물관 등에서 전시할 목적으로 국내에서 일반동산문화재를 구입 또는 기증받아 반출하는 경우</p> <p>② 문화재청장은 제1항 단서에 따라 허가를 받은 자가 제37조 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 허가를 취소할 수 있다.</p> <p>③ 제1항제2호에 따른 일반동산문화재의 수출이나 반출에 관한 절차 등에 필요한 사항은 문화체육관광부령으로 정한다.</p> <p>④ 제1항 단서에 따라 허가받은 자는 허가된 일반동산문화재를 반출한 후 이를 다시 반입한 경우 문화재청장에게 신고하여야 한다.</p> <p>⑤ 일반동산문화재로 오인될 우려가 있는 동산을 국외로 수출하거나 반출하려면 미리 문화재청장의 확인을 받아야 한다.</p> <p>⑥ 제1항 및 제5항에 따른 일반동산문화재의 범위와 확인 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p> | <p>제6조 (a)항,<br/>(b)항,<br/>제13조 (d)항</p>                               |
| <p><b>제69조의3(국외소재문화재재단의 설립)</b> ① 국외소재문화재의 현황 및 반출경위 등에 대한 조사·연구, 국외소재문화재 환수·활용과 관련한 각종 전략·정책 연구 등 국외소재문화재와 관련한 제반 사업을 종합적·체계적으로 수행하기 위하여 문화재청 산하에 국외소재문화재재단(이하 “국외문화재재단”이라 한다)을 설립한다.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | <p>제5조, 제12조</p>                                                       |
| <p>⑤ 국가는 국외문화재재단의 설립과 운영에 소요되는 경비를 예산의 범위에서 또는 「문화재보호기금법」에 따른 문화재보호기금에서 출연 또는 보조할 수 있다.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | <p>제14조</p>                                                            |
| <p><b>제87조(다른 법률과의 관계)</b> ⑤ 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 문화재의 매매 등 거래행위에 관하여는 민법 제249조의 선의취득에 관한 규정을 적용하지 아니한다. 다만, 양수인이 경매나 문화재매매업자 등으로부터 선의로 이를 매수한 경우에는 피해자 또는 유실자(遺失者)는 양수인이 지급한 대가를 변상하고 반환을 청구할 수 있다.</p> <p>1. 문화재청장이나 시·도지사가 지정한 문화재</p> <p>2. 도난물품 또는 유실물(遺失物)인 사실이 공고된 문화재</p> <p>3. 그 출처를 알 수 있는 중요한 부분이나 기록을 인위적으로 훼손한 문화재</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | <p>제7조 (a)항,<br/>(b)항 (ii)호<br/>제2문,<br/>제13조 (a)항,<br/>(c)항, (d)항</p> |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------|
| <p><b>제90조</b>(무허가수출 등의 죄) ① 제39조 제1항 본문(제59조 제2항과 제74조 제1항에 따라 준용하는 경우를 포함한다)을 위반하여 지정문화재 또는 임시지정문화재를 국외로 수출 또는 반출하거나 제39조 제1항 단서 및 제2항부터 제4항까지(제59조 제2항과 제74조 제1항에 따라 준용하는 경우를 포함한다)에 따라 반출한 문화재를 기한 내에 다시 반입하지 아니한 자는 5년 이상의 유기징역에 처하고 그 문화재는 몰수한다.</p> <p>② 제60조 제1항을 위반하여 문화재를 국외로 수출 또는 반출하거나 반출한 문화재를 다시 반입하지 아니한 자는 3년 이상의 유기징역에 처하고 그 문화재는 몰수한다.</p> <p>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.</p> | <p>제8조,<br/>제10조 (a)항</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------|

- 99) 외국문화재 반입시 외국의 반출증명서를 첨부할 것을 요구하는 조항이므로, 반출증명서제도의 도입에 관한 제6조를 이행하기 위한 조항은 아니었던 것으로 보인다.
- 100) 문화재보호법 제20조 제2항, 제3항, 제4항이 이행하고자 하는 협약 조항을 굳이 특정하자면 표와 같으나, 이들 문화재보호법 조항은 문화재의 유치(留置)라는 협애한 수단만을 규정하고 있어서 협약상 제반의무를 이행하기에는 절대적으로 불충분하다.
- 101) 반출허가신청서 제출의무에 관한 제39조 제2항은 2016. 2. 3. 개정시 신설되었다. 관세청장이 운영·관리하는 전산시스템을 통한 신청서 제출한 관한 내용은 2019. 11. 26. 개정시 추가되었고, 이는 2020. 11. 27.부터 시행될 예정이다.

## Session 2

1970년 유네스코협약 이행법제의 현황과 실무  
- 문화재환수와 관련하여 -

이 규 호 교수  
(중앙대 법학전문대학원 교수,  
국제문화재법연구회 회장)



# 1970년 유네스코 협약 이행법제의 현황과 실무

이규호 (중앙대학교 법학전문대학원 교수)

## I. 머리말

1970년 「문화재 불법 반출입 및 소유권 양도의 금지와 예방수단에 관한 협약」(이하 ‘1970년 유네스코 협약’) 이전에는 골동품과 문화재의 불법 거래는 마약과 무기의 거래 와중에 널리 유행하였다. 따라서 역사적으로나 문화적으로 중요한 물건의 보전에 대해 입법하였다. 이러한 몇몇 국가의 시도는 문화재를 보존하기 위한 방식에 대한 유네스코 차원의 광범위한 시도에 대한 서곡이었다. 유네스코가 1964년 4월에 30개국의 전문가 위원회를 선임한 1964년 4월에서 조약의 성안이 개시되었다. 1968년에 유네스코는 협약성안위원회의 창설을 허용하기 위하여 3,334호 안건을 채택하였다.

1970년 유네스코 협약은 1970년 11월 14일 유네스코 총회에서 채택되었다. 이는 약 10여 년간 지속된 논의 끝에 문화재에 관한 국가주의 입장이 수용된 결과로 받아들여졌다.<sup>1)</sup> 1970년 유네스코 협약은 문화재의 보호를 위한 해결책을 마련하기 위한 최초의 협약 중 하나다.<sup>2)</sup> 1960년대에는 출처국으로부터 여러 국가로 불법적으로 이전된 문화재의 반입에 관한 우려가 발생하였다.<sup>3)</sup>

1970년 유네스코 협약 전문에서 “각 국가는 자국 영역에 있는 문화재를 도난이나 도굴 및 불법적인 유출의 위험으로부터 보호하는 것은 모든 국가의 책임”이라고 규정하고, 1970년 유네스코 협약 제1조에서는 문화재를 정의함에 있어 “고고학, 선사학, 역사학, 문학, 예술 또는 과학적으로 중요함으로써 종교적 또는 세속적 근거에서 각국에 의하여 특별히 지정된 재산으로 다음의 범주에 속하는 재산을 의미...”하는 것으로 규정하고 있다. 따라서 1970년 유네스코 협약 적용 대상 문화재의 범위를 각국의 특별한 지정에 의하여 구체적으로 정하는 방식을 취하고 있다. 각국의 특별한 지정에 관하여 협약 당사국은 1970년 유네스코 협약이 적용됨으로 인하여 규율 받을 수 있는 문화재의 목록을 작성하고 이를 새롭게 유지하여야 할 권한과 함께 의무를 부여받는

- 
- 1) 이동기, “문화재환수협약의 성립경위와 현황: 유네스코 협약과의 관계를 포함하여”, 「국제사법연구」, 제15호, 2009. 12, 169면.
  - 2) Alexandra Love Levine, The Need for Uniform Legal Protection Against Cultural Property Theft: A Final Cry for the 1995 UNIDROIT Convention, 36 Brook. J. Int'l L. 751, 757 (2011).
  - 3) Marilyn E. Phelan, Cultural Property: Who Owns It and What Laws Protect It?, 74 Tex. B.J. 202, 205 (2011).

다. 1970년 유네스코 협약에서는 문화재를 ‘cultural property’로 표현하고 있다. 이는 1995년 유니드로와 협약이 문화재를 ‘cultural objects’로 표현한 것과는 차이가 있다. 왜냐하면, 1995년 유니드로와 협약이 문화재의 범위를 보다 확장하고 있기 때문이다.<sup>4)</sup> 1970년 유네스코 협약은 문화재에 대한 획일적인 범주를 정하는 것을 포기하는 대신에 각국의 광범위한 재량에 일임해 놓은 것은 1970년 유네스코 협약 전문에서 문화재 출처국의 문화재 보유 요청은 문화재의 진정한 가치가 그 기원이나 역사, 전통적 배경에 관한 가능한 모든 정보와 관련해서만 제대로 평가할 수 있다고 규정한 점과도 일맥상통하는 측면이 존재한다. 다만, 1970년 유네스코 협약 제4조에서는 ‘협약의 당사국은 다음 범주에 속하는 재산이 본 협약의 목적을 위하여 각국의 문화적 유산으로 구성됨을 인정한다’고 규정하면서 문화재의 정의를 보완하고 있다. 기본적으로는 1970년 유네스코 협약이 체약 당사국이 지정한 문화재에 한정하여 적용한다.<sup>5)</sup>

## II. 1970년 유네스코 협약 이행법제의 현황

문화재보호법 제20조는 우리나라가 1983년 유네스코 협약에 가입하면서 1983. 7. 1. 문화재보호법<sup>6)</sup>을 전부 개정할 때 신설된 조문(제78조)에서 유래한다.<sup>7)</sup>

제78조 (외국문화재의 보호) ①인류의 문화유산을 보존하고 국가간의 우의를 증진하기 위하여 대한민국이 가입한 문화재보호에관한국제조약(이하 "條約"이라 한다)에 가입된 외국의 법령에 의하여 문화재로 지정·보호되는 문화재(이하 "外國文化財"라 한다)는 조약과 이 법이 정하는 바에 의하여 보호되어야 한다.

②외국문화재를 국내에 반입(輸入을 포함한다. 이하 같다)하고자 하는 자는 그 문화재의 반출국에서 적법하게 반출되었음을 증명하는 서류를 첨부하여 문화공보부장관에게 신고하여야 한다.

③문화공보부장관은 국내로 반입하고자 하거나 이미 반입된 외국문화재가 당해 반출국으로부터 불법반출된 것으로 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 그 문화재를 유치할 수 있다.

④문화공보부장관은 제3항의 규정에 의하여 외국문화재를 유치한 때에는 당해 외국문화재

4) 이동기, 앞의 논문, 170면.

5) 위의 논문.

6) [시행 1983. 7. 1.] [법률 제3644호, 1982. 12. 31., 전부개정].

7) 석광현, “대마도에서 훔쳐 온 고려 불상의 서산 부석사 반환을 명한 제1심판결의 평석: 국제문화재법의 제문제”, 『국제사법연구』, 제23권 제1호, 2017.6., 30면.

를 박물관등에 보관관리하여야 한다.

⑤문화공보부장관은 제4항의 규정에 의하여 보관중인 외국문화재가 그 반출국으로부터 적법하게 반출된 것임이 확인된 때에는 지체없이 이를 그 소유자 또는 점유자에게 반환하여야 한다. 그 외국문화재가 불법반출된 것임이 확인되었으나, 당해 반출국이 그 문화재를 회수하고자 하는 의사가 없음이 분명한 때에도 또한 같다.

⑥문화공보부장관은 외국문화재의 반출국으로부터 대한민국에 반입된 외국문화재가 자국으로부터 불법반출된 것임을 증명하고 조약에 의한 정당한 절차에 의하여 그 반환을 요청하는 경우 또는 조약에 의한 반환의무를 이행하는 경우에는 관계기관의 협조를 얻어 조약이 정하는 바에 따라 당해 문화재가 반출국에 반환될 수 있도록 필요한 조치를 하여야 한다.

그 이후 2007년 4월 개정시 제97조가 이동하였고, 2011년 2월 5일 개정 시에는 제20조로 이동하여 문화재 보호의 기반 조정에 관한 제3장에 포섭되었다. 이 조문이 신설된 당시의 제78조 제2항이 삭제된 것<sup>8)</sup>을 제외하고는 내용상 변화가 없다.

제20조(외국문화재의 보호) ① 인류의 문화유산을 보존하고 국가 간의 우의를 증진하기 위하여 대한민국이 가입한 문화재 보호에 관한 국제조약(이하 "조약"이라 한다)에 가입된 외국의 법령에 따라 문화재로 지정·보호되는 문화재(이하 "외국문화재"라 한다)는 조약과 이 법에서 정하는 바에 따라 보호되어야 한다.

② 문화재청장은 국내로 반입하려 하거나 이미 반입된 외국문화재가 해당 반출국으로부터 불법반출된 것으로 인정할 만한 상당한 이유가 있으면 그 문화재를 유치할 수 있다.

③ 문화재청장은 제2항에 따라 외국문화재를 유치하면 그 외국문화재를 박물관 등에 보관·관리하여야 한다.

④ 문화재청장은 제3항에 따라 보관 중인 외국문화재가 그 반출국으로부터 적법하게 반출된 것임이 확인되면 지체 없이 이를 그 소유자나 점유자에게 반환하여야 한다. 그 외국문화재가 불법반출된 것임이 확인되었으나 해당 반출국이 그 문화재를 회수하려는 의사가 없는 것이 분명한 경우에도 또한 같다.

⑤ 문화재청장은 외국문화재의 반출국으로부터 대한민국에 반입된 외국문화재가 자국에서 불법반출된 것임을 증명하고 조약에 따른 정당한 절차에 따라 그 반환을 요청하는 경우 또는 조약에 따른 반환 의무를 이행하는 경우에는 관계 기관의 협조를 받아 조약에서 정하는 바에 따라 해당 문화재가 반출국에 반환될 수 있도록 필요한 조치를 하여야 한다.

8) 1983년 개정 당시의 제78조 제2항은 “외국문화재를 국내에 반입(수입을 포함한다. 이하 같다)하고자 하는 자는 그 문화재의 반출국에서 적법하게 반출되었음을 증명하는 서류를 첨부하여 문화부장관에게 신고하여야 한다”고 규정하였다.

문화재보호법 제20조 제1항은 외국문화재를 조약과 문화재보호법이 정한 바에 따라 보호한다는 대원칙을 규정하고 있다. 문화재청장은 외국으로부터 불법반출되어 한국으로 반입하려 하거나 이미 반입된 외국문화재를 유치할 수 있고(같은 법 제20조 제2항), 박물관 등에 보관하여 관리하여야 하고(같은 법 제20조 제3항), 외국문화재가 적법하게 반출된 것임이 확인된 경우에는 지체 없이 이를 소유자나 점유자에게 반환해야 한다(같은 법 제20조 제4항). 반면에 반출국이 외국문화재가 자국에서 불법반출된 것임을 입증하고 조약에 따라 반환을 요청하거나 조약에 따른 반환 의무를 이행하는 경우 관계기관의 협조를 받아 외국문화재가 반출국에 반환될 수 있도록 조치를 취하여야 한다(같은 법 제20조 제5항).

같은 법 제20조의 적용요건은 다음과 같다.

(i) 같은 법상 ‘문화재’의 정의에 포함되어야 하고, (ii) 외국이 자국 법령에 따라 자국의 문화재로 지정하여 보호하는 대상이어야 하며, (iii) 그 외국은 한국이 가입한 문화재 보호에 관한 국제조약에 가입한 국가이어야 하고, (iv) 해당 문화재가 반출국으로부터 불법반출된 것으로 인정할 만한 상당한 이유가 있어야 하고, (v) 반출국이 조약에 따른 정당한 절차에 따라 그 반환을 요청하여야 한다. 아래에서 보는 불상 사건에서 그 불상은 나가사키 현이 지정한 지방문화재로서 일반 중앙정부가 지정한 문화재가 아닌 관계로 ‘외국문화재’<sup>9)</sup>에 해당하지 않을 수도 있으므로 논란의 여지가 있다.

1970년 유네스코협약의 국내 이행법제인 문화재보호법 제20조에서는 같은 협약 제7조(b)(ii)의 보상 단서에 상응하는 규정이 없다. 이는 입법의 불비로 보아야 할 것이다.<sup>10)</sup>

### III. 외국의 입법례

#### 1. 미국

##### 가. 미국의 문화재협약이행법의 의의

미국의 상원은 1972년에 1970년 유네스코 협약에 대해 만장일치로 자문하여 동의하였다. 하지만 이 협약은 하나의 유보조항(reservation)과 6개의 양해조항(understandings)의 적용을 받았다.<sup>11)</sup>

9) 석광현, 앞의 논문, 33면에서는 (“일본은 실제로 이 사건 불상을 지방문화재로 지정하였고 보호하고 있으므로 이 사건 불상은 ‘외국문화재’에 해당한다.”고 주장한다.).

10) 주진열, “일본 관음사(觀音寺)에서 도난된 불상(佛像) 반환 문제에 대한 고찰 - 대전지방법원 2017. 1. 26. 선고 2016가합102119 판결 평석을 겸하여 -”, 「국제법학회논총」, 제65권 제2호, 2020년 6월, 365면.

11) 118 Cong. Rec. 27,924-25 (1972).

즉, 미국 연방상원은 만장일치로 동의한 이 협약의 유보조항과 양해조항은 다음과 같다.

미국 정부는 문화재에 대한 반출통제를 부과할 것인지 여부를 결정할 권리를 유보한다.

미국 정부는 이 협약의 조문들이 자기집행적이거나 소급적인 성격을 지니지 않는다는 점을 이해한다.

미국 정부는 이 협약 제3조가 체약국의 국내법에 따른 문화재에 대한 재산권을 변경하지 아니한다는 점을 이해한다.

미국 정부는 협약 제7조 제a항에 의거하여도 기관의 문화재 취득정책이 기존의 국내법에 따라 국내적으로 통제받는 기관에 적용되고 다른 기관들에 대한 국내적 통제를 확립하기 위하여 새로운 입법을 요구하지 아니한다는 점을 이해한다.

미국 정부는 협약 제7조 제b항이 보상금을 지불하지 않고 권리자에게 도난 문화재를 권리자에게 회복하기 위해 체약국의 법에 따라 이용할 수 있는 다른 민사적 또는 형사적 구제책에 영향을 미치지 않는다는 것을 이해한다.

미국 정부의 기관을 위해 동일한 조치를 취하기로 합의한 당사국에 대해서는 미국은 미국 헌법에서 요구하는 경우를 제외하고 보상금을 지불하지 않고 대상이 되는 도난 문화재를 반환하기 위해 제7조 제b항 제(ii)호에서 고려한 추가 조치를 취할 준비가 되어 있다.

협약 제10조 제a항의 '각 국가에 적합한'이라는 용어와 관련하여 미국 정부는 각 당사국이 골동품 매매업자에 대한 규제 범위를 결정할 수 있도록 허용하는 것으로 이해한다.

협약 제13조 제d항과 관련하여 미국 정부는 관련 국가에 대해 이 협약의 발효 후 출처국에서 이동된 물건에 적용하는 것으로 이해하고 있으며 협약 제13조 제d항에 따른 문화재의 회복수단이 제13조 제c항에 언급된 사법부의 조치라는 것으로 이해하고 있고, 그러한 조치가 요청국이 필요한 증거를 제출하여야 하기 때문에 피요청국의 법률에 따라 통제된다는 점을 이해한다.

미국은 1970년 유네스코 협약을 1972년에 비준하였지만, 그 이행법인 문화재협약 이행법(Convention on Cultural Property Implementation Act; 이하 “CPIA”)은 1983년이 되어서야 제정되었다.<sup>12)</sup> 비자기집행적인 조문 가운데, CPIA는 1970년 유네스코 협약의 제7조 제b항<sup>13)</sup>과 제9조만을 이행하였다.<sup>14)</sup> 1970년 유네스코 협약 제7조

12) 19 U.S.C. §§ 2601-2613.

13) 1970년 유네스코 협약 제 7조 제b항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“본 협약의 당사국은 다음 사항을 약속한다:

(b) (i) 본 협약이 관계국가에서 발효된 이후 본 협약의 타 당사국의 박물관이나 종교적 또는 세속적 공공기념관 또는 유사 기관에서 도난된 문화재가 그 기관의 물품 목록에 소속됨이 문서로 기록되어 있을 경우 그 반입을 금지한다;

(ii) 출처 당사국의 요청에 따라 본 협약이 양 관계당사국에서 발효된 후 반입된 상기 문화재의 회수 및 반환에 관한 적절한 조치를 취한다. 단, 요청국은 선의의 매수인이나 그 문화재의 정당한 권리자에게 공정한 보상을 지급하여야 한다. 회수 및 반환 요청은 외교관청을 통하여야 한다. 요청 당사국은 회수 및 반환청구를 하는데 필요한 증빙서류 및 기타 증거를 자국의 경비부담으로 제출해야 한다. 당사국은 본 조에 따라 반환되는 문화재에 관세나 기타 부과금을 과하여서는 아니된다. 문화재의 반환 및 인도에 부수되는 모든 비용은 요청 당사국이 부담하여야 한다.”

14) Patty Gerstenblith, Expert Report, Second Meeting of States Parties to the 1970 Convention, Paris, UNESCO Headquarters, 20-21 June 2012, p. 2, [http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Gerstenblith\\_en.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Gerstenblith_en.pdf) [hereinafter, Gerstenblith, Expert Report].

제b항은 협약의 다른 당사국에 있는 박물관이나 문화기관 또는 종교기관이 소장하는 도난 문화재의 반입(importation)을 금지하고 체약국이 그러한 문화재를 회복하고 반환하기 위한 적절한 조치를 취하도록 요구하고 있다.<sup>15)</sup> 이 조문에 대응하는 CPIA의 조문은 다른 서명국의 문화기관에서 도난당한 문화재의 반입금지를 대체로 반영하였다.<sup>16)</sup> 하지만, CPIA는 1970년 유네스코 협약이 발효된 날 이후에 문화재가 도난되어야 했는지 아니면 그 협약의 발효일 이후에만 반입이 제한되어야 하는지<sup>17)</sup> 여부에 대한 이 협약의 모호한 점에 대해 완화된 기준으로 해석하였다. 따라서 CPIA (1983)의 시행일 또는 1970년 유네스코 협약 발효일(1972) 중 보다 늦은 날 이후에 도난당한 문화재만 포섭된다고 해석하였다.<sup>18)</sup>

이 협약 제9조는 "약탈로 인한 위험에 처한" 문화재를 보유한 국가가 지원을 요청하는 국가에 돌이킬 수 없는 피해가 발생하는 것을 방지하기 위해 다른 당사국에 "필요한 구체적인 조치"를 요구할 수 있는 의무를 규정하고 있다.<sup>19)</sup> 1970년 유네스코협약의 다른 당사국이 미국에게 지원을 요청할 수 있는 절차를 규정함으로써 CPIA 제2602조는 협약 제9조를 이행한다.<sup>20)</sup> 하지만, CPIA는 특정국이 미국으로부터의 어떠한 방식의 지원을 기대할 수 있기 전에 충족하여야 하는 조건을 포함하고 있다. 먼저 지원을 요청하는 국가가 이 조건을 설정하고 요청국이 자국의 문화유산을 보호하기 위하여 자국의 조치를 취하였다는 것을 미국 대통령이 인증하여야 한다.<sup>21)</sup> 더욱이 다른 국가가 요청한 구제 조치가 필요한 이상의 부담이 되는 반입 제한을 부과할 수 없다.<sup>22)</sup> 이러한 조건이 충족되는 경우에만 미국은 반입 제한을 구현하기 위하여 요청국가와 협정을 체결한다.<sup>23)</sup>

15) Article 7(b) of 1970 UNESCO Convention.

16) 19 U.S.C. § 2607.

17) Article 7(b)(i) of 1970 UNESCO Convention.

18) 19 U.S.C. § 2607.

19) Article 9 of 1970 UNESCO Convention. 이 조문은 다음과 같이 규정하고 있다.

“본 협약의 어느 당사국도 자국의 문화적 유산이 고고학적 또는 인종학적 물품의 약탈로 인하여 위험에 처하게 될 경우, 이에 영향을 입을 타 당사국에 대하여 주의를 환기할 수 있다. 이러한 경우에 본 협약의 당사국은 관계된 특정 물품의 반출이나 반입 및 국제교역의 통제를 포함하는 필요한 구체적인 조치를 결정하고 수행하기 위한 합의된 국제적 노력에 참여할 것을 약속한다. 합의에 이르기까지 각 관계 당사국은 요청국의 문화적인 유산에 대한 회복할 수 없는 손상을 방지하기 위하여 실행 가능한 한도의 잠정적인 조치를 취해야 한다.”

20) 19 U.S.C. § 2602.

21) 19 U.S.C. § 2602(a)(1)(B).

22) 19 U.S.C. § 2602(a)(1)(C) and (D).

23) 19 U.S.C. §2602(a)(1) and (2).

## 나. 미국의 문화재협약이행법(Cultural Property Implementation Act: 이하 'CPIA') 과 McClain 법리

### (1) McClain 법리

외국의 매장문화재법은 United States v. McClain 사건판결(McClain I 사건 및 McClain II 사건)에 있어 광범위하게 다루어졌다. 두 판결은 미국 제5순회구 연방항소법원에 의해 선고되었다. 신대륙발견 이전 시대의 멕시코 내 문화유물을 발굴하여 면허 또는 허가 없이 미국으로 반출한 미국인 피고와 관련이 있다.<sup>24)</sup> 멕시코는 여러 매장문화재법에 따라 그 물품에 대한 소유권을 주장하였고 피고들은 도품의 불법거래 행위로 미국 연방도품법(NSPA)에 따라 기소되었다.<sup>25)</sup> 도난 물품을 운송하고 수령하기로 모의한 행위로 배심에 의해 유죄평결을 받은 McClain 사건의 피고들은 두 가지 논거로 항소하였다. 첫째 피고들은 NSPA에서 사용되는 용어인 '도난당한'이란 용어가 물리적인 점유의 불법박탈만을 의미한다고 주장하였다.<sup>26)</sup> 멕시코는 그러한 박탈행위를 주장하지 않았고, 피고들은 오로지 무단반출만을 주장하였다. 이러한 행위는 미국 법에 따라 형사처벌되지 않는 행위다.<sup>27)</sup> 더욱이 피고들은 관련 대상물이 멕시코로부터 반출된 시점에서 신대륙발견 이전의 유물의 국유를 확립하였다고 판시한 원심법원의 판단을 다투었다.<sup>28)</sup>

미국의 제5순회구 연방항소법원은 McClain I 사건에서 NSPA상 '도난당한'이란 용어의 사용을 분석하였다. 이 법원은 도품의 소유자를 보호하려는 NSPA의 입법취지에 부합하기 위하여 넓게 해석하여야 한다고 판시하였다.<sup>29)</sup> 그 용어에 대해 미국내에서 승인된 판례법상 정의는 존재하지 아니한다. 더욱이 미국의 제5순회구 연방항소법원은 외국의 매장문화재법에 따라 요청받은 재산과 보다 전통적인 의미에서의 소유재산 사이의 법적 구분을 부정하면서 매장문화재의 국유선언을 국가의 한 특징으로서 승인하였다.<sup>30)</sup> NSPA는 출처국으로부터 반출된 문화재의 불법거래에 대해 규정할 수 있다. 왜냐 하면 불법반출은 궁극적으로는 재산에 대한 진정한 소유자의 권리를 불법적으로 박탈하는 것에 상응하기 때문이다.<sup>31)</sup> 그럼에도 불구하고 미국의 제5순회구 연방항소법원에 따르면, 멕시코법은 1972년까지 신대륙발견 이전 시대의 유물의 국유를

24) McClain II, 593 F.2d 658 (5th Cir. 1979); McClain I, 545 F.2d 988 (5th Cir. 1977).

25) McClain I, 545 F.2d at 992.

26) Id. at 994.

27) Id.

28) Id.

29) Id. at 994-95 (citing United States v. Turkey, 352 U.S. 407, 411 (1957)).

30) Id. at 1002-03.

31) Id.

명백히 주장하지 아니하였다고 판단하여 항소인이 멕시코로부터 다툼의 대상이 된 대상물을 반출한 시점을 판단하기 위하여 환송하였다.<sup>32)</sup> 환송시에 다시 유죄평결을 받음에 따라 McClain I 사건에서 제기된 논거와 유사한 사유로 McClain 사건의 피고들이 항소하였다.<sup>33)</sup> 하지만 McClain II 사건에서 미국의 제5순회구 연방항소법원은 피고들의 주장 중 하나만을 받아들였다. 피고들이 모호하거나 이해하기 어려운 매장문화재법을 토대로 한 NSPA상 주장이 적법절차상 우려를 초래한다고 주장하였는데, 이 주장은 수용되었다.<sup>34)</sup> 미국의 제5순회구 연방항소법원은 그 주장을 받아들여 McClain I 사건에 대해 적법절차상 보완장치를 추가하였다.<sup>35)</sup> 즉, McClain II 사건은 외국의 매장문화재법에 따라 주장된 재산은 관련된 국유선언이 미국인 입장에서 이해하기에 명백히 충분하지 아니하는 한, NSPA에 따라 도난당한 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.<sup>36)</sup> McClain 법리란 외국의 매장문화재법을 위반하여 문화재의 점유를 취득하는 것이 NSPA에 따라 형사적 책임을 질 수 있다는 것이다<sup>37)</sup> 하지만 이 법리에는 특정한 제한사유가 적용된다. 첫째, NSPA 위반은 고의를 주관적 요건으로 한다. 즉, 피고는 도난당한 것으로 간주되기 전에 외국 정부가 그 대상을 반환 요청한 사실을 알고 있어야 한다.<sup>38)</sup> 둘째, 단순한 반출제한규정을 위배한 행위는 NSPA 위반행위로 되지 아니한다.<sup>39)</sup> 요컨대, 외국의 매장문화재법은 문화재의 국유를 규정하지 아니하는 한, 미국내에서 집행할 수 없다. 셋째, 문화재의 국유를 주장하는 외국의 매장문화재법에 따르면, 그 효력을 적절하게 통지할 수 있도록 명확히 규정되어 있어야 하고,<sup>40)</sup> 다툼의 대상이 된 문화재는 국유를 주장하는 국가의 영토로부터 출토된 것이어야 하며,<sup>41)</sup> 관련 매장문화재법의 시행일 이후에 절도가 이루어졌어야 한다.<sup>42)</sup>

United States v. Schultz 사건<sup>43)</sup>에서 Schultz는 미국의 제2순회구 연방항소법원이 McClain 법리를 거부하도록 촉구하였다. 피고 Schultz는 여러 가지 이유로 미국법에 따라 고대유물이 도난당한 것이 아니라고 주장하였으나 미국의 제2순회구 연방항소법원은 이러한 주장을 받아들이지 않았다. 이 사건은 NSPA의 문리해석상 외국의

32) Id. at 998-1001.

33) Patty Gerstenblith, The Public Interest in the Restitution of Cultural Objects, 16 Conn. J. Int'l L. 197, 216 (2001).

34) McClain II, 593 F.2d 658, 665-66 (5th Cir. 1979).

35) Id.

36) Id. at 670; United States v. Schultz, 333 F.3d 393, 411 (2d Cir. 2003); United States v. Hollinshead, 495 F.2d 1154, 1155-56 (9th Cir. 1974).

37) Gerstenblith, supra note 33, at 216-17.

38) McClain II, 593 F.2d at 671.

39) McClain II, 545 F.2d 988, 996, 1002.

40) McClain II, 593 F.2d at 670-71; Schultz, 333 F.3d at 402.

41) McClain I, 545 F.2d at 1002-03.

42) Id. at 1000-01.

43) 333 F.3d 393 (2d Cir. 2003).

매장문화재법에 위반하여 취득한 문화재에 대해 NSPA가 적용된다고 판시하였다.<sup>44)</sup>

## (2) CPIA의 우선적용 여부

미국 연방정부가 미국내 반입된 문화재를 다루는 유일한 법체계는 CPIA에 규정되어 야 한다는 제안한 측은 McClain 법리를 반대하는 입장을 취하였다. CPIA에 대한 이러한 주장은 Schultz 사건판결에서 제2순회구 연방항소법원이 거부하였으나 그 중요성은 미국이 체약국인 1970년 유네스코 협약을 개관하지 않고서는 이해할 수 없다.<sup>45)</sup>

1970년 유네스코협약은 체약국이 다른 체약국의 문화재법을 집행하기 위하여 협정을 체결할 것을 예정하고 있고 반환요청국이 다른 체약국의 법원에서 문화재법을 집행하도록 허용함으로써 외국에서 반환을 요청할 수 있도록 하고 있다.<sup>46)</sup> CPIA는 1970년 유네스코협약에 따른 미국 정부의 의무를 이행하도록 규정한 법률이다. 하지만 이 법은 제한적 상황에서만 미국 연방정부가 외국을 위하여 반입제한을 확립하도록 하는 체계를 확립하고 있다.<sup>47)</sup> 1970년 유네스코협약 체약국인인 다른 국가는 지정된 범주에 속하는 고고학적 자료 및 인종학적인 자료에 대한 반입제한을 부과할 것을 미국에 요청할 수 있다.<sup>48)</sup> 하지만 CPIA는 (i) 약탈로 인하여 반환 요청국의 문화재가 위험에 직면하였다는 사실, (ii) 반환요청국이 그 문화재를 보호하기 위한 조치를 취하였다는 사실, (iii) 반입제한이 필요하고 그 문제를 다루는데 효과적일 것이라는 사실, (iv) 그 반입제한이 국제사회의 보편적인 이익에 부합한다는 사실을 증명한 경우에만 소를 허용하고 있다. 그러한 증명 없이는 CPIA는 체약 당사국의 박물관이나 그 밖의 공공기관의 목록에 기재되지 아니하는 한, 문화재의 반입을 금지하지 못한다.<sup>49)</sup> Schultz 사건판결에서 피고는 CPIA가 NSPA와 McClain 법리에 우선적용된다고 주장하였다. 피고는 미국 연방의회가 미국 연방정부가 문화재의 반입을 제한하는 유일한 체계를 마련하기 위하여 CPIA를 제정하였다고 주장하였다.<sup>50)</sup> CPIA는 한정적

44) Schultz, 333 F.3d at 410.

45) Charles De Visscher, International Protection of Works of Art and Historic Monuments, in U.S. Dep't of St., Documents & State Papers 821, 823 (June 1949), reprinted in John H. Merryman & Albert E. Elsen, Law, Ethics, and the Visual Arts 262 (4th ed. 2002).

46) Peter K. Tompa, Ancient Coins as Cultural Property: A Cause for Concern?, 4 J. Int'l Legal Stud. 69, 77 (1998).

47) United States v. Schultz, 333 F.3d 393, 408 (2d Cir. 2003).

48) Patty Gerstenblith, The McClain/Schultz Doctrine: Another Step Against Trade in Stolen Antiquities, Culture Without Context, Issue 13 (Cambridge: McDonald Institute for Archaeological Research) Autumn 2003, available at <https://traffickingculture.org/publications/culture-without-context-2003-issue-13-cambridge-mcdonald-institute-for-archaeological-research/> (last visit on August 10, 2020).

49) Merry & Elsen, supra note 45, at 258.

상황에서만 반입제한을 부과하기 때문에 NSPA에 비해 광범위한 문화재관련 활동을 형사처벌할 수 없었다.<sup>51)</sup> McClain 법리에 대한 비판론자들은 이러한 CPIA의 우선적용 주장을 지속적으로 제기하였다.<sup>52)</sup> 하지만 이러한 CPIA 우선적용 주장은 반론에 직면하게 된다.

첫째, CPIA 법문은 NSPA에 대하여 우선적용된다는 법조문을 명시하지 않았다. 반대로, CPIA의 입법경과를 보면, 미국 연방의회가 기존의 연방법에 우선적용하거나 그 법을 개정하고자 CPIA를 입법한 것이 아니라는 점을 명백히 하였다.<sup>53)</sup> 더욱이 CPIA가 미국의 문화재정책을 유일하게 표방한 것으로서 McClain법리를 대체한다는 입장을 보인 연방상원의원들은 CPIA 입법 이후 2회에 걸쳐 CPIA의 우선적용을 강제하는 새로운 법률안을 제출하였으나 연방의회를 통과하지는 못했다.<sup>54)</sup> CPIA의 우선적용을 바라는 이들조차도 추가적인 입법이 없이는 CPIA가 McClain법리에 우선적용할 수 있다고 생각하지는 아니하였다.<sup>55)</sup> 그리고 마지막으로 CPIA는 반입관련법이고 NSPA와 같은 형사법이 아니다. CPIA가 잠재적으로 중복되더라도 NSPA의 범위를 제한할 이유는 없다.<sup>56)</sup> Schlutz 사건판결에서 판시한 대로, CPIA는 그 법이 적용되는 대상이 체약국내에서 도난당하여 미국으로 반입된 경우에 NSPA에 우선적용되지 않는다고 한다.<sup>57)</sup> 이러한 이유로 McClain법리에 대한 비판론자들은 미국 연방법원이 외국의 문화재에 대하여 NSPA를 적용해서는 아니된다고 주장한다. 이들의 주장에 따르면, 전통적인 의미의 절도가 없는 경우에 McClain법리를 이용하는 것은 외국법을 부당하게 집행하면서 문화재의 유효한 거래를 제한한다고 한다. 하지만, 외국의 매장문화재법에 NSPA를 적용하는 것을 반대하는 법적 주장은 그 근거가 박약하다. McClain법리는 법률문제로서 타당하다.

## 다. 평가

미국은 1970년 유네스코협약의 핵심조문인 제3조<sup>58)</sup>를 채택하지 않았다.<sup>59)</sup> 1970년 유

---

50) Schultz, 333 F.3d at 408.

51) Id.

52) See, e.g., James F. Fitzpatrick, A Wayward Course: The Lawless Customs Policy Toward Cultural Properties, 15 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 857, 862-64 (1983).

53) S. Rep. No. 97-564, at 22 (1982), reprinted in 1982 U.S.C.C.A.N. 4078, 4099.

54) Fitzpatrick, supra note 52, at 864.

55) Gerstenblith, supra note 33, at 220-22.

56) Schultz, 333 F.3d at 409.

57) Id. at 408-09.

58) 1970년 유네스코협약 제3조는 “본 협약의 당사국이 본 협약상의 규정에 위반하여 문화재를 반입, 반출 또는 소유권을 양도함은 불법이다.”라고 규정하고 있다.

59) Patrick J. O'Keefe, Commentary on the 1970 UNESCO Convention 41, 108 (2d ed. 2007).

네스코협약을 불완전하게 이행입법한 미국 법제는 다른 체약국에게 피해를 입힐 가능성이 있다. 2017년 7월에 유럽위원회는 미국과 같이 1970년 유네스코협약을 약하게 이행하는 국가를 유럽내에 문화유산을 불법거래할 수 있도록 하는 효과를 가져오는 입법을 제안하였다.<sup>60)</sup> 그러한 제안은 문화재거래와 관련된 국제적 체계의 전체 가치를 감소시킬 수 있다. 왜냐 하면 미국법제보다 엄격하고 1970년 유네스코협약을 충실히 이행하는 유럽연합의 규칙을 전적으로 우회할 수 있기 때문이다. 2018년 12월에 유럽연합이사회(Council of the European Union)는 2017년 안을 어느 정도 수정하여 대체한 새로운 안을 제안하였다.<sup>61)</sup> 2018년 안은 2017년 안이 가져올 허점을 줄이는 것이나 근절하는 데에는 실패한 것이다.<sup>62)</sup>

1970년 유네스코협약 제9조를 집행할 수 있게 하기 위해서는 다른 국가와 양자간 협정을 체결할 필요가 있다는 것에 의해 미국의 1970년 유네스코협약의 이행은 더 복잡하게 된다.<sup>63)</sup> 미국은 1970년 유네스코협약 제9조가 관련성이 있게 하는 긴급성 요건을 두고 있다고 해석하고 있기 때문이다.<sup>64)</sup> 스위스만 그러한 요건을 가진 또다른 국가이다.<sup>65)</sup> 미국은 벨리제, 볼리비아, 불가리아, 캄보디아, 중국, 콜롬비아, 키프로스, 이집트, 엘살바도르, 그리스, 과테말라, 이태리, 온두라스, 말리, 니카라과 및 페루 등과 양자간 협정을 체결하고 있다.<sup>66)</sup> 이태리, 말리 및 과테말라와의 양자간 협정을 제외하고는 이들 양자간 협정은 법적 구속력이 없는 양해각서에 불과하다.<sup>67)</sup> 그리고 이들 양해각서(memorandums of understanding)의 성격을 가진 양자간 협정을 체결함에 있어 미국은 국제법상 엄격한 용어의 정의 및 조약상 용어를 따르지 아니하였다.<sup>68)</sup>

그 밖에 CPIA가 채택되었음에도 불구하고 미국 법원은 연방도품법<sup>69)</sup>과 같은 미국 국내 법률에 주로 의존하였다. 따라서 미국법원은 피고의 책임을 인정하는 근거로 CPIA와 연방도품법을 같이 제시하는 경우는 매우 희소하다.<sup>70)</sup>

---

60) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Import of Cultural Goods, COM (2017) 375 final (July 7, 2017) [hereinafter 2017 Proposal].

61) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the introduction and the import of cultural goods, 2017/0158(COD) (Dec. 16, 2018) [hereinafter 2018 Proposal].

62) William Kuzma, Potentiating Loopholes: How Erratic and Piecemeal Implementation of the 1970 UNESCO Convention Has Failed to Protect Cultural Antiquities, 42 Colum. J.L. & Arts 501, 511 (Summer 2019).

63) O'Keefe, supra note 59, at 224.

64) Id. at 225.

65) Id. at 208.

66) Cultural Property Protection: Bilateral Agreements, U.S. Dep't of St. Bureau of Educ. & Cultural Aff., <https://perma.cc/8WEM-ST36> (last visit on October 1, 2020).

67) O'Keefe, supra note 59, at 226.

68) Id.

69) National Stolen Property Act, 18 U.S.C. §§ 2601-15 (2017).

## 2. 일본의 경우

### 가. 의의

2002년 일본은 「문화재의 불법 수출입 등에 관한 법률」<sup>71)</sup>을 제정하여 2005년 4월 1일부터 시행되었다.<sup>72)</sup> 이 법은 문화재의 불법 수입, 수출 및 소유권 이전 금지와 예방 수단에 관한 협약 (이하 "협약"이라 한다)의 정확한 실시를 확보하기 위해 도취(盜取)된 문화재의 수입, 수출 및 복구에 관한 필요한 조치를 강구하는 것을 목적으로 한다.<sup>73)</sup> 이 법에서 "문화재"라 함은 국내 문화재 및 협약의 당사자인 외국 (이하 "외국"이라 한다)이 협약 제1조 규정에 따라 지정한 물건을 말한다.<sup>74)</sup> 이 법에서 "국내 문화재"라 함은 협약 제 1 조 (a) 내지 (k)까지 열거한 분류에 속하는 물건 중 문화재 보호법 제27조 제1항의 규정에 의하여 지정된 중요 문화재, 동법 제78조 제1항의 규정에 의하여 지정된 중요 유형 민속 문화재 및 동법 제109조 제1항의 규정에 따라 지정된 사적, 명승, 천연기념물을 말한다.<sup>75)</sup> 일본 문화재보호법에 따르면, 문부과학성 장관은 유형문화재 중 중요한 것을 중요 문화재로 지정할 수 있다.<sup>76)</sup> 문부과학성 장관은 중요 문화재 중 세계 문화의 관점에서 가치가 높은 것으로 유례없는 국민의 보물인 것을 국보로 지정할 수 있다.<sup>77)</sup>

외무성 장관은 외국으로부터 협약 제17조 (b) (i)에 규정하는 시설에서 문화재가 도취(盜取)된 취지의 통지를 받은 때에는 지체없이 그 내용을 문부과학성 장관에게 통지하여야 한다.<sup>78)</sup> 문부과학성 장관은 외무성 장관으로부터 그 통지를 받은 때에는 그 통지에 따른 문화재를 문부과학성령으로 정하는 바에 따라 특정 외국문화재로 지정한다.<sup>79)</sup> 문부과학성 장관은 그 지정을 하고자 하는 때에는 경제산업성 장관과 협의하여야 한다.<sup>80)</sup> 다만, 이 법 시행 전에 도취(盜取)된 문화재에 대해서는 적용하지 않는다.<sup>81)</sup>

특정 외국문화재를 수입하고자 하는 자는 외국환 및 외국 무역법에 따라 수입 승인

70) See, e.g., Schultz, 333 F.3d at 408.

71) 2002년 (평성 14년) 법률 제81호.

72) 화재의 불법 수출입 등에 관한 법률 부칙 (평성 16년 5월 26일 법률 제61호) (시행일)에서는 "제1조 이 법률은 평성 17년 4월 1일부터 시행한다."라고 규정하였다.

73) 문화재의 불법 수출입 등에 관한 법률 제1조.

74) 문화재의 불법 수출입 등에 관한 법률 제2조 제1항.

75) 문화재의 불법 수출입 등에 관한 법률 제2조 제2항.

76) 일본 문화재보호법 제27조 제1항.

77) 일본 문화재보호법 제27조 제2항.

78) 문화재의 불법 수출입 등에 관한 법률 제3조 제1항.

79) 문화재의 불법 수출입 등에 관한 법률 제3조 제2항.

80) 문화재의 불법 수출입 등에 관한 법률 제3조 제3항.

81) 문화재의 불법 수출입 등에 관한 법률 부칙 제2조.

을 받을 의무를 부담한다.<sup>82)</sup> 문화청 장관은 국내 문화재에 대해 문화재보호법 제33조 (동법 제 80조, 제18조 및 제20조에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 신고 (분실 또는 도난에 관한 것에 한한다)이 있는 때에는 그 취지를 관보에 공시하고, 해당 국내 문화재가 협약 제17조 (b) (i)에 규정하는 시설에서 도취(盜取)된 것일 때는 외무성 장관에게 통지하여야 한다.<sup>83)</sup> 외무성 장관은 제1항의 통지를 받은 때에는 그 내용을 지체없이 외국에 통지하여야 한다.<sup>84)</sup> 다만, 이 법 시행 전에 유실 또는 도취(盜取)된 문화재에 대해서는 적용하지 않는다.<sup>85)</sup>

특정 외국문화재의 점유자가 민법 제109조의 조건을 구비하고 있는 경우에도, 제3조 제1항의 도난 피해자는 동법 제109조의 규정에 의한 회복의 청구 이외에 도난 때부터 2년이 경과한 후 10년을 경과 할 때까지의 기간에 있어서는 해당 점유자에 대하여 이를 회복하는 것을 요청할 수 있다. 다만, 해당 특정 외국 문화재가 일본에 수입된 후 제3조 제2항의 규정에 의하여 지정된 것인 때에는 그러하지 아니하다.<sup>86)</sup> 제1항 본문의 경우에는 피해자는 점유자가 지불한 대가를 변상해야 한다.<sup>87)</sup> 국가는 교육 활동, 홍보 활동 등을 통해 문화재의 불법 수입, 수출 및 소유권 이전 방지에 관한 국민의 이해를 깊게 하고, 또한 그 협력을 얻도록 노력해야 한다.<sup>88)</sup> 이 법률은 협약의 발효일로부터 일본에서 시행한다.<sup>89)</sup>

문화재의 불법 수출입 등의 규제 등에 관한 법률 시행규칙<sup>90)</sup>에서는 “문화재의 불법 수출입 등의 규제 등에 관한 법률(평성 14년 법률 제81호) 제3조 제2항의 규정에 따라 같은 법을 실시하기 위하여 문화재의 불법 수출입 등의 규제 등에 관한 법률 시행규칙을 다음과 같이 정한다.” 이 시행규칙 제1조에서는 “제1조(특정 외국문화재의 지정)

문부과학성 장관은 문화재의 불법 수출입 등의 규제 등에 관한 법률(이하 ‘법’이라 한다.) 제3조 제1항의 규정에 의한 통지를 받은 경우에 해당 통지에 관한 문화재가 다음의 각 호의 어느 하나에 해당한다고 인정되는 때에는 해당 문화재를 특정 외국문화재로 지정한다. 다만, 해당 문화재의 종류(회화, 조각, 공예품, 서적, 전적, 고문서, 고고자료, 역사자료 그 밖의 해당 문화재의 종류를 말한다.), 특징 (크기, 무게, 재질, 모

82) 문화재의 불법 수출입 등에 관한 법률 제4조.

83) 문화재의 불법 수출입 등에 관한 법률 제5조 제1항.

84) 문화재의 불법 수출입 등에 관한 법률 제5조 제2항.

85) 문화재의 불법 수출입 등에 관한 법률 부칙 제3조.

86) 문화재의 불법 수출입 등에 관한 법률 제6조 제1항.

87) 문화재의 불법 수출입 등에 관한 법률 제6조 제2항.

88) 문화재의 불법 수출입 등에 관한 법률 제7조.

89) 문화재의 불법 수출입 등에 관한 법률 부칙 제1조.

90) 2003년 (평성 15년) 문부과학성령 제42호.

양, 색상 그 밖의 해당 문화재의 특징을 말한다) 등에 관한 통지의 기재가 해당 문화재를 특정할 수 있을 정도로 명확하지 않다고 인정되는 때에는 그러하지 아니하다.

1. 법 제2조 제1항에 규정된 문화재
2. 문화재의 불법 수입, 수출 및 소유권 이전을 금지 및 방지하는 수단에 관한 조약 제7조(b)(i)에 규정된 시설로부터 도난당한 문화재
3. 법의 시행 이전에 도난당한 문화재가 아닌 것”이라고 규정하고 있다.

아울러, 이 시행규칙 제2조에서는 “제2조 문부과학성 장관은 특정 외국문화재에 대하여 그 지정의 필요가 없어졌다고 인정하는 때에는 해당 지정을 해제한다.”라고 규정하고 있다.

아울러, ‘문화재의 불법 수출입 등의 규제에 관한 법률 제3조 제2항에 규정한 특정 외국문화재를 지정하는 성령’<sup>91)</sup>은 “문화재의 불법 수출입 등의 규제 등에 관한 법률(평성 14년 법률 제81호)을 실시하기 위하여 문화재의 불법 수출입 등의 규제 등에 관한 법률 제3조 제2항에 규정한 특정 외국문화재를 지정하는 성령’을 규정하고 있다. 그 대표적인 예는 터키의 디야르바크 시리아 성모교회의 전적(성서의 사본)(도난 시기 2003년 1월 7일; 지정 연월일: 2003년 9월 29일)을 들 수 있다. 또다른 예로는 2017년 8월 볼리비아 산아구스틴 교회로부터 도난당한 ‘묵주의 성모(회화(유화))’ 1점 및 촛대(공예품(은세공)) 2점을 들 수 있다. 후자의 문화재는 ‘문화재의 불법 수출입 등의 규제 등에 관한 법률’에 따라 ‘특정 외국문화재’로 지정되었다.<sup>92)</sup> 이 지정에 관한 개정 성령은 2018년 4월 13일에 공포되어 시행되고 있다. 이 특정 외국문화재에 대해서는 같은 법 제4조의 규정에 의하여 「외환 및 외국 무역법」에 근거해 수입규제의 대상이 된다.

## 나. 평가

1970년 유네스코협약을 이행하기 위한 일본 법제는 유럽 내로 수출입되는 불법 문화유산의 거래에 잠재적인 흠을 제시한다. 일본은 이 협약이 발효된 지 30년이 지난 2002년에 이 협약의 가입국이 되었다.<sup>93)</sup> 하지만, 일본의 유네스코협약 이행법제는 가장 빈약한 이행법제 중 하나로 평가되고 있고<sup>94)</sup> 그 이행법제를 고려할 때 이 협약의

91) 2003년(평성 15년) 문부과학성령 제43호.

92) <https://www.jcic-heritage.jp/jcicheritageinformation0416/> (last visit on October 10, 2020).

93) Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, Paris, 14 November 1970, United Nations Educ., Sci. & Cultural Org., <https://perma.cc/GQ4W-3BHE> (last visit on October 10, 2020).

94) Patty Gerstenblith, Implementation of the 1970 UNESCO Convention by the United States and Other Market Nations, in The Routledge Companion to Cultural Property 70, 85 (Jane Anderson & Haidy Geismar eds., 2017).

당사국으로 보아야 하는지에 대해 의문을 제기하는 학자도 있다.<sup>95)</sup>

일본은 이 협약의 제7조 제b항 제(i)호만을 이행하는 국내이행법을 채택하였다.<sup>96)</sup> 1970년 유네스코협약 제7조 제b항 제(i)호<sup>97)</sup>에 따르면 각 당사국은 박물관이나 그와 유사한 기관으로부터 도난당한 문화재의 수입을 금지하여야 한다고 규정하고 있다.<sup>98)</sup> 더욱이 이 협약을 채택함에 있어 일본법에 따라 보호되는 문화유산에 해당하는 것에 대해서는 판매를 방지하기 위한 노력을 하기 전에 그 문화재가 특정 기관의 소장품으로 특별히 지정되어야 한다는 요건도 추가하였다.<sup>99)</sup>

게다가, 일본법제는 특정기관으로 도난당하였고 그 기관에 소장되었던 외국문화재에만 초점을 두고 있다는 점에서 더 큰 우려를 낳고 있다.<sup>100)</sup> 일본의 이행법제의 적용범위는 상당히 제한적이며 1970년 유네스코협약 제6조 제b항에 규정된 수출증명서가 없는 수출의 경우를 규율하지 아니한다.<sup>101)</sup> 그 밖에, 일본 법제는 외국문화재의 수출입에 한정한다는 점에 외국문화재의 반출입을 규정하고 있는 우리 법제보다는 그 적용범위가 협소하다고 하겠다.

### 3. 유럽

유럽에서 1970년 유네스코협약을 국내법으로 이행하기 위하여 다양한 방식이 활용되었다. 이 협약을 이행하기 위한 절차를 구체적으로 규정한 이행법을 제정한 국가도 있고 1970년 유네스코협약에 부합하도록 자국의 국내법을 개정한 국가도 있으며 1970년 유네스코협약에 포함된 원칙과 규정에 유사하도록 국내법을 개정하는 국가도 있고 1970년 유네스코 협약을 단순히 비준한 국가도 있다.<sup>102)</sup>

95) Patrick J. O'Keefe, Protecting Cultural Objects: Before and After 1970 207 (2017).

96) Keun-Gwan Lee, An Overview of the Implementation of the 1970 UNESCO Convention in Asia 12 (2012), <https://perma.cc/D3W7-PERL> (last visit on October 10, 2020).

97) 1970년 유네스코협약 제7조 제b항 제(i)호는 “본 협약이 관계국가에서 발효된 이후 본 협약의 타 당사국의 박물관이나 종교적 또는 세속적 공공기념관 또는 유사기관에서 도난된 문화재가 그 기관의 물품목록에 소속됨이 문서로 기록되어 있을 경우 그 반입을 금지한다.”라고 규정하고 있다.

98) Article 7 (b)(i) of 1970 UNESCO Convention.

99) Gerstenblith, *supra* note 94, at 85.

100) *Id.*

101) Keun-Gwan Lee, *supra* note 96, at 13.

102) Marie Cornu, Implementation of the 1970 UNESCO Convention in Europe, Background paper, Second Meeting of States Parties to the 1970 Convention, UNESCO Headquarters, Paris, June 20 and 21, 2012, p. 2, available at [http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Cornu\\_en.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Cornu_en.pdf) (last visit on October 5, 2020).

#### IV. 관련 사례

일본 나가사키현 쓰시마 시 소재 관음사에 봉안된 관세음보살좌상(이하 ‘이 사건 불상’이라 한다.)이 2012년 한국인 절도범에 의해 우리나라로 불법 반입되었다. 2013년 일본 정부는 한일 양국 모두가 체약당사국인 1970년 ‘문화재의 불법적인 반출입 및 소유권 양도의 금지와 예방수단에 관한 협약’에 따라 외교경로를 통해 우리나라 정부에게 이 사건 불상의 반환을 요청하였다. 이와 관련된 조문은 유네스코협약 제7조(b)(ii)다. 유네스코협약 제7조(b)(ii)에 따르면, 출처국은 외교경로를 통하여 반환 요청을 해야 하고, 반환 요청을 뒷받침할 수 있는 서류 그 밖의 증거를 제출하여야 하며, 선의의 취득자 또는 도난문화재에 대하여 유효한 소유권을 가진 자(이하 ‘변상대상자’라 한다)가 있는 경우에는 출처국이 변상대상자에게 공정한 변상을 제공하여야 하고, 반환에 필요한 모든 비용을 부담하여야 한다. 출처국으로부터 반환 요청을 받은 반입국은 유네스코협약 제7조(b)(ii)의 요건이 충족되면 도난문화재를 반환할 의무를 진다. 따라서 이 사건 불상과 관련해서 유네스코협약 제7조(b)(ii)의 반환 요건이 충족되면, 우리나라 정부는 출처국 일본에게 반환하여야 한다.

그런데 2014년 절도범 형사재판에서 이 사건 불상과 관련하여 몰수형이 선고되었고, 이 형사판결에서 절도 피해자인 점유권자로 인정된 관음사가 개인 자격으로 이 사건 불상(몰수품)의 교부를 청구하였다. 우리나라 검찰은 충남 서산 소재 부석사(浮石寺)가 이 사건 불상에 대한 소유권을 주장하며 대전지방법원에 신청한 점유이전금지가처분 청구가 2013년 2월에 인용되었다는 이유로 관음사에 대한 교부 판단을 보류하였다.

2016년 부석사가 대한민국을 피고로 하여 제기한 이 사건 불상 인동 청구 사건에서 대전지방법원은 유네스코협약상 우리나라 정부의 반환 의무 쟁점에 대한 판단 없이 피고는 이 사건 불상을 소유자인 부석사에게 인도하라고 판시하였다.<sup>103)</sup> 이 제1심 법원 판결 이후 우리나라 검찰은 이 사건 불상이 부석사의 소유가 아니라고 항소하였고, 2020년 8월 15일 현재까지 항소심에 계속 중이다.<sup>104)</sup>

이 제1심 판결을 지지하는 견해<sup>105)</sup>와 이에 대하여 비판적인 견해<sup>106)</sup>로 나뉘고 있다. 이 사건 불상과 관련하여 우리 문화재보호법 제20조상 두 번째 요건은 충족하기 어

103) 대전지방법원 2017. 1. 26. 선고 2016가합102119 판결.

104) 사건번호 2017나10570.

105) 류창호, “악탈 문화재의 소유권귀속에 관한 연구-서산 부석사 금동관음보살상을 중심으로,” 『아주법학』12권 1호(2019), 63-65면; 박선아, “악탈문화재의 환수와 원소유자 반환의 원칙-대전지방법원 2016가합102119 서산부석사 불상인도청구사건을 중심으로,” 『법학논총』34권 3호(2017), 335면; 오미영, “해외반출 불교문화재의 환수에 관한 국제법적 논의와 정책적 제언,” 『원광법학』35권 3호(2019), 280면.

106) 류병운, “악탈 문화재에 관한 국제분쟁 연구: 한국 문화재 반환을 중심으로,” 『홍익법학』20권 1호(2019),

럽다고 보인다. 왜냐 하면 일본 정부가 지정한 문화재가 아니기 때문이다. 그럼에도 불구하고 유네스코협약을 적용할지 여부는 유네스코협약의 관련 조문이 자기집행력이 있는지 여부에 달려 있다.

## V. 맺음말

전술한 바와 같이 유럽의 관점에서 볼 때, 미국과 일본은 1970년 유네스코협약을 불완전하게 이행하는 대표적인 국가에 해당한다는 것을 알 수 있다. 특히 미국은 1970년 유네스코협약 제3조를 채택하지 않았고, 미국이 양자간 협정을 체결함에 있어서도 대다수의 양자간 협정은 양해각서에 불과하고 그 협정에 포함된 용어도 국제법이나 국제조약의 용어례를 따르지 않고 있다는 점을 알 수 있다. 더욱이 미국법원은 법적 근거로 CPIA보다는 미국 국내법인 연방도품법에 더 의존하고 있다.

그리고 일본은 1970년 유네스코협약 제7조 제b항 제(i)호만 이행하고 있다는 것을 알 수 있다. 특히, 일본 대마도 관음사에서 도난된 불상에 대해서는 1970년 유네스코협약의 적용대상이 아니라고 보아야 할 것이다. 왜냐 하면 일본의 1970년 유네스코협약 이행법률이 중점보호주의를 취하여 출처당사국이 중요성을 인정하여 목록화한 범위의 문화재로 한정하여 보호하기 때문에 나가사키 현의 지방문화재는 여기에 포함되지 않기 때문이다.

우리 법제도 1970년 유네스코 협약 제3조와 제7조 제b항 제(ii)호를 채택하고 있지 않았다는 점에서 볼 때 우리 법제도 1970년 유네스코협약을 불완전하게 이행하고 있음을 알 수 있다.

우리 문화재보호법 제20조 제1항에서는 “① 인류의 문화유산을 보존하고 국가 간의 우의를 증진하기 위하여 대한민국이 가입한 문화재 보호에 관한 국제조약(이하 "조약"이라 한다)에 가입된 외국의 법령에 따라 문화재로 지정·보호되는 문화재(이하 "외국 문화재"라 한다)는 조약과 이 법에서 정하는 바에 따라 보호되어야 한다.”라고 규정하고 있다. 즉, 일본과 마찬가지로 출처국이 중요성을 인정하여 목록화된 범위의 문화재를 반입금지의 대상으로 하는 법제를 취하고 있다.

미국과 일본이 1970년 유네스코협약을 불완전하게 이행하고 있는 상황 하에서 우리나라가 솔선수범하여 1970년 유네스코협약을 보다 엄격하게 이행하는 것이 타당한지 여부는 유럽연합이 미국과 일본의 1970년 유네스코협약 이행법제에 대해 고민하는 것을 참작할 필요가 있을 것이다.



## Session 2

문화재의 국제거래 관점에서 본  
국외소재문화재 정책 검토

서재권 교수  
(한국전통문화대학교 교수)



# 문화재의 국제거래 관점에서 본 국외소재문화재 정책 검토

한국전통문화대학교 문화재관리학과  
서재권

## <목 차>

### I. 문제의 제기

### II. 문화재 국제거래 현황

1. 국제거래 대상으로서의 문화재
2. 통상조약에서 문화재의 취급
3. 문화재 국제거래 현황
  - 가. 주요 수출국
  - 나. 주요 수입국

### III. 국외소재문화재 정책 검토

1. 국외소재문화재 정책 기본 방향
2. 국외소재문화재 정책의 성과 평가

### IV. 국외소재문화재 정책 방향 제언

1. 유니드로협약 가입 검토
2. 국제사회에서의 역할 정립
3. 실무조직의 업무범위 조정

### V. 결론

## I. 문제의 제기

우리나라에서는 ‘문화재의 국제거래’라는 용어보다 ‘약탈 문화재 환수’나 ‘불법 반출 문화재 반환’이라는 용어가 익숙하다. 제국주의 침탈이 횡행하던 일제강점기를 거치면서 수많은 문화재가 약탈당했고 이후에도 국내외 도굴범들에 의해 문화재가 불법 반출된 경험이 영향을 미친 것으로 생각된다. ‘약탈 문화재 환수’ 또는 ‘불법 반출 문화재 반환’이라는 용어의 사용은 강대국의 식민지배 아래 있던 약소국들에게서 찾기 쉬운데, 자국으로부터 불법 반출된 문화재를 되찾아야 한다는 목표가 국가의 중요한 정책에 반영되기도 한다.

또 다른 시각으로 바라보면 인류가 탄생한 이래 전쟁은 최근까지 이어져 왔고, 승전국은 패전국의 민족정체성을 말살하여 응전의지를 무너뜨리려는 한 방편으로 문화재를 파괴하거나 반출해 왔다. 프랑스 루브르박물관에는 이집트, 그리스, 이태리 등 과거에 프랑스가 침략했던 국가들의 문화재가 전시되고 있고, 영국, 스페인, 포르투갈의 박물관에도 피침략국에서 들여온 문화재가 상당하다. 특히 18세기 후반 영국과 프랑스는 유럽의 패권을 놓고 대립하는 과정에서 피침략국들의 문화재를 경쟁적으로 약탈했다. 서구 열강에 의한 문화재 약탈은 피침략국의 물리적 지배를 넘어 문화적 우월성을 확보하고자 한 전략이었다.

제국주의 시대가 종식된 지 오래이지만 국제사회에서 문화재 반환에 대한 논의는 의미 있는 진전을 보이지 못하고 있다. 그 이유는 문화재의 반환에 대한 국제법적 근거가 불명확한 이유도 있겠으나, 그 이면에는 제국주의 시대에 서구 열강이 동양의 독특하고 다양한 문화를 일반화시키고 서열화하면서 스스로의 문화를 동양의 문화보다 우월하다고 인식하는 입장이 현재까지 이어져 오는 것도 한 몫 하는 것으로 보인다.

국제적 관점에서 문화재 보호는 두 차례 세계대전을 거치면서 조명받기 시작했다. 그 이전에도 개별 국가 차원에서 또는 국제조약의 일부로서 문화재를 보호하는 장치는 있었다. 개별 국가 차원에서 문화재를 보호한 경우로는 1462년 교황 비오 2세(Pope Pius II)가 교황령이 미치는 영토에서 고대 유적을 보호하도록 한 법령이나, 1630년 스웨덴 국왕 구스타브 2세(Gustavus Adolphus of Sweden)가 국가의 중요한 유적을 지정해서 관리한 것이 대표적이다.<sup>2)</sup> 국제조약의 일부로서 문화재를 보호하기 위한 장치는 대부분 전쟁법에 관한 국제조약의 일부로 포함되었는데, 그 시초는 1899년 헤이그협약(Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land)과 1907년 헤이그협약(Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land)에서 찾아볼 수 있다. 국제적으로 문화재 보호만을 위해 체결된 최초의 조약은 1954년 ‘전시 문화재 보호에 관한 헤이그협약(Protocol for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14 May 1954; 헤이그협약)’이다. 조약 명에서도 나타나듯이 이 협약은 전쟁 중의 파괴나 약탈 위험으로부터 문화재를 보호하는 데 초점이 맞추어져 있었다.

2차 세계대전과 냉전이 종식되는 과정에서는 문화재 약탈에 대한 반성과 성찰이 있었는데, 그 결과물이 1970년 ‘문화재 불법 반출입 및 소유권 양도 금지와 예방수단에 관

1) Edward W. Said, 『Orientalism』, Vintage Books(1979), pp. 96-104.

2) Janet Blake, 『International Cultural Heritage Law』, Oxford University Press(2015), p. 2.

한 협약(Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property; 유네스코협약)'이다. 그리고 그 연장선에 1995년 '도난 또는 불법 반출된 문화재에 관한 협약(Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Object; 유니드로협약)'이 있다. 불법 반출된 문화재의 반환이라는 측면에서 보면 유니드로협약이 유네스코협약보다 월등히 발전된 것으로 평가할 수 있다. 그러나 반환이 필요한 문화재는 협약이 체결되기 이전에 반출된 것이 대부분인데 반해, 두 협약 모두 소급효를 인정하지 않고 있고 유니드로협약의 경우에는 가입국 수도 많지 않다.

문화재는 불법적인 경로로 반출되는 경우가 주로 회자되나, 실은 많은 수의 문화재가 국제적으로 거래되고 있고 수출입액도 상당하다. 최근 소더비(Sotheby) 경매에서는 유럽에 거주하는 80대 여성이 소유했던 도자기가 109억 원에 낙찰된 사건이 있었다. 이 도자기는 1954년 런던 경매장에서 56달러, 현재 가격으로 약 1,500달러에 거래됐었으나 65년이 지난 후에 청나라 황실에서 보관했던 것으로 밝혀져 그 가치를 인정받게 되었다.<sup>3)</sup> 최근에는 온라인을 통한 문화재의 거래도 활발히 진행되고 있다.

우리나라의 경우 문화재보호법 제2조에서 '국외소재문화재'의 정의를 규정하고, 문화재기본계획의 수립을 규정한 제6조에 '국외소재문화재 환수 및 활용에 관한 사항'을 포함함으로써 국외소재문화재 정책을 환수와 현지에서의 활용에 초점을 맞추고 있다. 그러나 현재 문화재 반환과 관련된 국제협약의 적용 가능성을 감안할 때 환수에 목적을 둔 국외소재문화재 정책이 제대로 설정된 것인지 다소 의문이 든다.

이 글에서는 문화재의 국제거래의 현황을 짚어 보고 불법 반출된 문화재의 환수에 무게를 둔 우리나라 국외소재문화재 정책을 평가한 후 개선 방향을 제안해 보고자 한다.

## II. 문화재 국제거래 현황

### 1. 국제거래 대상으로서의 문화재

우리 문화재보호법 제2조에서는 문화재의 정의를 인위적이거나 자연적으로 형성된 국가적·민족적 또는 세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적 가치가 큰 것으로 규정하고, 그 유형을 네 가지로 구분하고 있다. 회화나 서적과 같은 유형문화재, 전통공연과 같은 무형문화재, 사적이나 명승과 같은 기념물, 풍속이나 관습에 사용되는 의복과 같은 민속문화재가 그것들이다. 문화재 중에는 국가나 지방자치단체가 지정이나 등록하여 관리하는 문화재가 있는가 하면, 지정이나 등록 없이 법이 적용되는 문화재도 존재한다. 이를 비지정문화재라고 하는데, 여기에는 문화재보호법에 따라 지정 또는 등록되지 않은 문화재 중 동산에 속하는 일반동산문화재<sup>4)</sup>와 토지 또는 수중에 매장되어 있거나 건조물 등에 포장되어 있는 매장문화재<sup>5)</sup>가 포함된다.

3) 김예운, "7만원에 팔렸던 도자기 알고 보니 淸황제가 극찬...소더비 경매 109억 원 낙찰", 동아일보(2020.07.15.자).

4) 문화재보호법 제60조 제1항.

우리 법에서 정한 문화재 중에 무형문화재는 본질적으로 형태가 없는 것이므로 거래의 대상이 될 수 없다. 공연이나 구전 전통 등 형태가 없는 것을 유형의 매체에 녹음 또는 녹화한 저장장치나, 전통기술을 활용해 생산한 물건이 거래될 수는 있겠으나 무형문화재 자체가 거래되는 것은 아니다. 이론적으로는 무형문화재를 제외한 모든 문화재는 거래의 대상이 될 수 있다. 회화, 서적, 의복 등 유형문화재와 민속문화재로서 민법상 동산에 해당하는 문화재, 그리고 경관이 뛰어나 명승이나 지질계통을 대표하는 암석 등 천연기념물은 민법상 토지 또는 토지의 정착물로서 거래의 대상이 될 수 있다.<sup>6)</sup> 그러나 외국으로의 이동을 전제로 한 국제거래의 대상이 되는 문화재는 유형의 동산문화재와 유형의 민속문화재<sup>7)</sup>에 한정될 것이다.

그렇다고 유형의 동산문화재와 유형의 동산문화재가 모두 국제거래의 대상이 되는 것은 아니다. 거래의 개념은 기준에 따라 달리 정의될 수 있겠으나 사법(私法)상 거래의 객체가 될 수 있는지가 먼저 문제될 수 있다. 거래의 객체로서 물건은 용통물과 불용통물로 나뉘고, 불용통물은 다시 공용물, 공공용물, 금제물로 나뉘는데, 문화재는 거래가 금지 또는 제한되는 금제물에 해당한다.<sup>8)</sup>

우리 문화재보호법은 국보, 보물, 천연기념물 또는 국가민속문화재는 국외로 수출하거나 반출할 수 없도록 규정하고 있고,<sup>9)</sup> 일반동산문화재의 경우에도 제39조 제1항 및 제3항을 준용하므로 원칙적으로 수출이나 반출이 금지된다.<sup>10)11)</sup> 그러나 천연기념물 중 죽은 것을 표본·박제 등으로 제작한 경우나 특정한 시설에서 연구 또는 관람목적으로 증식된 천연기념물의 경우에는 문화재청장의 허가를 받아 수출할 수 있도록 하고 있다.<sup>12)</sup> 일반동산문화재의 경우에도 외국 정부가 인증하는 박물관이나 문화재 관련 단체가 자국의 박물관 등에서 전시할 목적으로 일반동산문화재를 구입 또는 기증받아 반출하는 경우에는 이를 허용하고 있다.<sup>13)</sup> 문화재보호법은 수출이 금지되는 일반동산문화재와 자유로운 거래가 가능한 물건을 구분하기 위해 비문화재 확인제도를 두고 있다. 일반동산문화재로 오인될 우려가 있는 동산을 국외로 반출하는 경우에는 비문화재 국외반출 확인신청서를 문화재청장에게 제출하고 반출할 수 있다.<sup>14)</sup>

5) 매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률 제2조.

6) 민법 제99조.

7) 토지나 토지의 정착물의 성격을 지닌 민속문화재의 예로는 전통적 생활양식이 보존된 집단 민속문화재 구역이나 생활문화의 특색을 나타내는 것으로서 교통·운수에 관한 역사(驛舍)를 들 수 있다. 문화재보호법 시행령 [별표 1의2] 참조.

8) 이에 대해서는, 곽윤직, 『민법총칙(민법강의 I)』, 박영사(1989), pp. 299-300 및 김준호, 『민법강의(제21판)』, 법문사(2015), pp. 194-196.

9) 문화재보호법 제39조 제1항.

10) 문화재보호법 제60조 제1항 본문.

11) 문화재의 수출 금지 등에 관한 규정은 1962년 문화재보호법이 제정될 때부터 도입되었다. 당시에는 지정문화재를 수출하거나 반출할 경우 문화재위원회의 의결을 받도록 했고, 지정되지 않은 유형문화재의 경우에는 문교부장관의 허가를 얻도록 규정했었다(1962년 문화재보호법 제4조 및 제20조 제2항). 그러다가 1970년 개정을 통해 유형문화재와 유형의 민속자료는 원칙적으로 국외 반출을 금지하고 비지정문화재의 국외 반출의 경우에는 문화재위원회의 심의를 거쳐 문화공보부장관의 허가를 받도록 규정하여 현재와 유사한 구조로 개정되었다(1970년 문화재보호법 제20조의 2 및 제41조의 3).

12) 문화재보호법 제39조 제6항.

13) 문화재보호법 제60조 제1항 제2호.

14) 문화재보호법 시행규칙 제48조.

## 2. 통상조약에서 문화재의 취급

통상조약에서는 거래대상으로서 문화재보다 문화상품 또는 문화서비스에 집중하여 논의가 이어져 왔다. 2차 세계대전 이후 미국·영국 등 23개국은 전쟁 이후 혼란스러워진 세계무역 질서를 바로잡기 위해서 1947년 ‘관세와 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Tariffs and Trade; GATT 1947)’을 탄생시켰다. GATT 1947은 당시 국제거래의 대부분을 차지하고 있던 상품무역을 규율하는 협정으로, 가급적 상품 관세를 낮추고 각국의 무역정책이 예측가능한 공정한 무역 환경을 목표로 했다.<sup>15)</sup>

GATT 1947은 문화재와 문화상품에 관해서도 다루고 있다. 문화상품의 경우 GATT 1947 제3조 ‘내국과세 및 규칙에 관한 내국민대우’와 제4조 ‘영화필름에 관한 특별 규정(스크린쿼터)’에서 다루고 있고, 문화재는 제20조 ‘일반적 예외’에 규정되어 있다. GATT 1947 제20조는 국가가 ‘미술적 가치, 역사적 가치 또는 고고학적 가치가 있는 국보의 보호를 위한 조치(measures imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;)’를 취하는 경우에는 본 협정이 적용되지 않는다고 하고 있다.<sup>16)</sup>

GATT 1947이 제정될 당시 논의가 집중된 것은 영화필름 등 문화상품에 관한 것이었으나, 제20조가 의미를 갖는 것은 제4조를 논의하는 과정에서 영화필름 외에도 오디오, 비디오 등 문화상품 전체로의 예외 적용 여부가 다루어졌고, 이것이 문화다양성 개념을 등장시켰다는 점이다.<sup>17)</sup> 이후 세계무역기구(World Trade Organization; WTO)가 탄생하는 과정에서 문화상품의 예외에 관한 논의는 더욱 본격화되었다. 결론적으로는 우루과이라운드 마지막 협상에서 국내 문화를 보존하고 문화산업 기반을 유지할 수 있는 제도가 필요하다는 의견이 받아들여져 GATT 1994<sup>18)</sup>에서도 스크린쿼터가 유지될 수 있었고,<sup>19)</sup> 제20조 일반적 예외도 종전과 같이 규정되었다.<sup>20)</sup>

상품무역에서 ‘미술적 가치, 역사적 가치 또는 고고학적 가치가 있는 국보’가 GATT 1994의 적용을 받지 않는다면 그 구체적인 범위는 무엇인지 살펴볼 필요가 있다. WTO에서는 이 문제가 분쟁으로 이어진 경우가 없어서 제20조(f)의 범위에 대해서는 해석론만 존재하고 있다. 더욱이 WTO 상소기구가 제20조의 일반적 예외를 구성하는 10개 항을 해석함에 있어서는 각 항의 목적에 맞게 개별적으로 접근해야 한다고 판결한 사례

15) 여택동 외, 『국제통상과 WTO』, 율곡출판사(2003), p. 47 참조.

16) GATT 제20조(f).

17) 권현호, “중국과의 문화상품 교역의 통상법적 쟁점과 대응방안”, 『국제경제법연구』 제9권 제1호, 한국국제경제법학회(2011), pp. 39-40.

18) GATT 1947은 GATT 1994로 개정되어, ‘WTO설립협정(Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization)’의 부속서 1A: ‘상품무역에 관한 다자간협정(Multilateral Agreements on Trade in Goods)’에 편입되었다.

19) UNESCO, 『Culture, Trade and Globalization』, UNESCO Publishing(2000), pp. 35-37.

20) 그러나 미국의 강력한 주장으로 상품무역 외에 서비스무역이 WTO 체제에 포함되면서 시청각서비스 등 문화서비스가 서비스무역에 관한 일반협정(General Agreement on Trade in Service; GATS)에서 다루어지게 되었고, GATS에는 문화서비스에 대해 일반적 예외를 규정하지 않고 있다. GATS에서 논의된 문화서비스에 대한 쟁점은 문화다양성을 증진시키는 데에 국제기구의 역할이 강화되었으며, 이러한 기조는 2000년 유럽 장관회의의 ‘문화다양성선언(Declaration on Cultural Diversity)’과 유네스코의 ‘문화다양성에 관한 보편적 선언(Universal Declaration on Cultural Diversity)’로 이어졌다. 전규찬 외, 『시청각 서비스의 해외 통상 규범 및 무역장벽에 관한 연구』, 영화진흥위원회(2008), p. 25.

가 있기 때문에<sup>21)</sup> 제20조(f)의 ‘미술적 가치, 역사적 가치 또는 고고학적 가치가 있는 국보’의 범위를 확정하는 데 더욱 어려움이 있다.

제20조(f)의 해석에 관해서는 ‘미술적 가치, 역사적 가치 또는 고고학적 가치’와 ‘국보’가 불가분의 관계에 있다는 해석<sup>22)</sup>이 있고, ‘국가적’ 그리고 ‘보물’이 주된 요체이고 ‘미술적 가치, 역사적 가치 또는 고고학적 가치’는 문화재 수출제한 조치를 취할 때 필요한 사항들로서 일반적으로 인식되는 것이라는 견해<sup>23)</sup>가 있다. 어느 견해에 의하더라도 수출제한 조치가 적용되는 문화재의 범주는 국가마다 달라질 수 있다. 캐나다, 일본, 영국과 같이 수출이 제한되는 문화재 목록을 마련해서 관리하는 국가가 있는 반면, 멕시코와 같이 수출제한 대상을 폭넓게 규정하는 국가도 있다.<sup>24)</sup>

또한 거래되는 문화재가 상품이라고 할 때 그 상품의 거래를 저해하는 것은 어느 국가의 조치가 전제된다. 그런데 그 국가의 조치가 제20조(f)를 위반했는지 여부를 판단할 때에는 제20조(f)의 요건을 만족한 것인지가 유일한 기준이 되는 것은 아니고, 다시 해당 국가의 조치가 제20조 두문(chapeau)의 요건, 즉 자의적인 차별, 부당한 차별, 위장된 제한에 해당하는지를 검토하므로,<sup>25)</sup> 통상조약이 적용되는 국제거래 대상으로서의 문화재의 범위와 그 국가의 문화재 수출통제 조치가 상품의 거래를 저해하여 GATT 1994를 위반했는지를 판단하는 거의 불가능하다고 본다.

### 3. 문화재 국제거래 현황

국제거래의 대상이 되는 문화재의 범위는 상당히 좁고 상품거래를 관장하는 통상조약에서도 각국의 문화재 수출통제 조치에 대한 예외를 인정하고 있기 때문에 문화재가 국제적으로 거래되는 경우는 많지 않을 것으로 생각할 수 있다. 그러나 오늘날 문화재의 국제거래는 지속적으로 증가하고 있고 거래 경로도 다양해지고 있다.

2016년 유네스코에서는 문화상품과 문화서비스의 국제거래에 관한 보고서를 발간했다.<sup>26)</sup> 이 보고서는 먼저 문화를 구성하는 요소를 1) A영역: 문화유산 및 자연유산(cultural and natural heritage), 2) B영역: 공연과 축제(performance and celebration), 3)

21) *US-Gasoline*, Appellate Body Report, adopted on 20 May 1996, WT/DS2/AB/R, p. 17. 이 사건에서는 미국의 휘발유 규정이 미국산 휘발유와 수입산 휘발유를 부당하게 차별하는지 여부를 다투었다. 미국은 미국의 휘발유 규정이 GATT 1994 제20조 (b)항의 ‘사람, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강보호를 위해 필요한 조치’, (d)항의 ‘이 협정의 규정에 반하지 않는 법률 또는 규칙의 준수를 확보하기 위한 조치’, (g)항의 ‘유한천연자원의 보호에 관한 조치’로서 일반적 예외에 해당한다고 주장하였다. 상소기구는 제20조 각 항에 규정된 용어가 ‘필요한(necessary)’, ‘관련된(relating to)’, ‘보호를 위한(for the protection of)’ 등으로 규정되어 있기 때문에 한 국가의 조치가 일반적 예외에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 각 항의 목적에 맞게 해석하는 것이 합리적이라고 판단했다.

22) Gabriele Gagliani, “Interpreting and Applying Article XX(f) of the GATT 1994: ‘National Treasures’ in International Trade Law”, *Santander Art and Culture Law Review* 2/2019 (5), 39-40 (2019).

23) James A.R. Nafziger & Robert Kirkwood Paterson, “International Trade in Cultural Material”, *Handbook on the Law of Cultural Heritage and International Trade*, Edward Elgar(2014), p. 24.

24) Gabriele Gagliani, *Supra*, at 49-50.

25) 이길원, “GATT협정 제XX조 (d)호의 ‘법률 또는 규정의 준수 확보’ 요건에 대한 고찰”, 『국제경제법연구』 제15권 제3호, 한국국제경제법학회(2017), p. 107.

26) UNESCO, 『The Globalisation of Cultural Trade: A Shift in Consumption - International Flows of Cultural Goods and Services 2004-2013』, UNESCO Institute for Statistics(2016).

C영역: 시각예술과 공예(virtual arts and crafts), 4) D영역: 서적과 출판(books and press), 5) E영역: 시청각물과 쌍방향미디어(audio-visual and interactive media), 6) F영역: 디자인과 창작서비스(design and creative services) 등 여섯 가지로 구분하고 있다.

여기서 국제거래 대상으로서의 문화재와 관련되는 영역은 A영역인 문화유산 및 자연유산이다. A영역은 단 두 가지의 항목만 포함되는데, 1) 유형의 수집품(동물, 식물, 광물, 해부학, 역사학, 고고학, 고생물학, 민족학, 고전학(古錢學)과 관련된 품목)과 2) 100년이 지난 골동품이 포함된다. 통계의 자료원으로는 UN에서 관리하는 ‘UN Comtrade’를 사용했는데, 상품통계는 HS code를 활용한 무역량을 집계했고,<sup>27)</sup> 서비스통계는 서비스무역 세분류통계(EBOPS)를 활용해서 집계했다.<sup>28)</sup>

먼저 문화서비스를 제외한 문화상품의 전체 수출입 현황을 보면, 2013년 기준으로 수출 총액은 212,797백만 달러, 수입 총액은 168,317백만 달러로 집계됐다. 우리나라는 2,745백만 달러의 문화상품을 수출하고 1,749백만 달러의 문화상품을 수입했다.

다음으로 문화재와 관련된 A영역의 2013년 전체 수출액은 3,726백만 달러, 수입액은 5,028백만 달러로 집계됐다. 전체 문화상품의 수출입액에서 A영역이 차지하는 비중은 수출액은 1.75%, 수입액은 2.99%이다. 우리나라는 20위까지 발표되는 A영역의 수출입 통계 순위에 포함되지 않았다.

A영역(문화유산 및 자연유산)의 주요국 수출입 통계는 아래 표와 같다.

#### 가. 주요 수출국<sup>29)</sup>

| 순위  | 국가명   | 2013년 수출액<br>(USD/millions) | 비중(%) | 성장률<br>(2004-2013) |
|-----|-------|-----------------------------|-------|--------------------|
| 1   | 영국    | 1,455.3                     | 39.0  | 7.5                |
| 2   | 미국    | 933.3                       | 25.0  | 122.7              |
| 3   | 프랑스   | 329.0                       | 8.8   | 39.7               |
| 4   | 스위스   | 319.7                       | 8.6   | 154.8              |
| 5   | 독일    | 202.8                       | 5.4   | 92.2               |
| 6   | 오스트리아 | 88.0                        | 2.4   | 299.5              |
| 7   | 벨기에   | 42.8                        | 1.1   | -21.0              |
| 8   | 네덜란드  | 39.0                        | 1.0   | 152.4              |
| 9   | 캐나다   | 32.8                        | 0.9   | -2535              |
| 10  | 중국    | 25.7                        | 0.7   | 1,208.4            |
| 11  | 이탈리아  | 24.3                        | 0.7   | 43.0               |
| 12  | 기타국   | 233.1                       | 6.4   | -                  |
| 총 계 |       | 3,725.8                     | 100   | -                  |

27) HS Code는 국제적으로 통일된 무역거래 상품을 분류한 것이다. 문화재와 관련하여서는 HS Code 제97류(예술품, 수집품, 골동품)에 해당하는 상품들이 포함된다. 그러나 실제 국제거래에서, 그리고 그것이 만약 밀반출 등을 목적으로 하는 경우에 HS Code를 제대로 입력하지 않을 것이다. 만약 제 97류로 신고할 경우 세관장이 문화재청장의 반출허가서를 확인하는 절차를 거쳐야 하기 때문에, 밀 반출을 목적으로 한 경우에는 거래 물품에 적용될 수 있는 다른 Code를 입력하여 수출신고를 하고 반출허가와 검사 없이 해외로 탁송하는 방법을 선택할 가능성이 크다. 예를 들어 도자기의 경우, HS Code 제69류(도자제품)로 신고하면 세관의 단속을 피하기 쉽다.

28) UNESCO, *Supra*, at 13.

29) *Id.* at 136-137.

2013년 기준으로 A영역의 총 수출액은 3,726백만 달러이다. 영국이 1,455백만 달러로 최대 수출국 지위를 차지했고, 미국이 933백만 달러를 수출하여 2위에 위치했다. 상위 5개국의 수출액은 3,240백만 달러로 총 수출액의 86.8%를 차지하여, 프랑스, 스위스, 독일 등 상위 5개국이 문화재 수출을 주도하고 있는 것으로 나타났다. 한 가지 눈 여겨 볼 점은 2004년부터 2013년까지 중국의 문화재 수출액 성장률이 1,208%에 달한다는 점이다. 2004년 2백만 달러에 머물렀던 중국의 문화재 수출액은 2010년 5.5백만 달러, 2011년 1.2백만 달러, 2012년 4.2백만 달러, 2013년 25.7백만 달러를 기록하여, 2009년을 기점으로 상승곡선을 그리다가 2013년에 급격히 수출액이 증가했다. 중국의 경제규모에 비하면 문화재 수출액이 크지 않지만 문화재 수출국 상위 20위 안에는 싱가포르(16위)를 제외하면 중국만 포함됐다. 수출액의 50% 이상이 홍콩으로 향했다는 점도 주목해야 한다.<sup>30)</sup> 홍콩의 통관제도가 타국에 비해 유연하다는 점이 작용한 것으로 보인다.

#### 나. 주요 수입국<sup>31)</sup>

| 순위  | 국가명   | 2013년 수입액<br>(USD/millions) | 비중(%) | 성장률<br>(2004-2013) |
|-----|-------|-----------------------------|-------|--------------------|
| 1   | 미국    | 1,651.4                     | 32.8  | 12.4               |
| 2   | 영국    | 1,246.0                     | 24.8  | 32.4               |
| 3   | 홍콩    | 744.0                       | 14.8  | 495.8              |
| 4   | 스위스   | 336.8                       | 6.7   | 149.9              |
| 5   | 네덜란드  | 245.0                       | 4.9   | 370.7              |
| 6   | 프랑스   | 164.8                       | 3.3   | 70.6               |
| 7   | 중국    | 71.1                        | 1.4   | 9,987.7            |
| 8   | 독일    | 55.6                        | 1.1   | 29.9               |
| 9   | 일본    | 46.4                        | 0.9   | 2.8                |
| 10  | 오스트리아 | 44.8                        | 0.9   | 105.8              |
| 11  | 캐나다   | 44.2                        | 0.9   | 66.1               |
| 12  | 기타국   | 378.1                       | 7.5   | -                  |
| 총 계 |       | 5,028.2                     | 100   | -                  |

2013년 기준으로 A영역의 총 수입액은 5,028백만 달러이다. 미국이 1,651백만 달러로 최대 수입국 지위에 있고, 영국이 1,246백만 달러를 수입하여 2위 자리를 차지했다. 상위 5개국의 수입액은 4,223백만 달러로 총 수입액의 84%를 차지하여, 홍콩, 스위스, 네덜란드까지 상위 5개국이 문화재 수입을 주도하고 있는 것으로 나타났다. 또한 문화재 수출액 순위 8위에 있던 네덜란드가 수입액 순위에서는 4위를 차지했고, 수출액 순위 3위와 5위에 있었던 프랑스와 독일이 수입액 순위에서는 각각 6위와 8위로 자리를 이동했다.

수출액 상위 20개국에 포함되지 않았던 홍콩이 수입액 순위에서는 3위를 차지했다. 이는 홍콩이 골동품 경매로 유명한 이유도 있겠지만 자유무역항으로서 모든 수입품에

30) 미국으로의 수출은 17.9%를 차지해서 홍콩과 미국으로의 수출액이 중국 문화재 총 수출액의 약 70%를 차지한다. *Id.* at 58.

31) *Id.* at 138-139.

대해 관세가 없다는 점이 작용한 것으로 보인다. 또한 홍콩은 원석다이아몬드나 모래 등 26개 품목 외에는 수입이 가능하고,<sup>32)</sup> 화폐나 코인, 차량을 제외한 모든 개인용품은 수입신고 면제품목으로 규정되어 있기 때문에<sup>33)</sup> 문화재를 거래하는 데 우호적인 환경을 제공한다는 점이 수입액의 증가에 기여한 것으로 생각된다. 다만 이 통계의 집계방식은 재수출액과 재수입액이 공제된 것이 아니기 때문에<sup>34)</sup> 수입되는 모든 문화재가 홍콩에 잔류한다고는 보기 힘들다.

일본 또한 홍콩과 같이 수출액 상위 20개국에 포함되지 않았지만 수입액 순위에서는 9위를 차지했다. 일본은 2004년 45.1백만 달러를 시작으로, 2010년 18.1백만 달러, 2011년 32.2백만 달러, 2012년 51.6백만 달러, 2013년 46.4백만 달러를 기록하여 2004년부터 2013년까지 2.8%의 수입액 성장률을 기록하고 있다.

중국의 수입액 성장률은 가히 폭발적인 증가세를 보였다. 2004년부터 2013년까지 중국의 수입액은 약 1만%의 성장률을 기록하고 있는데, 이는 수출액 성장률의 10배에 가까운 수치이다. 2004년 0.7백만 달러에 머물렀던 중국의 문화재 수입액은 2010년 12.2백만 달러, 2011년 13.7백만 달러, 2012년 55.4백만 달러, 2013년 71.1백만 달러를 기록하며 문화재 수입액이 급격히 늘고 있다. 2013년 이후의 중국의 문화재 수입 동향에 관심을 기울여 중국의 문화재 정책과의 관계를 검토해 볼만 하다.

### III. 국외소재문화재 정책 검토

#### 1. 국외소재문화재 정책 기본 방향

우리나라 국외소재문화재 정책은 1992년 국립문화재연구소에서 국외소재문화재의 실태를 조사한 것으로부터 시작했다. 그러나 국외소재문화재에 관한 정책의 틀을 갖춘 것은 정부가 2009년 2월 ‘국외소재문화재 환수 및 활용 중장기 종합 계획’을 발표하면서부터이다. 이 계획은 국외소재문화재 정책목표를 1) 환수 및 활용 기반 구축, 2) 안정적이고 실천적인 환수 정책 추진, 3) 현지에서의 효율적인 활용으로 설정하고, 12개 항목의 실천계획을 수립하였다. 이를 보다 요약해서 정리하면 아래와 같다.<sup>35)</sup>

| 정책목표               | 정책과제                   | 예산(백만원)/ (~'18) |
|--------------------|------------------------|-----------------|
| 환수/활용<br>기반 구축     | 국외 문화재 조사연구 강화         | 5,064           |
|                    | 국외 문화재 목록 작성 및 DB 구축   | 2,200           |
|                    | 국제 사례 조사 등 관련 법제도 연구   | 360             |
|                    | 문화재 환수 및 활용 추진 조직 신설   | -               |
| 안정적/실천적<br>환수정책 추진 | 문화재 성격에 따른 차별적 접근(목록화) | -               |
|                    | 국제교류 협력 강화             | 535             |

32) 홍콩세관사이트(香港海關) <[https://www.customs.gov.hk/en/trade\\_facilitation/prohibited\\_articles/imports/index.html](https://www.customs.gov.hk/en/trade_facilitation/prohibited_articles/imports/index.html)>.

33) 홍콩법률사이트(電子版香港法例) <[https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap60E?xpid=ID\\_1438403523489\\_003](https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap60E?xpid=ID_1438403523489_003)>.

34) UNESCO, *Supra*, at 34.

35) 문화재청, “국외소재문화재 환수 및 활용 중장기 종합 계획”, 문화재청(2009), p. 31.

|                 |                       |        |
|-----------------|-----------------------|--------|
| 현지에서의<br>효율적 활용 | 협력 네트워크 및 정보 공유 체계 구축 | 695    |
|                 | 민간 환수 활동 전략적 지원       | 2,550  |
|                 | 문화재 소장처 운영 실태조사       | 830    |
|                 | 신뢰구축을 위한 인적물적 교류 확대   | -      |
|                 | 한국실 내 설명자료 제공 및 홍보    | 1,500  |
| 예산총계            | 보존처리 지원 등 수리기술 제공     | 1,500  |
|                 |                       | 15,234 |

이 종합 계획에 따르면 반출의 불법성이 명확하고 환수의 긴급성과 중요성이 높은 문화재로 외규장각의궤, 조선왕조의궤(일본 궁내청 소장), 신미양요 조선화포 및 방한모(미국 캔터키 주 트렌실베니아 대학 소장), 은제라마탑형 사리구(미국 보스턴박물관 소장), 이천 5층 석탑(일본 도쿄 오구라호텔 소장), 진주 연지사 종(일본 스네미야 신사 소장) 등 6종을 선정하였다. 그리고 2012년에는 문화재 환수정책에 초점을 맞춘 실무조직으로 국외소재문화재재단을 설립하였다. 정부차원에서 국외소재문화재의 환수가 어렵다는 것을 인식하고 정부조직보다 유연한 접근이 가능한 민간조직의 특성을 활용하고자 한 것이다.

지난 8년간 환수와 현지 활용에 초점을 맞춘 국외소재문화재 정책은 크게 바뀌지 않았다. 2020년 문화재청 업무계획 중 국외소재문화재 정책은 환수방식을 다양화하고 실태조사 방식을 개선한다는 내용을 골자로 하고 있다.<sup>36)</sup> 환수방식 다양화를 위한 구체적인 방안으로는 자발적 기증 확대, 미국·일본 등과 협력망 구축, 환수 공로자 예우를 들고 있고, 민간단체 지원이나 대국민 홍보를 지속적한다고 밝히고 있다. 조사방식 개선을 위한 방안으로는 박물관 등 소장기관 중심의 조사에서 문화재별·반출경로별로 기획조사 방식으로 변경하고, 국외문화재의 현황·상태·이력을 관리할 수 있는 국외문화재 정보시스템을 구축한다고 밝히고 있다.

우리 정부가 국외소재문화재 정책을 본격적으로 시행한 지가 10년밖에 되지 않고 그간 국내적으로 해결해야 할 과제들, 예를 들면 방재시스템 구축, 무형문화재 전승체계 투명성 제고, 여가생활을 위한 문화유산을 활용 프로그램 개발 등에 집중하다 보니 국외소재문화재 정책 방향은 환수와 현지 활용에서 크게 벗어나지 않고 있다. 그러나 한 가지 언급하고 싶은 점은 국외문화재 정보시스템 구축과 같은 사업이 왜 초기에 설계되지 않았을까 하는 점이다. 그리고 앞서 살핀 대로 문화재의 국제거래 측면에서 바라보면 불법 반출만 있는 것이 아니라 합법적인 경로로 거래되는 양도 상당하다. 우리 국외소재문화재 정책이 변화를 고민해야 하는 대목이다.

## 2. 국외소재문화재 정책의 성과 평가

국외소재문화재 정책의 방점은 문화재의 환수에 초점이 맞춰져 왔다. 정부 수립 초기에는 일본으로 불법 반출된 문화재의 반환에 상당한 공을 들였다. 이후 사회가 경제화되고 민주화되면서 공공부문과 민간부문이 개별적으로 문화재 환수 활동을 벌여왔으나 큰 성과는 없었다. 그러다가 불법 반출 문화재의 환수에 정책의 초점이 맞추어 진 계기

36) 문화재청, “2020년도 주요업무계획”, 문화재청(2020), p. 24.

는 MBC 방송프로그램 <느낌표>에서 ‘위대한 유산, 74434’ 코너를 방송하면서 부터이다. ‘위대한 유산, 74434’ 코너는 2006년부터 1년여 방송되었는데, 일제강점기 아래서 침탈당한 문화재를 재조명하면서 문화재 환수 대한 국민들의 관심을 불러 일으켰다. 문화재 환수 활동을 하는 시민단체들이 힘을 받기 시작했고, 실제로 ‘조선왕조실록 오대산 사고본’ 이나 ‘김시민장군 공신교서’ 가 반환되는 데 큰 역할을 했다. 이후 정부는 조선왕실의궤와 외규장각의궤가 반환되는 성과를 보이자 국외소재문화재재단을 설립하여 문화재 환수 정책을 본격적으로 추진하고자 하였다. 국외소재문화재재단도 그 설립 배경을 약탈당한 문화재를 환수해야 한다는 국민적 열망과 정책적 의지에서 비롯된 것으로 밝히고 있다.<sup>37)</sup>

2020년 4월 기준으로 국외소재문화재는 21개국 610곳에 193,136점이 있는 것으로 파악되고 있다.<sup>38)</sup> 일본에 8만 1천여 점(42.4%), 미국에 5만 3천여 점(27.5%)이 있고, 중국과 독일에 각각 1만 2천(각각 6.7%, 6.2%)여 점이 있다. 19만여 점의 국외소재문화재 중에 국외소재문화재재단이 환수한 문화재는 28건이다. 여기에는 직지사, 범어사, 조계종 등 사찰이 비용을 직접 부담하거나 게임사의 기부금 등에 의해 환수가 이루어진 것을 포함하고 있다.

국외소재문화재재단의 환수 실적에 대해서는 평가가 갈리고 있다. 먼저 예산 부족 등 현실적인 어려움이 있기 때문에 환수 실적이 크지 않다는 견해가 있다. 환수가 필요한 문화재는 고가인 경우가 많은데 배정된 예산이 부족할 뿐만 아니라 회계시스템상 1년 단위로 정산을 해야 해서 매년 배정된 예산을 모아 문화재를 구매하기 어렵고 구매할 문화재가 없을 경우 예산이 남으면 실적 부진으로 이어지는 문제가 있다고 지적한다.<sup>39)</sup> 그러나 다른 견해에 의하면 국외소재문화재재단의 연간 예산 50억여 원 중 문화재 긴급 매입 및 관리비용은 약 12억 원 정도인데 실제로 2013년부터 2018년까지 지출한 규모는 연간 예산에도 미치지 못한다고 하면서, 환수 실적이 저조한 이유는 매입 예산의 부족이라기보다 청와대, 외교부, 문체부 등 유관기관과의 협력, 문화재 보유국과의 협상, 유네스코 등 다자기구에서의 논의 참여 등 환수를 위한 종합적이고 체계적인 구조가 확립되지 않았기 때문이라는 주장이다.<sup>40)</sup> 이와 비슷한 견해로는, 국외소재문화재재단이 환수와 협상에 적합한 조직으로 발전하기보다 조직이 성과를 낼 수 있는 해외 문화재 조사와 활용 등으로 조직의 목표를 바꾸었다고 평가하고 있다.<sup>41)</sup>

환수와 현지 활용에 초점을 둔 국외소재문화재 정책을 평가하자면, 국외소재문화재를 환수하는 국제법적 근거가 충분하지 않고 예산과 인력이 부족한 점 등의 현실적 어려움이 있고, 현지에서의 활용도 외국 정부 당국의 협조가 있어야 한다는 점을 고려하면 정책 방향을 달리 설계할 폭이 좁은 것은 사실이다. 그러나 앞서 지적된 바와 같이

37) 국외소재문화재재단, “이사장 인터뷰-20개국에 17만 점 뿔뿔이, 환수 요구 한국 알리기 활용해야”, 『국외 우리 문화재 이야기』, 국외소재문화재재단(2019), p. 16-17.

38) 국외소재문화재재단, 국외소재문화재현황. <[http://www.overseaschf.or.kr/front/comm/htmlPage.do?H\\_MENU\\_CD=100211&L\\_MENU\\_CD=10021101&SITE\\_ID=KOR&MENUON=Y&SEQ=86](http://www.overseaschf.or.kr/front/comm/htmlPage.do?H_MENU_CD=100211&L_MENU_CD=10021101&SITE_ID=KOR&MENUON=Y&SEQ=86)>.

39) 뉴스핌, “돌아오지 못한 문화재 18만여점, 환수해야 하는데...”, 뉴스핌(2019.05.22.자).

40) 문화유산회복재단, “33인이 묻고 답하다-부석사금동관음상 인도소송을 통해서 본 국제협약의 내용과 해결 방안은? (김예경 토론부분)”, 2018년 제3회 문화유산회복 정책토론회 자료집, 문화유산회복재단(2018), pp. 27-28.

41) 위 자료집, 이동기 토론부분, p. 39.

국외소재문화재 정책을 문화유산 정책에서 유리해서 볼 것이 아니라 보다 거시적인 안목에서 체계적이고 구체적으로 정책 방향을 설계할 필요가 있다. 원론적이기는 하지만 효율적인 문화재 환수를 위해서는 예산과 조직 등 현실적인 장애를 극복하기 보다는 국외에 있는 문화재를 중심에 놓고 법률적인 접근뿐만 아니라 외교적인 접근, 정치적인 접근을 종합적으로 고려해야 한다는 주장<sup>42)</sup>이 설득력이 있는 이유이다.

#### IV. 국외소재문화재 정책 방향 제언

##### 1. 유니드로와협약 가입 검토

본국을 이탈한 문화재에 대한 국제사회의 논의는 무분별한 문화재의 파괴와 불법거래된 문화재의 반환에 초점이 맞추어져 있었다. 먼저 무분별한 문화재의 파괴를 금지하는 협약으로는 헤이그협약이 있다. 헤이그협약은 무력충돌시 문화재에 대한 훼손과 문화재를 보호하는 장치의 훼손을 금지하고 모든 형태의 문화재 절도, 약탈, 파괴행위를 방지할 의무를 규정하고 있다.<sup>43)</sup> 헤이그협약은 문화재 보호를 위한 최초의 포괄적인 국제협약이라는 큰 의미가 있으나, 문화재에 대한 확실한 개념을 정립하지 않았고 협약의 목적 달성을 위한 문화재 목록 작성 기준을 정하지 않았으며 협약을 위반할 경우 제재수단을 구체화하지 않았다는 문제점이 있다.<sup>44)</sup>

이집트에 있는 누비아 유적 복구 캠페인으로 유네스코가 문화유산 보호에 관한 핵심적인 역할을 맡게 되면서 문화유산 보호체계가 한층 발전하게 되었다. 그 과정에는 고고학자들의 문화재 약탈에 대한 자기경계, 문화재 불법 반출에 대한 감독 강화의 필요성, 문화재 불법 거래에 대한 제재 방안이 심도 있게 다루어졌다.<sup>45)</sup> 이러한 배경아래서 유네스코협약이 탄생하였다. 유네스코협약은 협약의 명칭대로 문화재의 불법적인 반출입과 그 소유권 양도를 예방하고 도난된 문화재를 반환하는 데 주력했다. 유네스코협약은 “문화재는 문명과 국민문화의 기본요소의 하나를 이루며, 그 참된 가치는 그 기원, 역사 및 전통적 배경에 관한 가능한 모든 정보와 관련하여서만 평가될 수 있다”고 하면서, 문화국가주의에 기초하고 있다는 점을 밝히고 있다. 유네스코협약이 문화국가주의에 입각해서 성립했다는 점은 불법거래된 문화재의 반환 여론을 형성하는데 기여하게 되었다.<sup>46)</sup> 그러나 대개 국제조약이 그렇듯이 소급효가 없기 때문에 그 이전에 불법거래된 문화재에는 적용되지 않는다는 단점이 있다. 또한 자기집행적 성격의 조약이 아니라는 점에서 협약의 영향력은 크지 않다.

42) Lee Whie-jin, “The Development of International Law and Dispute Settlement on the Protection and Return of Cultural Property”, 『Yeungnam Law Journal』 Vol. 43, Institute of Legal Studies at the Yeungnam University(2016), p. 203.

43) 헤이그협약 제4조.

44) 조부근, 문화재의 국제적 불법거래에 관한 고찰, 『문화재』 제37호, 국립문화재연구소(2004), pp. 379-380.

45) James A.R. Nafziger & Robert Kirkwood Paterson, *Supra*, at 5-7.

46) 정규영, “이집트 문화재의 반환 가능성에 관한 연구”, 『지중해지역연구』 제9권 제1호, 부산외국어대학교 지중해지역원(2007), p. 236.

유네스코협약이 문화재의 불법거래의 예방과 도난 문화재의 반환에 초점을 맞추었다면, 도난이나 불법적으로 반출된 문화재의 환수에 초점을 맞추고 도난 문화재의 회복청구와 불법 반출된 문화재의 반환청구를 위한 통일된 규칙을 제정한 것이 유니드로와협약이다.<sup>47)</sup> 유니드로와협약은 유네스코협약과는 달리 자기집행력이 있으므로 가입국의 협약상 의무를 강제한다는 점에서 유네스코협약보다 구속력이 크다. 구속력이 있다는 점이 오히려 단점으로 작용하여 가입국 수도 많지 않다. 그리고 유네스코협약과 마찬가지로 소급효를 인정하지 않고 있다. 다만 소급효를 인정하지 않는다는 규정이 이 협약의 효력발생 이전의 불법 반출 행위 등을 합법화하지 않는다는 점을 밝히고 있다.<sup>48)</sup> 반환청구권의 소멸시효도 제한적이다. 도난 등의 문화재의 소재나 점유자의 신원을 안 때로부터 3년 또는 도난 시점으로부터 50년의 기간 내에 반환을 신청해야 한다. 다만 계약국은 75년의 기간으로 시효를 한정할 수 있고, 보다 긴 기간으로 시효를 연장할 수도 있다. 문화재 반환을 요구하는 국가와 반환을 거부하는 국가의 입장이 조정된 것이다.<sup>49)</sup>

문화재의 반환 측면에서 유니드로와협약은 분명 유네스코협약보다 발전된 것이나 구속력이 강한 만큼 계약국 수가 적다. 그리고 조약에 따라 문화재를 반환해야 하는 국가의 입장에서는 절대적 소멸시효 기간인 75년이 지나기를 기다리면 법적구속력을 피해갈 수도 있다. 그럼에도 불구하고 유니드로와협약 가입이 문화재 피침탈국인 우리나라에 주는 장점이 있다. 동 협약의 가입을 준비하는 과정에서 우리나라의 문화유산 법제를 국제사회에서의 모델로 발전시킬 수 있는 계기를 맞이할 수 있고, 무엇보다 불법거래된 문화재의 정체성 확보와 국내로의 환수를 포함한 보호체계를 확립하는 데에 도덕적 우위를 점할 수 있기 때문이다.<sup>50)</sup>

## 2. 국제사회에서의 역할 정립

국제사회에서는 유네스코협약과 유니드로와협약이 성립될 정도로 문화재의 반환 문제가 중요하게 다루어졌지만 이에 대한 갈등은 여전히 이어지고 있다. 그 이유는 그만큼 문화재 반환을 둘러싼 각국의 입장 대립이 팽팽하기 때문이다. 이러한 상황을 단순히 문화민족주의가 우선하느냐 문화세계주의가 우선하느냐로 구분지어 판단하는 힘들다. 문화재 반환 문제는 문화재를 대하는 각국의 이념적 배경뿐만 아니라, 문화재의 보호와 활용, 그리고 그것이 사회, 문화, 경제에 미치는 영향과 복합적으로 연관되어 있기 때문이다.

이러한 의미에서 국외소재문화재 정책이 해외에 있는 문화재의 환수와 현지에서의 활용에만 집중되는 것은 바람직하지 못하다고 본다. 환수전략은 환수전략대로, 현지에서의 활용은 활용전략대로 장기적이고 구체적인 방향성이 세워져야 하겠지만, 보다 중요한

47) 석광현, “국제적 불법거래로부터 문화재를 보호하기 위한 우리 국제사법과 문화재보호법의 역할 및 개선방안”, 『서울대학교 법학』, 제56권 제3호, 서울대학교 법학연구소(2015), pp. 121-122.

48) 유니드로와협약 제10조(1)-(3).

49) 오미영, 해외반출 불교문화재의 환수에 관한 국제법적 논의와 정책적 제언, 『원광법학』 제35권 제3호, 원광대학교 법학연구소(2019), pp. 285-286.

50) 유니드로와협약 가입의 의의에 대해서는, 석광현, 위 논문, pp. 165-172에 자세히 분석되어 있다.

점은 문화재 피침탈국이면서 동시에 최빈개도국에서 경제선진국으로, 대중문화의 복제자에서 대중문화를 이끌어가는 선두주자로서 자리매김해 가고 있는 우리나라의 국제사회에서의 역할 정립이 필요하다는 점이다. 환수정책만 예로 들자면, 해외에 소재한 문화재를 파악하고 민간단체와 정부의 협력을 통해 환수를 추진하는 일반적인 접근방식으로는 문화재 보유국의 반대, 특히 국제법적 근거 부족과 반환을 거부하는 국가들과의 연대를 극복하기에는 역부족이다. 환수에 초점을 맞추고 국제법적 근거 부족과 예산 부족 등의 현실적인 어려움을 해결하는 방안을 찾는 것도 좋지만, 보다 거시적이고 장기적으로는 문화재의 정체성 회복 운동의 선두주자로서의 역할을 찾는 데 집중하는 것이 바람직하다.

이집트는 카이로 박물관 100주년 기념전시회를 계기 삼아 문화재 반환 운동의 동력을 얻고 어느 정도 성과를 보여 왔다. 이보다 더 좋은 예는 1998년 홀로코스트 국제회의에서 성립된 ‘나치 약탈문화재에 대한 워싱턴원칙(Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art; 워싱턴프로토콜)’이다. 워싱턴프로토콜은 나치 약탈문화재의 원소유자를 찾기 위해 나치에 의해 몰수된 예술품의 이력을 국제기록평의회(International Council on Archives)의 가이드라인에 따라 공개하고, 진정한 소유권자 또는 그 상속인에게 반환하는 노력을 해야 한다는 것이 핵심이다.<sup>51)</sup> 유대인의 예술품을 다수 보유한 미국이 주도적인 역할을 한 배경은 따로 있겠지만 워싱턴프로토콜이 성립되면서 문화재 반환에 소극적이었던 독일 등 유럽 국가들은 구속력 없는 이 프로토콜에 따라 문화재를 반환해 오고 있다.<sup>52)</sup> 문화민족주의와 문화세계주의의 대립 쟁점을 피해갈 수 있고, 문화재 보유국에 부담이 되는 구속력 있는 새로운 국제조약의 성립이 어렵다는 점을 감안하면 워싱턴프로토콜이 시사하는 바가 크다.

### 3. 실무조직의 업무범위 조정

현재의 국외소재문화재 정책 방향의 변화를 위해서는 실무조직인 국외소재문화재단의 목표와 업무범위를 조정할 필요가 있다. 문화재정책을 총괄하는 문화재청과의 교감이 전제되어야 하겠으나, 2018년 제3회 문화유산회복 정책토론회에서 제기된 의견을 되짚어볼 필요가 있다. 국외에 소재한 문화재를 중심에 두고 거시적인 안목에서 조직목표를 설계하고 목표달성을 위한 업무를 체계화할 필요가 있다. 정책의 집행 기능에 머무를 것이 아니라 국외소재문화재 정책에 대해 적극적으로 정책 의제를 개발하고 논의해야 한다. 이를테면 국외소재문화재와 관련된 국내외 법제에 대한 검토, 국제사회에서의 우리나라의 역할 정립을 위한 전략 마련, 문화재가 국제거래되는 경로와 합법 및 불법 유통 현황 파악 등 국외소재문화재 정책의 기본골격을 세우는 과정이 필요하다.

다행히 국외소재문화재와 관련된 국내외 법제 검토는 양적으로는 부족하나마 깊이 있는 연구가 진행된 바 있다. 여기에는 유니드로와협약 가입을 위한 국내법 개정 과제나

51) 워싱턴프로토콜 제2항 및 제5항.

52) Thérèse O’Donnell, “The Restitution of Holocaust Looted Art and Transitional Justice: The Perfect Storm or the Raft of the Medusa?”, *The European Journal of International Law* 22(1), 73-74 (2011).

협약가입과 별개로 국외소재문화재 관련 규정의 개정 필요성에 관한 연구<sup>53)</sup>가 포함되어 있으므로 종합적으로 정리하는 작업이 필요하다. 다음으로 국제사회에서의 역할 정립과 관련하여서는 각국의 문화재 정책 방향을 파악하고 유네스코 등 국제사회의 흐름과 대비해서 우리나라의 입장을 정리해 가는 과정도 필요하다. 먼저 국내적으로 유관기관이 참여하는 상설협의기구가 운영되어야 하고 필요하다면 문화재 피침탈국뿐만 아니라 침탈국과의 연대도 고려해야 한다. 또한 앞서 살핀 대로 합법적인 경로이든 불법적인 경로이든 문화재의 국제거래는 앞으로도 계속될 것으로 보인다. 문화재 실태조사의 일환으로 실행중인 경매 모니터링뿐만 아니라 수출입단계에서 신고된 품목 코드와 실제 거래되는 품목을 대비해 보는 작업 등 합법거래와 불법거래의 경로와 거래액 등을 조사해 갈 필요가 있다. 최근 유럽에서는 각국의 문화재 수입 절차가 다르다는 점을 이용해서 문화재 불법거래가 가능한 장소를 찾는 ‘반입경로찾기(port shopping)’를 원천적으로 차단하고자 하는 논의가 이어지고 있다는 점도 참고해야 한다.

## V. 결론

문화재의 국제거래는 과거의 역사가 아니다. 승전국이 패전국으로부터 유물을 약탈해 가는 행위는 자연스러운 것이었고 제국주의 시대를 거치면서 세계의 열강은 피침탈국의 유물을 자국으로 옮겨갔다. 2차세계대전 이후 유네스코협약과 유니드로협약을 통해 문화재의 반환이 논의되고 있지만 유네스코협약은 집행력이 약하고 유니드로협약은 구속력이 강한 만큼 체약국 수가 적다. 현실적으로 현재의 국제협약에 기반해서 침탈된 문화재를 환수하는 데에 한계가 있음을 보여준다.

한편 국제거래 대상으로서의 문화재는 유형의 동산문화재와 유형의 민속문화재 정도이다. 이런 문화재는 천연기념물의 사체를 박제 등의 방법으로 제작하거나 외국 정부가 인증하는 박물관 등이 전시목적으로 구매나 기증받은 경우가 아니면 원칙적으로 수출이 금지된다. 또한 거래되는 문화재가 상품이라고 할 때 국제거래에 적용되는 통상조약에서도 문화재는 일반적 예외에 해당하여 거래가 제한될 수 있다. 그러나 오늘날 국제적으로 거래되는 문화재의 수출입액은 상당하다. 실질적으로 각국이 수출에 제한을 두고 있는 문화재를 제외하고도, 2013년 기준으로 문화재 수출액은 3,726백만 달러, 수입액은 5,028백만 달러 정도이다. 국외소재문화재 정책이 환수와 현지 활용에만 집중되어서는 안되는 이유이다. 특히 국제법적 근거가 부족한데다 반환을 거부하는 국가들과의 연대를 극복하기 힘든 상황에서는 지금까지 유지해 온 국외소재문화재 정책에 변화가 필요한 것으로 보인다.

이 글에서는 국외소재문화재를 중심에 두고 보다 거시적이고 체계적인 정책을 추진하기 위한 제안으로 유니드로협약 가입 검토, 국제사회에서의 역할 정립, 국외소재문화

53) 서헌제·박찬호, 『도난·불법 반출 문화재에 관한 법리적 연구-1970년 UNESCO협약, 1995년 UNIDTOIT협약 및 주요체약국의 이행법을 중심으로-』, 한국법제연구원(2007), 이근관 외, 『불법 문화재 반환 국제사례 및 추진전략』, 유네스코한국위원회(2007), 이규호 외, 『문화재 반환 국제소송 관련 한국사례 연구』, 문화재청(2012), 정상우·정필운, “국제협약 관점에서 본 우리나라 문화유산 보호 법제도의 과제”, 『법과 정책연구』 제11권 제3호, 한국법정책학회(2011) 등이 있다.

재재단의 업무범위 조정을 꾀았다. 제국시대에 타국의 문화재를 약탈해 간 대다수의 국가들이 유니드로와협약에 가입하고 있지 않지만 동 협약의 가입을 통해 우리나라 문화유산 법제를 국제사회에서의 모델로 발전시킬 수 있는 계기를 마련할 수 있고, 무엇보다 불법거래된 문화재의 정체성 확보와 국내로의 환수를 포함한 보호체계를 확립하는데 도덕적 우위를 점할 수 있는 장점이 있다. 유니드로와협약 가입은 우리나라가 국제사회에서 문화재의 정체성 회복 운동의 선두주자로서의 역할을 찾는 데 선결되어야 할 요건이다. 문화재 피침탈국이면서 2차 세계대전 이후 70년간 경제, 사회, 문화적으로 가장 많이 성장한 국가로 인정받는 우리나라가 문화재의 정체성 회복 운동의 선두에 선다면 서구 중심으로 형성돼 왔던 제도에도 변화를 불러일으킬 가능성이 있다. 워싱턴프로토콜이 좋은 예가 될 수 있다. 아울러 국외소재문화재 재단의 업무범위도 조정할 필요가 있다. 국외소재문화재와 관련된 국내외 법제에 대한 검토, 국제사회에서의 우리나라의 역할 정립을 위한 전략 마련, 문화재가 국제거래되는 경로와 합법 및 불법유통 현황 파악 등 거시적이고 장기적인 시각에서 국외소재문화재 정책을 추진해 갈 수 있는 골격을 마련할 필요가 있다.

## <참고문헌>

- 곽윤직, 『민법총칙(민법강의 I)』, 박영사(1989)
- 국외소재문화재재단, “이사장 인터뷰-20개국에 17만 점 뿔뿔이, 환수 요구 한국 알리기 활용해야”, 『국외 우리 문화재 이야기』, 국외소재문화재재단(2019)
- 권현호, “중국과의 문화상품 교역의 통상법적 쟁점과 대응방안”, 『국제경제법연구』 제9권 제1호, 한국국제경제법학회(2011)
- 김준호, 『민법강의(제21판)』, 법문사(2015)
- 김예경, “33인이 묻고 답하다”, 2018년 제3회 문화유산회복 정책토론회 자료집(2018)
- 문화유산회복재단, “33인이 묻고 답하다-부석사금동관음상 인도소송을 통해서 본 국제협약의 내용과 해결 방안은? (김예경 및 이동기 토론부분)”, 2018년 제3회 문화유산회복 정책토론회 자료집, 문화유산회복재단(2018)
- 서헌제·박찬호, 『도난·불법 반출 문화재에 관한 법리적 연구-1970년 UNESCO협약, 1995년 UNIDTOIT협약 및 주요체약국의 이행법을 중심으로-』, 한국법제연구원(2007)
- 석광현, “국제적 불법거래로부터 문화재를 보호하기 위한 우리 국제사법과 문화재보호법의 역할 및 개선방안”, 『서울대학교 법학』, 제56권 제3호, 서울대학교 법학연구소(2015)
- 여택동 외, 『국제통상과 WTO』, 율곡출판사(2003)
- 오미영, 해외반출 불교문화재의 환수에 관한 국제법적 논의와 정책적 제언, 『원광법학』 제35권 제3호, 원광대학교 법학연구소(2019)
- 이규호 외, 『문화재 반환 국제소송 관련 한국사례 연구』, 문화재청(2012)
- 이근관 외, 『불법문화재 반환 국제사례 및 추진전략』, 유네스코한국위원회(2007)
- 이길원, “GATT협정 제XX조 (d)호의 ‘법률 또는 규정의 준수 확보’ 요건에 대한 고찰”, 『국제경제법연구』 제15권 제3호, 한국국제경제법학회(2017)
- 전규찬 외, 『시청각 서비스의 해외 통상 규범 및 무역장벽에 관한 연구』, 영화진흥위원회(2008)
- 정규영, “이집트 문화재의 반환 가능성에 관한 연구”, 『지중해지역연구』 제9권 제1호, 부산외국어대학교 지중해지역원(2007)
- 정상우·정필운, “국제협약 관점에서 본 우리나라 문화유산 보호 법제도의 과제”, 『법과 정책연구』 제11권 제3호, 한국법정책학회(2011)
- 조부근, 문화재의 국제적 불법거래에 관한 고찰, 『문화재』 제37호, 국립문화재연구소(2004)

Edward W. Said, 『Orientalism』, Vintage Books(1979)

Gabriele Gagliani, “Interpreting and Applying Article X X(f) of the GATT 1994: ‘National Treasures’ in International Trade Law”, *Santander Art and Culture Law Review* 2/2019 (5), (2019)

James A.R. Nafziger & Robert Kirkwood Paterson, “International Trade in Cultural

- Material” , 『Handbook on the Law of Cultural Heritage and International Trade』 , Edward Elgar(2014)
- Janet Blake, 『International Cultural Heritage Law』 , Oxford University Press(2015)
- Lee Whie-jin, “The Development of International Law and Dispute Settlement on the Protection and Return of Cultural Property” , 『Yeungnam Law Journal』 Vol. 43, Institute of Legal Studies at the Yeungnam University(2016)
- Thérèse O’ Donnell, “The Restitution of Holocaust Looted Art and Transitional Justice: The Perfect Storm or the Raft of the Medusa?” , *The European Journal of International Law* 22(1), (2011)
- UNESCO, 『Culture, Trade and Globalization』 , UNESCO Publishing(2000)
- UNESCO, 『The Globalisation of Cultural Trade: A Shift in Consumption – International Flows of Cultural Goods and Services 2004-2013』 , UNESCO Institute for Statistics(2016)

## Session 2

### 토 론

천 창 민 교수

(서울과학기술대 경영학과(GTM전공) 교수)



## 토론문: 1970년 유네스코협약 이행입법과 관련한 국제사법 쟁점

전창민(서울과학기술대 교수, 법학박사)

오늘 저는 이번 세션의 발표중 한양대 이종혁 교수님께서 발제하신 1970년 유네스코 협약의 이행입법과 관련한 국제사법적 쟁점에 관한 부분을 중심으로 토론을 진행하도록 하겠습니다. 우선 이 교수님의 꼼꼼한 발표문과 오늘의 발표를 통해 협약에 내포되어 있는 여러 가지 국제사법적 쟁점을 다시 한 번 생각해 볼 수 있게 한 좋은 기회였다는 점에서 이종혁 교수님께 감사의 말씀을 드리고 싶습니다. 저는 이번 토론 기회 통해 이종혁 교수님께서 말씀해 주신 몇 가지 주제에 대해 발표문을 읽으며, 그리고 오늘 토론을 들으면서 들었던 의문점을 몇 가지 묻는 것으로 토론에 갈음할까 합니다.

먼저, 이 교수님께서서는 협약의 대다수 조항은 비자기집행성을 가지기 때문에 실제로 체약국에서 개별적인 입법 조치가 없다면 사실상 협약이 추구하고자 하는 국제적 불법거래 방지가 사실상 힘들어지고, 또한 협약 문언의 불명확성으로 인해 입법 재량권을 부여 받은 당사국들이 실제로 서로 다른 해석 하에 입법화를 추구하여 이행 법률마저도 서로 다른 형태를 띠는 점을 지적해 주셨습니다. 이러한 평가는 사실상 유네스코협약은 협약으로서의 기능에 상당한 장애를 가지고 있다는 말씀과 등치되는 것으로 생각합니다. 혹시 협약이 이런 형태로밖에 성안될 수밖에 없었던 이유를 말씀해 주실 수 있다면 오늘 이 자리에 참석한 분들께 협약을 이해하는 데 많은 도움이 될 수 있을 것 같습니다.

불법반출 문화재의 반입금지 대상의 범위를 어떻게 체약국들이 정하고 있는가를 설명하시는 부분에서 이종혁 교수님께서서는 여섯 유형의 입법적 태도를 설명하고 계십니다. 한국과 일본은 목록화한 범위의 문화재를 그 대상으로 하는 법제로 소개하고 계시는데, 이 경우 우리나라나 일본 ‘정부’가 문화재라고 목록에 공식적으로 기재하지 않은 것은 협약 제1조의 문화재에 대한 정의에도 불구하고 이러한 문화재는 반환의무가 없다는 결론에 이르게 됩니다. 근년에 문제가 된 대마도에서 훔쳐 온 부석사의 불상과 관련하여 이 불상은 일본 ‘정부’가 관리하는 문화재가 아닐 개연성이 높는데 그렇다면 우리나라가 굳이 이를 협약의 정신에 따라 반환해야 할 의무가 없는 것으로 해석할 수 있다고 생각합니다. 사건으로는 이런 방식은 협약의 정신에 부합하지 않은 것으로 생각되는데, 혹시 협약의 성안과정에서 협약의 적용대상 문화재의 범위와 관련하여 논의된 내용이 있다면 말씀해 주시면 대단히 감사하겠습니다. 그리고 일본은 차치하고라도 우리나라의 이러한 태도를 취하는 것이 올바른 것인지 이 교수님의 사건과 혹시 올바르게 않다고 생각하신다면 향후 어떤 방향으로 나아가야 할 것인지 고견을 말씀해 주시면 대단히 감사하겠습니다.

국제사법 이론상 문화재와 관련된 법률은 국제적 강행규정으로서의 성격을 가진 것으로 이해되고 있습니다. 따라서 협약과 우리나라의 문화재보호법 제20조의

규정은 우리 국제사법에서 규정하고 있는 국제계약법, 국제물권법, 국제불법행위법에서 규정하는 연결점에 따라 결정된 준거법과 관계없이 동조가 규정하는 범위 내에서 동조 및 협약의 규정이 우선하여 적용될 것으로 생각됩니다. 국제문화재법의 국제강행법규성 외에 국제문화재법이 국제사법에서 의미를 가지는 것은 바로 새로운 연결점으로서의 '기원국'이라는 것입니다. 이 교수님께서 소개해 주신대로 벨기에와 독일은 각각 국제사법과 문화재보호법에서 특칙으로서 기원국을 연결점으로 사용하고 있다고 소개하고 계십니다. 그런데 기원국이라는 개념자체가 아직 명확하지 않은 상태에서 이를 선 듯 입법하기에는 주저되는 점이 있는데, 벨기에나 독일이 소재지법이 아닌 기원국을 연결점으로 사용함으로써 얻고자 하는 목적이 무엇인지 알고 계신다면 향후 국제문화재법의 연결점에 관한 고려에 많은 도움이 될 수 있을 것 같습니다.

마지막으로, 사소한 것이지만 각주 19에서 이 교수님께서 스위스정부와 미국정부는 협약 전체가 자기집행성을 결여하고 있다고 이해하는 것처럼 보인다고 적으시고, 위에 인용하는 O'Keefe의 글 107면은 미국은 협약의 '규정'이 비자가집행적이고 비소급효를 가지는 것으로 이해한다고 기술하는데, 어느 것이 맞는 것인지 말씀해 주시면 고맙겠습니다.

이것으로 부족한 질문만 많은 토론을 마치도록 하겠습니다.

고맙습니다.

## Session 2

### 토 론

최 승 수 변호사  
(법무법인 지평 변호사)



## 토 론 문

최승수 (법무법인 지평 변호사)

### I. 문화재 보호에 관한 두 개의 이론과 국제협약

#### 1. 문화국가주의(Cultural nationalism)와 문화국제주의(cultural internationalism)

문화재 보호, 환수, 수출통제의 쟁점을 관통하는 원리는 기본적으로 문화재의 본질적인 성격을 어떻게 규정하는가와 밀접하게 관련되어 있다. 문화국제주의는 문화재는 인류공통의 문화의 발전과 연결되어 있으므로 보호되어야 한다는 이론이고, 문화국가주의는 문화재는 특정국가의 유산이기 때문에 보호받아야 한다는 이론이다.

두 가지 이론은 문화재의 소유권의 귀속과 반환여부에 관한 쟁점에 대하여 현저한 차이를 보인다.

문화국제주의의 입장에서 보면 문화재는 세계공동체에 속하는 것이고, 다른 나라에서 유래된 문화재라 하더라도 보다 양호한 조건에서 관리할 수 있는 국가가 현실적으로 소유하는 것이 정당하다는 결론을 내리게 된다. 예를 들어 독일 베를린 노이에 박물관에 소장되어 있는 네페르티티 흉상이나 대영박물관에 소장되어 있는 엘긴 마블은 원천국가로의 반환이 정당하다는 논의에도 불구하고, 현실적으로 그 유물들이 그 박물관에서 현재 잘 보존되고 있고 세계 모든 사람들이 이를 관람할 수 있으므로 지금 그대로 그 박물관에 남아 있는 것이 타당하다는 입장이다.

한편, 문화국가주의자의 입장에서는 한 나라의 문화유산은 그것을 생산한 나라의 경계 내에 존재하고 그 나라에 귀속되어야 한다는 것이다. 이 이론은 국가의 이해, 가치, 자존심 등을 강조한다. 그러한 유물들은 각 국가의 문화적 범위, 표현, 정체성 등에 있어 매우 중요하다고 판단한다.

1970년 유네스코 협약은 문화국가주의 이론에 기반하여 입안되고, 1954년 헤이그협약은 문화국제주의를 구체화한 것으로 평가되고 있다. 이 차이는 두 협정의 전문을 검토하면 확연하게 알 수 있다. 유네스코협약 전문에는 “문화재는 문명과 국가 문화의 기본적 요소 중의 하나이며, 그것의 진정한 가치는 그것의 기원, 역사 및 역사적 배경에 관한 최대한 가능한 정보와 관련해서만 평가될 수 있다.”라고 기재되어 있다. 반면, 헤이그협약 전문에는 “어느 국민에 속하는 문화재의 손상은 전 인류의 문화유산에 대한 손상이다.”

따라서 문화국가주의는 각 원천국가에 특별한 이익이 있다는 점을 인정하고 그 문화재의 현재 소재나 소유권과 상관없이 그 문화재의 국가적 특성에 주목하여, 각국의 문화재 수출통제를 지지하고 문화재의 본국환수(Repatriation)를 정당화한다.

위 문화재에 관한 두 개의 이론은 문화재 원천을 많이 가지고 있는 원천국가(source nation)와 문화재에 대한 거래수요를 강하게 가지고 있는 시장국가(market nation)의 입장차이로 귀결된다.

이집트, 그리스, 인도, 멕시코와 같은 나라들은 대표적인 원천국가군이고, 프랑스, 독일, 일본, 스칸디나비아 국가들, 스위스 및 미국은 대표적인 시장국가군을 구성하고 있다. 대체적으로 원천국가는 가난하지만 시장국가는 부유한 나라들이다. 시장국가의 입장은 원천국가로부터의 수출을 장려하는 입장일 것이고, 원천국가는 문화재의 수출을 통제하려는 입장이다.

그러나 위 카테고리 분류가 항상 일치하는 것은 아니다. 미국은 문화재 등 미술품 거래시장이 고도로 발달되어 있고 문화재에 관한 높은 수요가 형성되어 있기 때문에 시장국가로 분류되지만, 동시에 아메리칸 인디언의 문화유산이 풍부한 점에 비추어보면 원천국가로서 분류될 수도 있는 것이다.

그러나 미국은 유네스코 협약을 국내법으로 수용하는 입법을 하면서, 문화재의 본국환수를 지지하는 협약 당사자가 되었다.

## 2. 문화재 환수와 자유무역원리의 제한

원천국가에서 불법적으로 반출된 문화재의 원천국가로의 반환이 항상 그 문화재의 안전한 보전을 보장하는 것도 아니고, 그렇다고 시장국가에서 더욱 잘 보호될 수 있다는 것을 의미하는 것도 아니다. 때로는 원천국가의 반환요구는 문화재 반출이 국가의 문화적 정체성을 상실시킨다는 도덕적인 근거뿐만 아니라 문화재의 상업적 가치 획득이라는 경제적인 동기에도 바탕을 두고 있다. 원천국가의 문화재 잔류주의는 그 국가의 역사나 문화와 아무런 중요한 관련성도 없음에도 불구하고 단지 그 나라의 경계를 떠난 가치있는 물건을 되찾아오겠다는 동기에서 비롯된 경우도 있다. 그러한 까닭에 문화재 반환관련 국제조약에서 보호하려는 문화재의 범위를 한정하고, 이를 보호문화재 목록으로 강제하는 노력이 필요하게 된 것이다.

무역자유화를 위한 국제적인 조류에도 불구하고, 문화재 국제 거래는 수출규제

에 의해 제한되는 분야이다. 예를 들어 국가간 무역거래의 자유화를 위한 체결된 “무역 및 관세에 관한 일반협정” 10조 F항(Article XX(f) of the General Agreement on Trade and Tariffs)에 의하면, 예술적, 역사적, 고고학적 중요성을 갖는 국가보물의 보호를 위해서는 자유로운 거래의 예외를 허용한다고 규정되어 있다. 무역자유화 운동에서 문화재는 포함되지 않는 것이다. 그 근거는 문화재와 국가문화와의 명백한 관련성을 지지하는 문화재 잔류주의가 자연스럽고 합리적이라는 것이 국제공동체의 합의에 있다는 것이다. 문화재 잔류주의의 유일한 제한은 대상 문화재의 범위를 국가보물의 지위에 오른 것만으로 한정하는 시도라고 할 수 있다.

## II. 문화재 해외반출 통제의 찬반론

### 1. 수출규제 찬성론

규제 찬성론자들은 부유한 미술품 시장국가와 가난한 미술품 원천국가 사이의 경제적 불평등을 더 악화시키기 때문에 수출을 규제하여야 한다고 주장한다. 수출통제를 통하여 원천국가는 그들의 문화재를 보유하고 국가적 통합성을 강화시키고 미술관의 수익 증대, 관광객 증가, 적법한 미술품 거래를 통한 수익 등의 혜택을 누릴 수 있다는 점을 들고 있다.

그런데 미국은 전통적으로 미술품 시장국가도 간주되고 있음에도 불구하고 규제 찬성론자들은 미국 문화재의 수출을 규제할 필요가 있다고 주장하는데, 일정한 문화재를 잃게 되면 더 많은 것을 잃게 될 위험성이 있다는 점을 논거로 제시한다. 예를 들어 프랑스 작가가 조각한 벤자민 프랭클린의 흉상이 1785년 이래 미국에 존재하고 있다가 유럽 수집상에 팔리게 될 경우의 미국으로서는 문화정체성에 막대한 손실을 입게 된다는 것이다.

### 2. 수출규제 반대론

반대론의 주요 논거는 문화와 예술은 인류의 공통자산이며, 이에 대한 가장 높은 가치를 부여하는 측에게 자유로이 이전될 수 있도록 해야 한다는 것이다. 수출규제는 문화재의 자유로운 이전을 방해하여 가급적 많은 사람들에게 도움이 되는 문화재의 보존, 관리, 연구, 전시 및 교육에의 활용을 어렵게 만든다고 주장한다.

또 다른 단점으로 수출규제의 부작용으로 문화재의 암시장을 낳게 된다는 것이다. 높은 수요가 있는 희귀문화재의 경우 대체품이 없으므로 수출통제는 불법거래를 촉진시킨다. 합법적인 방법으로는 구입할 수 없으므로 수요는 높아지게 됨에 따라 파는 쪽에서는 높은 거래가격을 부를 수 있게 된다. 나아가 과도한 수출통제는 실제 행정적으로 집행하는 것이 매우 어렵고, 규제당국의 부패를 야기하는 유인이 되기도 한다.

### Ⅲ. 미국의 문화재 수출규제 법제도

미국은 미술품 시장국가 중 거의 유일하게 문화재 해외수출규제 체계를 가지고 있지 아니한 나라이다. 이는 미국내 미술상이나 수집가들의 규제입법 반대 로비에 기인하는 것이기도 하지만, 미국의 중요문화재가 해외반출되려고 하더라도 이를 구입할 수 있는 충분한 자원이 있다는 점에 기인하기도 한다.

1970년 유네스코 협약이 체결되기 전까지 문화재 수출에 관한 전반적인 국제법적인 규제체계는 없었다고 볼 수 있다. 유네스코 협약에는 현재 미국, 영국, 일본, 스위스, 프랑스 등을 포함하여 124개국이 가입되어 있다. 그러나 유네스코 협약은 체약국 각자의 수출규제에 관한 모델법을 제공하고 있지는 않는다. 대신에 체약국의 수출규제를 다른 체약국이 승인하도록 하는 법적 기반을 제공할 뿐이다. 미국은 주로 유네스코협약 이행입법 및 다른 체약국과의 양자조약을 체결하는 방식을 통하여 유네스코협약의 효력을 부여하고 있다.

수출규제는 국제법과 국내법상 많은 복잡한 쟁점을 제기한다. WTO 체계상 관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT)에 따라 상품의 수출규제는 금지된다. 그러나 GATT는 각국의 예술적, 역사적, 고고학적 가치를 가지는 국가보물의 보호를 위해서 취해지는 일정한 예외를 인정하고 있다.

위 문화재 예외조항에 따라 문화재에 관한 수출규제법을 체약국이 제정한다고 하더라도 그 법률의 내용에 따라 해당국의 헌법이나 재산법 등에 근거한 반대론이 제기될 수는 있을 것이다. 미국수정헌법 5조의 재산권 수용조항이 수출규제 반대론의 근거가 될 여지가 있다고 한다.

## Session 2

### 토 론

김 인 철 교수  
(상명대 지적재산권학과 교수)



## 토론문

김인철

상명대학교 인문콘텐츠학부 지적재산권전공

서재권 교수님의 발표 잘 들었습니다. 제가 처음 듣는 이야기도 있어서 재미있는 공부의 기회가 되었습니다.

국외소재문화재재단의 2016년 이후 국외소재문화재재단에서 환수한 문화재로 재단의 웹사이트를 보면 약 20건의 환수실적이 있지만 국가기관이 아닌, 단순한 공공기관으로서 현실적으로 해외에 존재하는 문화재의 환수를 할 수 있는 재정적, 행정적 역량이 부족할 수 밖에 없다고 생각합니다. 특히 이 기구의 예산이 연간 50억 정도로 알려져 있는데 이러한 예산으로 해외 소재문화재의 하나도 50억 이상의 가치가 있을 수도 있다고 생각합니다. 그렇다면 국외소재문화재재단은 매입예산도 부족하고, 국가기관도 아니기 때문에 현실적으로 해외의 국가기관을 접촉하여 무엇인가를 할 수 있는 조직은 아니라고 생각합니다. 결국 국외소재문화재재단만으로는 국외소재문화재의 환수가 쉽지 않다, 아니 매우 어렵다고 생각합니다. 그렇다면 국외소재문화재 재단의 기능에 대하여 방향 전환이 필요하지 않을까 생각합니다. 환수하는 협상과 방법 및 환수 비용에 대해서는 외교부와 문화체육관광부에 모든 권한을 넘기고, 국외소재문화재 재단에서는 문화재 환수적인 실무(행정, 재정, 외교)보다는 문화재환수를 위한 기초 작업, 즉 국외에 존재하는 문화재의 추적, 그리고 소유권의 변동 등의 사실 추적, 어떻게 관리되고 있는지에 대한 조사와 그러한 문화재가 어떻게 하여 해외로 침탈되었는지 등의 역사적 사실 연구 및 환수해야하는 이론적, 국제법적 근거를 만든 것에 집중하여 민간단체 활동의 구심점으로 더욱 집중하는 것은 어떻게 생각하시는지 의견을 묻고 싶습니다.

이종혁 교수님의 발표도 잘 들었습니다. 관심은 있었지만 제가 접근하기 어려운 내용들을 잘 설명해 주셨습니다. 제가 두 가지만 질문 드리려고 합니다.

문화재보호법 제20조에 따르면 문화재청장은 국내로 반입하려 하거나 이미 반입된 외국문화재가 해당 반출국으로부터 불법반출된 것으로 인정할 만한 상당한 이유가 있으면 그 문화재를 유치할 수 있다. 그리고 그 외국문화재를 박물관 등에 보관, 관리하여야 한다고 규정하고 있습니다. 그러나 이러한 문화재의 유치에는 상당한 비용이 투입되어야 하는데 이러한 외국 문화재를 보관, 관리

비용등에 대해서는 문화재보호법에는 규정이 없는 것으로 보이고, 유네스코 협약 제7조에는 “문화재의 반환 및 인도에 부수되는 모든 비용은 요청 당사국이 부담하여야 한다.”고 규정하고 있지만, 이 규정의 적용범위가 박물관의 관리비용을 포함하는 개념인지에 대하여 설명도 없고, 문화재 관리비용은 상당히 고비용이 들어가는 것으로 아는데 어느 누가 부담하여야 하는지에 대한 언급이 전혀 없습니다. 이러한 비용에 대한 국제조약 및 해외 판례가 있으면 소개해 주시면 감사하겠습니다. 이와 함께 소재지법주의의 극복이라는 부분에서 제3자에게 도품이 선의로 양도된 경우 우리나라에서는 어떻게 되는지 궁금합니다. 도품에 대한 민법 제250조 및 제251조의 규정이 있는데 2년이 초과한 경우에는 경우 어떻게 적용되는지? 그리고 매수가가 비싼 경우에 선의 매수한 경우에는 어떻게 되는지에 대하여 외국 판례가 있다면 소개해주시고, 만약에 없다면 한국에서는 어떻게 적용되어야 할 것인지에 대한 의견을 주시면 감사하겠습니다.

이규호 교수님 발표 잘 들었습니다.

문화재보호법과 UNESCO 협약에 따라 일본 대마도 관음사에서 도난된 불상에 대하여 이규호 교수님은 유네스코 협약의 보호대상도 아니고, 우리나라 문화재보호법 대상도 아니기 때문에 반환의무가 없다고 하셨는데 그렇게 해석한 것에 대해서는 개인적으로 동의합니다.

그런데 만약에 우리나라 문화재보호법의 대상이었다면 어떻게 해야 하는지 궁금합니다. 지금 이 관음사에 보관되어 있던 관세음보살좌상은 1951년 “1330년(고려 충선왕 원년) 영원토록 (서산) 부석사에 봉양, 공양하고자 서원한다”는 내용의 ‘복장 조성문’(불상을 만든 유래를 적어 불상 안에 보관한 문서)이 발견된 고려 불상 가운데서도 제조 장소와 연대를 확인할 수 있는 몇 안 되는 한국의 매우 희귀한 문화재로 알려져 있습니다<sup>1)</sup> 우리가 국외소재문화재 환수를 위하여 상당히 많은 노력을 함에도 불구하고 문화재를 환수하기 어려운데 이러한 상황에서 국외소재문화재가 한국의 품으로 의도하지 않게 온 경우에 소송단계에서 한국 법원에서 소유권을 주장하는 자 또는 법인 등이 예전에 누군가가 약탈하여갔다는 사실을 입증해야할지, 아니면 국외에서 소유권을 주장하는 자 또는 법인이 약탈하지 않고 정상적인 루트로 이전되었다는 것을 입증해야할지, 어떻게 판단해야하는지 이규호 교수님의 견해를 듣고 싶습니다.

1) <http://www.hani.co.kr/arti/international/japan/652402.html#csidx7c101fc0b8ecf4db6cb5fdc0ebdfdde>



