

# 해외 소재 불법 문화재의 환수를 위한 법정책적 연구<sup>•</sup>

송호영

한양대학교 법학전문대학원 교수

## 국 문 초 록

2011년 프랑스로부터 병인양요 당시 약탈되었던 외규장각 도서가 반환된 것을 계기로 해외에 소재하는 우리 문화재에 대한 국민적 관심은 폭발적으로 늘어났으며, 이들 문화재를 국내로 환수해야 한다는 여론 또한 매우 높아졌다. 국외소재문화재재단의 통계자료에 의하면 해외에 소재하는 우리 문화재는 총 20개국 160,342점에 이른다. 그 가운데 약 절반가량이 불법 반출된 문화재로 추정되며, 이들 문화재가 환수의 대상이다. 그런데 현실적으로 불법 반출되어 해외에 소재하는 문화재를 환수한다는 것은 그리 쉬운 일이 아니며, 이를 위해서는 장기적이고 체계적인 문화재 환수 방안이 정립되어 있어야 한다. 본 논문은 이러한 문제의식을 가지고 해외에 소재하는 불법 반출된 우리 문화재의 환수를 위한 법정책적 방안을 탐구한 것이다.

이를 위해 필자는 우선 I에서 본 연구를 하게 된 계기와 목적을 서술하고, II에서는 문화재의 반출에 관한 기본적인 이해와 현황 및 문화재 환수에 관한 방식과 방법에 관해서 개관하고, III에서는 문화재 환수 문제를 둘러싼 분쟁에 간여되는 국제규범과 국내규범을 살펴보았다. 이러한 고찰을 기반으로 본 논문의 핵심 부분이라고 할 수 있는 IV에서는 문화재 환수를 위한 9가지 법정책적 방안을 제시하였다. 즉 해외 소재 문화재에 대한 실태조사, 문화재의 통일적인 관리와 반출 증명서 제도의 도입, 문화재 환수 방법의 다양화를 위한 재원 마련, 문화재의 현지 활용, 다자 협약의 가입과 양자 협약의 확대, 국제기관을 통한 환수와 공조, 소송과 중재를 통한 환수, 문화재 환수 전문가의 양성, 외국 전문가들과의 네트워크 구축 등이다. 마지막으로 V에서는 이상의 내용을 탐구하면서 체득하게 된 필자의 의견을 정리하였다.

- 이 논문은 2012년 LG연암문화재단의 교수해외연구지원에 의하여 수행되었음.

주제어 문화재, 반환, 환수, 소유권, 기원국법주의, 1970년 유네스코협약, 1995년 유니드رو협약

투고일자 2015. 09. 04 • 심사일자 2015. 10. 19 • 게재확정일자 2015. 11. 09



## I. 서론

2011년 병인양요 당시 프랑스 군대로부터 약탈되었던 외규장각도서 297권이 프랑스로부터 반환되고, 같은 해 일본의 국내청에 소재하던 조선왕조의례가 반환되는 일들을 계기로 해외에 소재하는 우리 문화재에 대한 국민적 관심은 폭발적으로 늘어났으며, 이들 문화재를 국내로 환수해야 한다는 여론 또한 매우 높아졌다. 이에 정부는 해외에 소재하는 우리 문화재를 환수해야 한다는 국민적 여망에 부응하여 2011년 문화재보호법을 개정하여 국외소재 문화재<sup>1</sup>의 보호를 위한 규정을 신설하고(제67조 이하 참조), 이를 실현하기 위한 기관으로 2012년 「국외소재문화재재단」을 설립하였다. 그에 따라 국외소재문화재재단의 노력으로 2014년 미국 허미티지 박물관에 있던 '석가삼존도'와 '곽분양행락도' 병풍이 환수되고 올해 4월에는 미국으로부터 덕종어보를 반환받았으며, 6월에는 스위스 취리히의 경매장에서 한국전쟁 당시 유출된 것으로 추정되는 '범어사 칠성도' 등 조선불화 3점을 낙찰받아 국내로 반입하였으며, 7월에는 미국의 경매소에 출품된 도난 불화인 '동약당제인대선사진영'을 환수하는 등 일정한 성과를 보이고 있다. 그럼에도 불구하고 문화재 환수에 관한 그동안의 성과에 대해서 아직까지는 미흡하다는 반응이 많은 편이다.

다른 한편으로, 1965년 우리나라와 일본 사이에 「대한민국과 일본국간의 문화재 및 문화협력에 관한 협정」이 체결된 지 올해로 50년을 맞고 있다. 동 협정의 체결로 말미암아 일제강점기 때 반출된 우리 문화재의 환수 문제는 종결된 것이라기보다는 여전히 풀어야 할 숙제로 남아 있다. 더욱이 2012년 우리나라 출신의 문화재 전문 절도단이 일본 대마도에 소재하는 관음사에 침입하여 일본의 문화재로 지정된 고려시대 국보급 불상 2점을 훔쳐서 국내로

밀반입한 사건이 벌어지고, 이들 불상의 원소유를 주장하는 서산 부석사의 점유 이전금지 가처분 신청이 법원에서 인용됨으로 말미암아, 해당 문화재를 일본으로 반환하여야 하는가에 대해 뜨거운 찬반논쟁이 벌어지고 있다.<sup>2</sup> 동 사건을 계기로 해외에 소재하는 우리 문화재에 대한 관심은 또 다른 양상으로 전개되고 있다. 문화재 환수에 관한 문제는 민족주의적 감정과 결부되기 쉽기 때문에 매우 강한 휘발성을 가진 이슈이다. 이것은 달리 말하자면, 문화재 환수에 관한 문제는 치밀한 논리적 근거에 따라 주장되기보다는 민족 감정적인 호소에 의해 선동적으로 주장될 가능성이 크다는 것을 의미한다. 그러나 국제 현실은 매우 냉혹하다. 특히 문화재를 환수한다는 것은 현재 상대 국가 내지 상대방이 문화재를 보유하고 있음을 전제로 하기 때문에 시쳇말로 칼자루를 상대방이 쥐고 있는 셈이다. 그런 상황에서 '우리 것은 당연히 우리 것'이라는 식의 단순한 주장은 상대방을 설득시킬 수 없을 뿐만 아니라 제3자의 입장에서 설득력을 가질 수 없다. 몇 점의 문화재에 대해서는 어떠한 방법을 동원해서라도 환수가 가능할 수 있겠지만, 해외에 소재하는 수 만점의 우리 문화재를 환수하기 위해서는 해당 문화재에 대한 철저한 고증작업과 체계적인 논리적 뒷받침 그리고 치밀하고도 장기적인 환수 방법을 강구하여야 할 것이다.

필자는 이러한 문제의식에 기해 본고에서 해외로 불법 반출되어 국외에 소재하는 우리 문화재를 환수하기 위해서는 어떤 법적·정책적 방안들을 강구해야 하는지를 생각해보고자 한다. 이를 위해 아래 II에서는 문화재의 반출에 관한 기본적인 이해와 현황 및 문화재 환수에 관한 방식과 방법에 관해서 개관한다. III에서는 문화재 환수 문제를 둘러싼 분쟁에 간여되는 국제규범과 국내규범을 살펴봄으로써, 분쟁 해결을 위한 법적 메커니즘을 알아본다. 이러한

1 문화재보호법에서 국외소재 문화재란 국외로 반출되어 현재 대한민국의 영토 밖에 소재하는 문화재를 말한다(동법 제2조 제8항).

2 한국경제, "일본서 도난된 우리 불상 돌려줘야 하나요", 한국경제 인터넷판 기사(2013.10.04), <http://www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=2013100428431>(2015.07.07. 최종 접속); 뉴스천지, "관세음보살좌상두고 한·일 간 '누가 도둑인가'", 뉴스천지 인터넷판 기사(2015.05.26), <http://www.newscj.com/news/articleView.html?idxno=292001>(2015.07.07. 최종 접속) 등.

고찰을 기반으로 본 논문의 핵심 부분이라고 할 수 있는 IV에서는 문화재 환수를 위한 법적정책 방안에 대해 자세히 살펴본다. 마지막으로 V에서는 이상의 내용을 탐구하면서 체득하게 된 필자의 의견을 정리해보고자 한다.

## II. 문화재의 반출 및 환수 개관

### 1. 문화재 반출의 현황

#### 1) 문화재의 불법 반출 유형

문화재가 반출되는 상황은 공식적 내지 합법적 경로를 통해 이루어지는 경우와 비공식적 내지 불법적 경로를 통해 이루어지는 경우로 나눌 수 있다.

공식적 내지 합법적 경로로 문화재가 반출되는 경우는 예컨대, 다른 나라와 외교관계를 맺을 때 선린우호의 의미에서 다른 나라에 선물로 기증한다든지, 개인이나 기관이 공개된 골동품이나 미술품 시장에서 문화재(미술품)를 적법하게 구입하여 외국으로 가져가거나, 해외전시 등 국제적 문화교류를 목적으로 반출된 경우<sup>3</sup> 등이 이에 해당한다. 이러한 경로를 통해 반출된 문화재는 대표적으로 런던의 대영박물관(The British Museum)의 한국관, 파리의 기메 박물관(Musée Guimet)의 한국관 및 뉴욕 메트로폴리탄박물관(The Metropolitan Museum of Art)의 한국관 등에 소재하고 있다.

이에 반해 비공식적 내지 불법적 경로로 문화재가 반출되는 모습은 매우 다양하다. 역사적으로 가장 광범위하고

또한 가장 방대하게 문화재가 반출되는 경우는 대개 전쟁이나 식민지배 시기에 이루어진다.<sup>4</sup> 고대 정복전쟁의 시기에는 전승국에서 패전국의 문화재를 일종의 전리품으로 보아 이를 취득·이전할 수 있는 당연한 권리로 보았었다. 이러한 관념은 중세 때까지 이어오다가, 근대에 들어서 전쟁 중에 문화재를 보호하여야 한다는 관념이 국제사회에 확산되기 시작하였다.<sup>5</sup> 그러나 국제사회는 제2차 세계대전을 겪으면서 유럽의 수많은 문화재가 나찌정권에 의해 약탈당하는 것을 경험해야만 했다. 이후 이에 대한 반성으로 전쟁으로부터 문화재를 보호하기 위한 1954년 헤이그Hague협약<sup>6</sup>이 성안되어 많은 나라들이 동 협약에 가입하였지만, 근래 국제사회는 중동에서 발발한 미국-이라크전의 혼란 속에서 수많은 문화재가 약탈당하는 것을 목도하였고, 가장 최근에는 극단주의 무장세력 이슬람국가(IS)에 의해 시리아의 유적지 팔미라Palmyra의 고대 유물이 파괴되는 상황을 겪고 있다. 또한 전시戰時외에도 식민지 시기에는 강점국이 피식민국의 문화재를 국가적 차원에서 조직적으로 약탈·반출하였었다. 현재 런던의 대영박물관이나 파리의 루브르박물관(Musée du Louvre) 등에 전시되어 있는 대부분의 아프리카, 동남아시아, 이집트, 근동지역 및 그리스 문화재 등은 군사적 점령기간 또는 식민지배 기간 동안 반출된 것이다.<sup>7</sup> 그 외에도 문화재는 선교사나 관광객의 신분으로 도난, 사기, 밀수 등의 방법으로 반출되기도 하고, 전문 도굴업자의 불법적인 도굴이나, 고고학자 및 인류학자들에 의해 합법적으로 발굴되었다가 밀반출되는 경우도 있다. 또한 전시 등의 목적으로

3 국보, 보물 등의 문화재는 원칙적으로 국외로 반출할 수 없으나, 문화재의 국외 전시 등 국제적 문화교류를 목적으로 한 경우에는 문화재청장의 허가를 받아 반출할 수 있다. 다만 이 경우에도 해당 문화재를 반출한 날로부터 2년 이내에 다시 반입한다는 조건에 따라야 한다. 만약 반출을 허가받은 자가 반출기간의 연장을 신청하면 문화재청장은 당초 반출 목적 달성이나 문화재의 안전 등을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 한정하여 2년의 범위에서 그 반출 기간의 연장을 허가할 수 있다(문화재보호법 제39조 제1항 및 제2항). 이러한 규정은 가지정문화재(제47조), 등록문화재(제59조), 일반동산문화재(제60조 제1항), 시·도지정문화재와 문화재자료(제74조)에도 준용된다.

4 홍수연, 2011, 「불법문화재의 반환을 위한 사법상 법리에 관한 연구」, 한양대학교 법학석사학위논문, 15면 이하 참고. 일제강점기를 전후한 우리 문화재의 국외유출경과에 대해서는 조부근, 2013, 「국외 유출 한국문화재의 환수현황과 과제에 관한 연구」, 「전통문화논총」 제12권, 35면 이하 참고.

5 김덕주, 1989, 「문화재의 국제적 불법유통금지에 관한 연구」, 서울대학교 법학석사학위논문, 11면.

6 정식 명칭은 「1954년 무력충돌 시 문화재보호를 위한 헤이그 협약」(Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict Signed at The Hague 14 May 1954).

7 이보아, 2002, 「루브르는 프랑스 박물관인가」, 민연, 193면.



문화재를 합법적으로 반출되었으나, 일정 기간 내에 반입하여야 한다는 조건을 위반하여 반환을 하지 않는 경우도 불법 반출의 한 모습이라고 할 수 있다.

그 외 외교관의 경우 외교행낭(diplomatic pouch)에 대해서는 상대국이 자의적으로 열어볼 수 없다는 점을 이용해 외교관의 귀국 시 외교행낭을 통해 문화재를 밀반출하는 경우도 있다.

이처럼 문화재가 불법 반출되는 경우는 매우 다양한데, 최근에는 합법적인 거래를 위장하여 문화재를 불법하는 사례들도 나타나고 있다.<sup>8</sup> 즉 국제택배를 이용해 대량의 문화재를 중국과 일본에 빼돌린 일당이 경찰에 적발되기도 하였고,<sup>9</sup> 해외 인터넷 경매사이트인 이베이e-bay를 통해 고서적, 도자기류 등 일반동산 문화재를 유출한 회사원과 자영업자 등 4명이 경찰에 적발되는 사건도 발생했다.<sup>10</sup> 주목할 만한 점은 이베이를 통해 문화재를 불법 반출하려 한 이들이 문화재를 전문으로 하는 도굴범이나 거래상들이 아니라 회사원, 아르바이트생 그리고 일반 자영업자 등 평범한 시민들이었다는 점이다. 이것은 문화재의 불법 반출과 환수의 문제가 단순히 식민지 시기나 전시상황에서만 발생하는 과거의 아픈 역사로만 인식되어서는 아니 되고, 현재에도 우리의 일상에서 상존하는 위험임을 알려준다.

## 2) 해외 소재 우리 문화재의 현황

해외에 소재하는 우리 문화재의 현황을 파악하기란 대단히 어려운 일이다. 문화재는 합법적으로 반출된 경우에도 범죄의 표적이 될 수 있다는 우려에서 그 소재가 잘 드러나지 않는 경향이 있는데, 더욱이 불법 반출된 문화재는 오랜 시간동안 잠복하여 있거나 은밀하게 거래되기 때문에

표 1. 해외 문화재 현황(2015년 4월 기준)<sup>11</sup>

소장국	현 소장 수량	비율	주요 소장처
일본	67,708	42.23	동경국립박물관 등
미국	44,365	27.67	메트로폴리탄박물관 등
독일	10,940	6.82	켈른동아시아박물관 등
중국	9,806	6.12	북경고궁박물관 등
영국	7,945	4.96	영국박물관 등
러시아	5,699	3.55	모스크바국립동양박물관 등
프랑스	2,896	1.85	국립기메박물관 등
대만	2,881	1.80	국립고궁박물관 등
캐나다	2,192	1.37	로얄온타리오박물관 등
오스트리아	1,511	0.94	비엔나민속박물관 등
덴마크	1,278	0.80	국립박물관
네덜란드	1,174	0.73	라이덴국립민속박물관 등
카자흐스탄	1,024	0.64	국립도서관
헝가리	341	0.21	헤렌쯔호프동양미술박물관
바티칸	298	0.19	민족학박물관 등
스위스	119	0.07	민족박물관 등
벨기에	56	0.03	왕립예술역사박물관
스웨덴	51	0.03	동아시아박물관 등
호주	41	0.03	뉴사우스웨일즈박물관 등
이탈리아	17	0.01	국립동양도자박물관
<b>계(20개국)</b>	<b>160,342점</b>	<b>100(%)</b>	

그 소재를 파악하기가 현실적으로 매우 어렵다. 따라서 해외 소재 문화재의 숫자를 정확히 집계한다는 것은 불가능에 가까운 일일 수 있다. 어찌 되었든 2015년 4월 1일 현재 「국외소재문화재재단」에서 파악한 바에 의하면, 국외 소재 한국문화재는 총 20개국 160,342점에 이른다고 한다.

8 이에 관해서는 송호영·김지현, 2013, 「문화재환수관련 국내외 규범 및 제도의 운용과 개선방안에 관한 연구 -1970년 UNESCO협약과 1995년 UNIDROIT 협약을 중심으로-」, 유네스코한국위원회, 12면 이하 참고.

9 동아일보, “국제택배로 문화재 3,586점 빼돌려 中-日로 반출… 24명 검거”, 동아일보 인터넷판 기사(2012.04.27.), <http://news.donga.com/3/all/20120426/45828456/1> (2015.07.07. 최종 접속).

10 연합뉴스, “이베이 이용한 문화재 밀반출 첫 적발”, 연합뉴스 인터넷판 기사(2013.06.13), <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2013/06/13/0200000000AKR20130613107000004.HTML?from=search>(2015.07.07. 최종 접속).

11 국외소재문화재재단 홈페이지(<http://www.overseaschf.or.kr/>)의 국외소재문화재 현황을 참고하였음.

물론 이러한 통계는 공개된 박물관 등에서의 자료를 토대로 집계한 것이기 때문에 실제로는 파악되지 아니한 문화재의 수가 이보다 훨씬 많을 수도 있다. 아무튼 도표에서 알 수 있듯이, 해외에 소재하는 약 16만 점의 유물 중에서 일본에 약 6만 7천 점, 미국에 4만 4천 점 등 일본과 미국에 집중되어 있음을 알 수 있다. 이것은 일제강점기와 미군정기 및 한국동란 등 일련의 불행한 우리 역사와 깊은 관련이 있다. 즉 많은 유물들이 국토 강점과 전쟁의 혼란한 상황에서 불법적으로 반출되었을 것으로 추정되는 대목이다.<sup>12</sup> 그런데 이들 해외 소재 문화재가 모두 불법적으로 반출된 것은 아니며, 따라서 이들 문화재가 모두 우리나라로 환수되어야 할 대상은 당연히 아니다. 어렵잖아 이들 문화재 중 절반 정도인 약 8만 점의 문화재가 불법 반출된 것으로 추정되며,<sup>13</sup> 이들 문화재가 우리가 관심을 가져야 할 환수의 대상이다.

그렇지만, 현실적으로 해외에 있는 문화재를 환수하기는 쉬운 일이 아니다. 문화재의 환수는 상당히 장기적인 안목과 인내심을 가지고서 추진해야 하는 사업이므로 당장의 성과를 요구해서는 안 되는 것이지만, 현재까지 상황을 점검하는 차원에서 환수 문화재의 수를 집계한 자료는 나름 의미가 있다. 문화재청이 2011년도 문화체육관광방송통신위원회 국정감사에서 제출한 자료에 의하면, 해방이후부터 2011년 현재까지 환수된 문화재는 10개국으로부터 8,540점에 이른다. 이에 의하면 일본 5,108점, 미국 1,295점, 스페인 892점, 독일 678점, 프랑스 300점, 뉴질랜드 186점, 이탈리아 59점, 캐나다 20점, 호주 1점 및 노르웨이 1점 등이다.

한편, 국외소재문화재재단이 게시한 시기별 문화재 환수현황을 보면, 1951~1960년 112점, 1961~1970년 1,344점, 1971~1980년 45점, 1981~1990년 1,248점, 1991~2000년 1,872점, 2001~2015년 5,337점이 환수되었다. 1960년대

에 환수 문화재가 상대적으로 많은 이유는 1965년에 체결된 「한·일 문화재협정」의 결과로 일본 소재 우리 문화재가 일거에 환수되었기 때문이며, 2000년대 들어서 환수 문화재수가 늘어난 이유는 2011년에 프랑스로부터 외규장각도서 297권 및 일본 궁내청에 소장되어 있던 조선왕조의궤 1,205권을 비롯하여 미국, 스페인, 독일, 뉴질랜드 등 다양한 국가로부터 돌려받은 문화재가 늘어났기 때문이다.

## 2. 문화재의 환수 유형

### 1) 문화재 반환의 방식

흔히 문화재를 “원래의 장소로 되돌린다”는 의미로 반환(return), 환수(restitution), 송환(repatriation) 및 회복(restoration) 등 다양한 용어들이 사용되는데, 그중에서 특히 ‘반환’과 ‘환수’라는 용어가 자주 사용된다. 이들 용어는 일상적으로는 잘 구별되지 않지만, 엄밀하게 보면 약간의 차이가 있다. 일반적으로 되돌려준다는 의미를 가지고 사용하는 용어는 ‘반환’이다. 이때 환수(restitution)는 반환대상이 된 문화재가 어느 곳에 소재하는 것이 정당한 것인지를 따져 ‘있어야 할 곳’으로 되돌린다는 점에서 규범적 판단이 개입된 개념이지만, 반환(return)은 대상이 된 문화재가 왜 현재의 상태로 있게 된 것인지에 대한 가치판단 내지 규범적 판단은 도외시한 중립적인 개념이라는 점에서 차이가 있다. 따라서 문화재가 되돌아온다는 의미에서는 ‘반환’이 ‘환수’보다 넓은 의미로 사용된다. 여기서는 불법 문화재의 「환수」를 위한 방법을 논하기에 앞서, 실무적으로 행해지는 문화재의 「반환」 방식에 대해서 간략히 설명한다.

문화재의 반환이든 환수든 문화재의 복귀를 원하는 측에서는 해당 문화재에 대한 완전한 소유권(ownership)의 회복을 목표로 할 것이다. 반출 문화재 소유 분쟁의 당사자들 사이에서 기증(donation)의 형식을 통해 문화재의 소유

12 일제강점과 한국전쟁으로 인해 불법 반출된 문화재에 대한 자세한 설명으로는 이규열, 1996, 「한국문화재수난사」, 돌베개, 62면 이하 및 236면 이하 참고.

13 2003년 4월 15일 국회 문광위에서 한나라당 김병호 의원이 “개인 소장품이 아닌 박물관, 대학 등에 보관 중인 우리나라 해외 유출 문화재가 20개국 7만5천 2백66건”이라고 밝힌 바 있지만, 이러한 숫자도 신문기사와 해외공관에서 수집한 자료를 종합한 추정치로 알려져 있어, 정확한 수치를 산정하기는 현재로서는 사실상 불가능한 상태이며 실제로 이보다 훨씬 많은 수의 우리 문화재가 해외로 불법 반출 되었을 것으로 추정할 뿐이다.



권에 관한 분쟁이 종결될 수 있다면 가장 바람직한 것이다. 그렇지만 문화재의 특성상 현재 보유하는 국가의 이해관계로 말미암아<sup>14</sup> 해당 문화재에 대한 완전한 소유권은 아니더라도 제한된 소유권 내지 점유권의 회복으로 만족해야 하는 경우도 있다. 이러한 경우도 넓은 의미에서 문화재의 환수 내지 반환이라고 부를 수 있다. 그러한 반환 방식으로는 다음과 같은 것들이 있다.<sup>15</sup>

첫째, 조건부 반환(conditional return)이다. 이것은 일정한 조건의 충족을 전제로 문화재를 반환하는 경우이다. 예컨대 문화재를 반환하기로 하되 선의로 구매하여 보유한 자에게 합당한 보상을 전제로 한다든지, 혹은 반환할 문화재를 보존 또는 보호할 수 있는 충분한 조치의 이행을 전제로 하여 반환하는 방식이다. 1978년 뉴욕의 현대미술관이 피카소의 명작 게르니카(Guernica)를 스페인으로 돌려주면서 피카소의 후손들 간에 진행되고 있던 상속문제의 법적 해결을 조건으로 하여 반환하였는데, 이는 조건부 반환의 대표적인 사례라고 할 수 있다.

둘째, 교환(exchange)이다. 어느 국가가 자국 문화재의 반환을 요구할 경우에 보유국으로서는 해당 문화재를 내어 주는 대신에 그에 상응하는 정도의 문화적 가치를 가진 요청국의 다른 문화재와 교환하는 방식이다. 이 방식은 대상물품이 소량일 때 성사될 가능성이 높다.

셋째, 시간에 따른 공유(time sharing)이다. 이것은 문화재의 반환을 요구하는 측과 당해 문화재를 보유하고 있는 측이 소유권의 측면에서 상호 대등한 권리를 가지고 있는 경우에 해당 문화재를 일정 기간 서로 교대하여 공유하는 방식이다. 이것은 해당 문화재에 대하여 어느 쪽도 권리를 잃지 않도록 함으로써 상호 간에 공평한 해결을 꾀하고자 하는 방식으로써, 양국의 박물관이나 기타 문화재보호 시설 등이 동일한 수준일 경우에 성사될 가능성이 높다. 대

표적인 예로 신수메르(Neo-Sumerian) 조각상은 머리 부분과 몸체 부분이 분리되어, 머리 부분은 뉴욕 메트로폴리탄박물관(Metropolitan Museum of Art)이 그리고 몸체 부분은 파리의 루브르박물관이 소장하고 있었는데, 두 박물관은 각각의 물품에 대한 소유권은 그대로 유지한 채로 두 부분을 결합하여 완전한 상태로 양 박물관에서 일정 기간 교대로 전시하기로 협정을 맺어 실행하고 있다.

넷째, 장기대여(long term loan)이다. 문화재의 반환을 요청하는 측의 반환 청구가 상당한 이유가 있어 소유권을 인정할 필요가 있지만, 보유국 측의 법적 제약 등으로 반환이 불가능하거나 기타 현실적으로 요청국에게 완전한 소유권을 양도하기 어려운 상황인 경우에, 보유국 측에서 요청국에 대하여 해당 문화재를 장기간 대여하는 형식으로 문화재를 반환하는 방식이다. 2006년 독일의 성 오티리엔(Sankt Ottilien) 수도원에서 보유 중이던 겐제 정신의 화첩이 성베네딕도회 왜관수도원으로 영구임대의 형식으로 반환된 것이 대표적인 사례이다.

## 2) 문화재 환수의 방법

반출된 문화재를 환수하는 방법으로는 법적 분쟁을 통하지 않는 것과 법적 분쟁을 통하는 것으로 크게 나누어 볼 수 있다.

법적 분쟁을 통하지 않는 환수의 방법으로는 정부나 민간이 당사자가 되어 문화재를 보유하고 있는 상대국 또는 상대방과의 협상을 통하여 환수받는 경우, 상대방으로부터 또는 공개적인 미술품 경매시장에 참여하여 문화재를 구입하는 경우, 상대방으로부터 문화재를 기증받는 경우 등을 들 수 있다. 아래의 도표는 문화체육관광부가 2012년 문화체육관광방송통신위원회 국정감사 요구자료로 제출한 것을 토대로 한 것인데, 2007년부터 2011년까지 국외문화재의 환수 현

14 그러한 이해관계로는 해당 문화재에 대한 역사적 관련성과 같은 사실적인 것일 수도 있고, 문화재 보유국의 관련 법률에 저촉되는 것과 같은 규범적인 것일 수도 있다.

15 이하 제성호, 2005, 「문화재 불법이동의 국제법적 규제 -약탈 문화재의 반환을 중심으로-」 「법조」 제54권 제2호, 102면 이하; 홍수연, 2011, 「불법문화재의 반환을 위한 사법상 법리에 관한 연구」, 한양대학교 법학석사학위논문, 24면 이하 및 송호영·김지현, 2013, 「문화재환수관련 국내의 규범 및 제도의 운용과 개선방안에 관한 연구 -1970년 UNESCO협약과 1995년 UNIDROIT협약을 중심으로-」, 유네스코한국위원회, 36면 이하 참고.

표 2. 국외문화재 환수 현황(2007~2011)

대상국	수량	정부				민간			
		기증	협상	구입	계	기증	협상	구입	계
일본	1,213	1	1,205	7	1,213				
미국	233	71	1	2	74	159			159
스페인	342	342			342				
프랑스	297		297		297				
합계	2,085	414	1,503	9	1,926	159	0	0	159

(단위: 점)

황을 보여주고 있다. 여기에서 일본과 프랑스의 경우는 각각 2011년도에 정부의 교섭에 의해 조선왕조의궤와 외규장각도서가 환수된 것을 반영한 것이다. 구입에 의해 문화재가 반환되는 경우는 상대적으로 저조한 편인데 반해, 미국과 스페인의 경우 기증에 의한 반환이 상대적으로 높은 편이다.

위와 같은 법적 분쟁을 통하지 않고서 문화재가 환수될 수 있다면 다행이겠지만, 그렇지 않는 경우에는 결국 법적 절차를 통해 환수할 수밖에 없다. 여기서 법적 절차란 일반적으로 법원에 소를 제기해서 법원의 판결에 따라 문화재에 대한 강제집행, 즉 환수를 받는 것을 의미한다. 이러한 점에서는 물건의 반환 청구에 관한 소송과 차이가 없다. 그러나 실제에 있어서는 문화재 반환 소송은 매우 특별한 어려움이 있다. 우선 문화재가 반출되어 외국에 소재하고 있다면 어느 나라 법원에다가 소를 제기하여야 하

는 것이 문제된다(재판관할의 문제). 대개의 경우 판결의 집행을 용이하게 하기 위해 문화재가 소재하는 곳의 법원에 소를 제기하여야 할 것이지만, 국제재판관할에 관한 브뤼셀협약(Brussels Convention)<sup>16</sup>이나 루가노협약(Lugano Convention)<sup>17</sup>에 가입한 국가들 사이에는 피고의 주소지 또는 불법 행위지의 법원에서 소를 제기할 수 있다. 그렇다면 제소된 법원은 어느 나라 법에 따라 문화재의 소유권을 판단해야 하는지가 문제된다. 즉 반출국의 법에 의거해서 판단해야 하는지, 아니면 현재 문화재가 소재하는 곳의 법에 따라 판단해야 하는지가 문제된다(준거법 선택의 문제). 이 문제가 중요한 이유는 나라마다 문화재에 대한 규율이 상이하기 때문에<sup>18</sup> 법원이 어느 법에 따라 판단하느냐에 따라 결론이 달라질 수 있기 때문이다.

그 외에도 문화재 반환 소송은 대개 문화재가 반출된 지 아주 오랜 시간이 지난 후에 제기되는 경우가 많아 증거 채택에 있어서도 어려움이 있어, 소송이 다른 사건에 비해 장기간에 걸쳐 다루어질 가능성이 크다. 이러한 어려움 때문에 최근에는 전적으로 법원의 판단에 맡기는 것보다 당사자들의 이해관계를 반영하여 신속하게 분쟁을 종결시키고자 조정이나 중재와 같은 이른바 대체적 분쟁해결(ADR : Alternative Dispute Resolution) 방법이 대안으로 떠오르고 있다. 실제로 오스트리아 화가 구스타프 클림트Gustav Klimt가 그린 작품의 반환 문제로 오스트리아 정부를 상대로 작품의 상속권을 주장하는 마리아 알트만Maria Altmann 사이에

16 정식 명칭은 「민사 및 상사사건의 재판관할과 판결의 집행에 관한 브뤼셀 협약」(Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters 1968)이며, 동 협약은 1968년 체결되고 1973년 발효되었다. 동 협약은 본래 유럽공동체 회원국들 사이에서 적용되는 재판관할과 판결집행에 관한 통일적인 기준을 제공하기 위한 목적으로 성안된 것이지만, 향후 전세계적으로 적용될 재판관할과 판결 집행에 관한 국제 협약의 기초로서 중요한 의미를 갖는다. 이에 관한 자세한 설명은, 석광현, 2001, 「민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽공동체 협약」, 「국제사법과 국제소송」 제2권, 박영사, 321면 이하 참고.

17 정식 명칭은 「민사 및 상사사건의 재판관할과 판결의 집행에 관한 EU·EFTA 협약」(Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters)으로 1988년 스위스 루가노에서 채택되고 1992년 발효되었다. 동 협약은 브뤼셀 협약과 마찬가지로 재판관할과 판결 집행에 관한 통일적인 기준을 위해 마련된 것인데 유럽공동체뿐만 아니라 스위스를 포함한 유럽자유무역연합(EFTA)에도 적용된다. 동 협약은 브뤼셀 협약과 이른바 병행 협약의 관계를 이룬다. 특히 동 협약은 유럽연합뿐만 아니라 제3국에도 가입이 열려있다는 점에서 우리에게도 영향이 있다. 동 협약에 관한 자세한 설명은, 석광현, 2012, 「개정 루가노협약에 따른 계약사건의 국제재판관할」, 「국제사법과 국제소송」 제5권, 박영사, 339면 이하 참고.

18 예컨대 영미법계 국가들은 대개 물건의 선의취득(good faith acquisition)을 인정하지 않는데 반해, 대부분의 대륙법계 국가들은 선의취득을 인정한다. 따라서 만약 법원이 선의취득을 인정하는 국가의 법을 선택하여 그에 따라 판단하게 되면 원소유자는 문화재를 환수 받지 못하게 될 수 있다.



벌어진 분쟁은 법원의 중재(arbitration)로 해결된 대표적인 사례이다.<sup>19</sup>

그 밖에 국제기구의 절차를 통해 환수하는 방법이 있다. 대표적으로 UNESCO 산하 「문화재반환촉진 정부간 위원회」(ICPRCP)<sup>20</sup>에 해당 문화재의 환수 문제를 상정하여 동 기구의 도움을 받아 환수하는 것이다. 이러한 방법은 국제사회에 호소하여 보유국으로 하여금 간접적인 압박을 줄 수 있지만, 동 기구가 직접적으로 환수를 명하거나 강제할 수가 없어서 실질적인 효과에는 한계가 있다. 다만 최근 UNESCO는 문화재 환수를 위한 중개(mediation)·조정(conciliation)에 관한 규칙을 제정하여 보다 적극적인 조정 역할에 나서고 있는데,<sup>21</sup> 향후 이에 따른 효과에 대해서는 지켜볼 일이다.

### Ⅲ. 문화재 환수에 관한 국제규범과 국내규범

#### 1. 국제규범

##### 1) 개관

문화재 환수에 관한 국제규범이란 구체적으로 문화재의 환수를 내용으로 하는 국가간의 협약을 의미한다. 협약에는 특정한 당사국 사이에서만 체결되어 효력을 가지는 양자간 협약과 이해관계를 가진 다수의 국가가 설정한 협약에 추후 가입하는 다른 나라에도 그 효력이 적용되는 다자간 협약이 있다.

문화재 환수에 관한 대표적인 양자간 협약은 1965년

체결된 「한·일 문화재협정」<sup>22</sup>이다. 또한 2011년 한국과 프랑스 사이에 외규장각 의궤를 반환받은 것과 같은 해 일본 궁내청에 소재하는 외규장각 도서를 반환받은 것도 각각 한국과 프랑스 및 한국과 일본과의 양자간 협약에 의한 것이다. 또한 외국의 경우를 보면, 1970년 체결된 벨기에와 자이레 사이에 체결된 문화협정, 같은 해 미국과 멕시코 사이에 체결된 문화재반환협정, 2006년 이태리와 스위스 사이에 체결된 문화재의 불법 수출입 방지에 관한 협정 등이 양자간 협약의 대표적인 예이다. 다자간 협약은 모든 이해당사국의 공통적 관심사를 묶어야 하기 때문에 내용적으로 구체적인 사항을 담아내기 어려운데 반해, 양자간 협약은 해당 양당사 국가간의 구체적인 이해관계를 담아낼 수 있기 때문에 특정 사안의 해결에 있어서 보다 효과적이다. 따라서 최근에는 양자간 협약 체결을 통해 문화재를 환수하려는 움직임이 최근의 국제적인 경향이다.

그럼에도 불구하고 다자간 협약은 국제사회에서 막중한 역할을 하고 있다. 특히 문화재의 경우 반출된 문화재가 특정국가에만 머물러 있는 것이 아니라, 밀거래 등으로 인해 다른 나라로 전전 유통될 수 있기 때문에 불법 문화재를 근절하기 위해서는 국제적인 공조가 매우 중요하다. 불법 문화재의 근절 및 환수와 관련한 다자간 협약에는 「1954년 헤이그협약」, 「1970년 UNESCO협약」 그리고 「1995년 UNIDROIT 협약」이 있다.<sup>23</sup> 이 중에서 「1954년 헤이그협약」<sup>24</sup>은 전시와 같은 무력충돌 과정에서 발생할 수 있는 문화재의 파괴와 약탈을 막아 문화재를 보호하는 것을 내용으로 하고 있다. 동 협약은 같은 해 채택된 제1의정서<sup>25</sup>와 1999년 채택된 제2

19 Austria et al. vs. Altmann, Decision of Austrian Arbitral Court, 15th January 2006.

20 정식 명칭은 Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation.

21 UNESCO의 중개·조정 규칙(Rules of Procedure for Mediation and Conciliation)은 2010년 개최된 ICPRCP 제16차 회의에서 채택되었다.

22 정식 명칭은 「대한민국과 일본국간의 문화재 및 문화협력에 관한 협정」으로, 전문, 본문 4개조 및 부속서로 구성되어 있다.

23 이들 협약에 대한 개관으로는 조부근, 2004, 「문화재의 국제적 불법 거래에 관한 고찰」, 「문화재」 제37호, 371면 이하 참고.

24 정식 명칭은 「무력충돌 시 문화재 보호를 위한 헤이그협약」(Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Signed at the Hague, 14 May 1954).

25 정식 명칭은 Protocol to the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 1954.

의정서<sup>26</sup>로 구성되어 있는데, 문화재 환수와 관련한 내용은 제1의정서에 규정되어 있다.<sup>27</sup> 2015년 현재 헤이그협약에는 126개국, 제1의정서에는 103개국 그리고 제2의정서에는 68개국이 가입하였다. 우리나라는 남북이 군사적으로 대치하는 상황에서 동 협약이나 의정서에 가입하게 되면 군사작전이 제한될 수 있다는 이유에서 동 협약이나 제1의정서 및 제2의정서 어디에도 가입하지 않았다.

1954년 헤이그협약은 무력충돌 시 문화재 보호라는 특수한 상황을 전제로 성안된 것인데, 더 폭넓은 문화재 보호를 위해서는 평시에도 적용될 수 있는 보다 포괄적인 국제규범이 필요하게 되었다. 그에 따라 등장한 것이 「1970년 UNESCO협약」이다. 그리고 1970년 UNESCO협약이 주로 문화재 반출방지를 위한 국가의 의무를 규정한 데 반해, 더욱 실질적으로 문화재의 환수를 가능하도록 한 것이 「1995년 UNIDROIT협약」이다. 1954년 헤이그협약은 무력충돌시 문화재의 파괴 방지에 보다 주안점을 두고 있는 협약이기 때문에, 대개 문화재 환수와 관련한 국제규범으로는 「1970년 UNESCO협약」과 「1995년 UNIDROIT협약」이 거론된다. 이하에서 양 협약에 대해 좀 더 자세히 살펴본다.<sup>28</sup>

## 2) 1970년 UNESCO협약

「1970년 UNESCO협약」<sup>29</sup>은 문화재의 불법적 유통을 막는 국제적인 규범의 틀을 마련하였다는 점에서 큰 의미

가 있다. 동 협약은 전문과 함께 총 26개 조로 구성되어 있는데, 내용상 사법적 측면보다는 주로 국제공법 및 행정법적 측면에서 문화재의 반출 방지를 위한 규제사항을 중심으로 작성되어 있다.<sup>30</sup>

동 협약의 주요내용은 다음과 같다. ① 협약을 위반한 문화재 반출입 및 소유권의 양도를 불법한 것으로 천명하고(제3조), ② 문화재 보호를 담당하는 국가기관을 설립하고 보호 대상인 문화재를 목록화하며(제5조), ③ 문화재의 반출 증명서 제도를 도입하며(제6조), ④ 불법 반출된 문화재의 반입을 금지하며(제7조), ⑤ 문화재의 불법한 반출입에 관여한 자에 대하여 형벌 및 행정적 제재를 가하며(제8조), ⑥ 협약상의 조치를 위해 국제적인 공조를 취하며(제9조), ⑦ 외국 군대 점령시 강제적인 문화재 이전을 불법한 것으로 간주한다(제11조).

동 협약이 지향하는 문화재의 불법적인 반출입을 금지 내지 예방하기 위한 위와 같은 의무의 주체는 체약국의 정부이다. 즉 체약국 정부는 동 협약에서 정한 위와 같은 사항들을 국내입법을 통해 이행하여야 한다. 우리나라는 1983년 2월 14일 동 협약에 가입하였다. 이에 따라 동 협약의 의무사항을 이행하기 위해서 우리나라는 문화재보호법을 개정하여 협약상의 의무사항들을 비교적 충실히 수용하였다.

동 협약에는 2015년 현재 128개 국가가 가입하여, 국

26 정식 명칭은 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict.

27 관련 규정은 다음과 같다. 각 체약국은 헤이그협약상의 문화재가 무력충돌 과정에서 자신이 점령한 영토로부터 반출(exportation)되지 않도록 할 의무를 부담하며(Part I, 1), 여하한 피점령지로부터 직·간접으로 자신의 영토로 반입된 문화재를 압류하여야 하며(Part I, 2), 자신의 영토상에 있는 문화재가 전항에 규정된 원칙에 반하여 반출된 경우에는 적대행위가 종료되는 시기에 이를 이전에 점령되었던 영토의 권한있는 당국에게 반환하여야 하며, 그러한 문화재는 전쟁배상물로 유치할 수 없다(Part I, 3), 자기가 점령한 영역으로부터 문화재의 반출을 방지할 의무를 부담하는 체약국은 앞의 경우에서 반환하여야 할 문화재를 선의로 보유한 자에 대하여 배상을 해주어야 하며(Part I, 4), 무력충돌의 위험으로부터 문화재를 보호하기 위하여 체약국이 자신의 영토로부터 다른 체약국의 영토에 기탁한 문화재는 적대행위가 종료되는 시기에 그 반출된 영토의 권한이 있는 당국에게 반환되어야 한다(Part II, 5).

28 양 협약에 대해 분석한 국내자료로는 서헌재·박찬호, 2007, 「도난·불법반출 문화재에 관한 법적 연구 -1970년 UNESCO협약, 1995년 UNIDROIT협약 및 주요체약국의 이행법을 중심으로-」, 한국법제연구원 참고. 또한 송호영·김지현, 2013, 「문화재환수관련 국내의 규범 및 제도의 운용과 개선방안에 관한 연구 -1970년 UNESCO협약과 1995년 UNIDROIT협약을 중심으로-」, 유네스코한국위원회, 67면 이하 참고.

29 정식 명칭은 「문화재의 불법적인 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).

30 제성호, 2005, 「문화재 불법이동의 국제법적 규제 -약탈문화재의 반환을 중심으로-」, 「법조」 제54권 제2호, 85면.



제사회에서 보편적 규범으로 자리를 잡았다. 그럼에도 불구하고 「1970년 UNESCO협약」에는 몇 가지 중요한 규범상의 한계가 있다. 첫째, 동 협약은 이른바 자기집행적(self-executing) 효력이 없다. 즉, 동 협약은 체약국들로 하여금 문화재의 불법 반출입 등을 막기 위한 일련의 행정적 사항을 요구하고 있을 뿐, 그러한 행정적 조치를 이행하지 않거나 위반한 경우에 이를 강제하거나 제재할 수 있는 수단을 가지고 있지 않다. 둘째, 동 협약은 소급적용 되지 않는다. 즉 협약 발효 이후의 반출입 문화재만이 대상으로 되고, 그 이전에 이루어졌던 반출 문화재는 동 협약에 의해 영향을 받지 않는다. 따라서 동 협약의 가입에도 불구하고 과거 식민지 시대에 반출되었던 문화재의 환수를 위해 동 협약을 원용할 수는 없다. 셋째, 동 협약은 문화재의 '반환' 내지 '원상회복'에 관한 규정이 결여되어 있다. 달리 말하자면, 동 협약은 문화재의 불법한 반출입과 소유권이전을 '방지' 또는 '예방'하는데 주안점을 두고 있을 뿐, 정작 반출된 문화재의 '반환'이나 '원상회복'에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그 결과 문화재의 환수와 관련한 문제에 있어서는 정작 동협약이 큰 역할을 하지 못하고 있다.

### 3) 1995년 UNIDROIT협약

위에서 본 「1970년 UNESCO협약」이 가진 한계를 극복하고자 안출된 것이 「1995년 UNIDROIT협약」이다. UNESCO는 로마에 소재하는 「사법통일국제연구소(UNIDROIT)」에 1970년 UNESCO협약에서 결여되어 있는 사법적 규정을 보완하는 협약의 제정을 위한 프로젝트를 위탁하였는데, 그 연구결과로 현재의 UNIDROIT협약이 제정된 것이다.<sup>31</sup> 「1995년 UNIDROIT협약」의 초점은 도난당하거나 불법 반출된 문화재의 '반환'에 맞추어져 있다. 동

협약의 주요내용은 정리하면 다음과 같다. ① 도난과 불법 반출의 경우를 구분하여, 도난된 문화재는 무조건 반환하도록 하고 불법 반출된 문화재는 상대체약국의 법원 또는 문화재 당국에 대해 반환을 명하도록 요청할 수 있다. ② 도난 또는 불법 반출 문화재에 대해서는 선의취득을 인정하지 않고 문화재의 원소유자에게 반환하도록 하는 대신, 선의취득자에 대해서는 공정하고 합리적인 보상금을 지급한다. ③ 반환 대상인 문화재에 대해서 반환 청구권의 행사에 소멸시효를 인정한다. ④ 도난 또는 불법 반출 문화재의 반환을 위한 소송의 재판관할을 규정하고, 소송을 대신하는 중재 회부도 인정한다. ⑤ 협약의 효력은 소급하지 않고 협약 발효 이후 도난당한 문화재에 관해서만 적용된다.

「1970년 UNESCO협약」과 비교하였을 때 「1995년 UNIDROIT협약」의 가장 큰 특징은 전자가 이른바 자기집행적(self-executing) 효력이 없어 협약이 요구하는 조치가 이행되지 않았더라도 협약의 조항을 바로 적용할 수는 없는데 반해, 후자는 자기 집행력을 가지고 있어서 체약국의 법원은 협약을 재판의 규범으로 직접 원용해서 쓸 수 있고 그에 따라 협약 위반자에 대해서도 협약을 근거로 직접 집행을 할 수 있다.<sup>32</sup> 따라서 어느 국가가 「1995년 UNIDROIT협약」에 가입하게 되면 민법보다 동 협약이 특별법으로서 우선 적용되므로, 이를테면 민법상 선의취득에 관한 규정이 있다라도 동 협약에 따라 문화재에 관한 한 선의취득은 인정되지 아니한다. 이는 동 협약에 가입할 경우에 자국법과의 불일치를 어느 정도 감수해야 함을 의미한다. 이 때문에 2015년 현재 동 협약에 가입한 국가는 37개국에 머물고 있다. 우리나라는 현재 동 협약에 가입하지 않은 상태이다. 「1970년 UNESCO협약」과 「1995년 UNIDROIT협약」의 특징을 요약하면 다음과 같다.

31 UNIDROIT협약 제정의 배경과 경과상황에 대해서는 Patrick J. O'Keefe/Lyndel V. Prott, 2011, Cultural Heritage Conventions and other Instruments, p.110 이하 참고.

32 Bettina Thorn, 2005, Internationaler Kulturgüterschutz nach der UNIDROIT-Konvention, S.97에 의하면 독일의 학계에서는 UNIDROIT협약의 효력에 대해 자기집행력이 없다는 소수의 견해가 있기는 하나, 의회의 비준을 받게 되면 동 협약이 직접 적용되기 때문에 자기집행력을 가진다는 것이 통설적 견해라고 한다.

표 3. 「1970년 UNESCO협약」과 「1995년 UNIDROIT협약」의 비교

비교 대상	1970년 UNESCO협약	1995년 UNIDROIT협약
협약상 권리·의무의 주체	계약 당사국(정부)	국가, 기관, 개인
규범의 속성	공법적·행정법적 속성	민사법적 속성
자기 집행력 유무	없음	있음
주요 내용	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 문화재보호기관의 설립</li> <li>• 문화재 목록의 작성</li> <li>• 문화재의 반출·입의 통제</li> <li>• 국제적 공조 등</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 도난문화재 및 불법 반출 문화재의 반환 청구</li> <li>• 선의 취득자에 대한 보상</li> <li>• 반환청구권의 시효 등</li> </ul>
가입 국가(2015년 현재)	128개국	37개국
우리나라 가입 상황	가입(1972.04.24.)	미가입

## 2. 국내규범

A국의 개인이나 기관 또는 국가가 소유하던 문화재가 불법 반출되어 B국에 소재하게 되는 경우를 생각해 보자. 만약 A국과 B국이 모두 「1995년 UNIDROIT협약」에 가입해 있다면, A국의 원소유주는 현재 문화재를 소지하는 자(개인, 기관 또는 국가)를 상대로 B국의 법원에 문화재의 반환을 구하는 소를 제기할 수 있고, 이때 법원은 UNIDROIT협약을 근거로 문화재의 반환 여부를 결정하게 된다.<sup>33</sup> 만약 양국 모두 혹은 A국 또는 B국이 UNIDROIT협약에 가입하지 않았다면, 법원은 국내규범에 따라 문화재의 반환 여부를 판단하여야 한다. 이때 국내규범이란 관련국(즉 A국 및 B국)의 국내법을 의미하는 바, 구체적으로는 민법과 문화재보호법이 가장 중심적인 법이다. 그런데 민법이나 문화재보호법은 각국마다 체계나 내용이 서로 다르다. 이를테면 대륙법계에 속하는 우리나라는 민법과 문화재보호법이 각각 성문법인 법률로 제정되어 있지만, 영미법계에서는 민법은 판례를 중심으로 구성되어 있다. 또한 우리나라의 문화재보호법상 문화재의 정의는 다른 나라의 그것과 일치하지 않으며, 규율하는 내용이나 범위에 있어서도 나라마다 차이가 있다. 따라서 만약 B국의 법원

에 문화재반환소송이 제기되면 법원은 해당 사건에 대해 어느 나라 법을 적용하여 판단할 것인가를 정하여야 한다. 이를 '준거법의 결정'이라고 하는데, 일반적으로 목적물이 소재하는 곳의 법을 재판의 준거법으로 채택해야 한다는 것이 학계의 통설이다(이른바 목적물소재지법주의: *lex rei sitae*). 그러나 이에 대해 필자는 다른 동산과는 달리 문화재에 관한 목적물소재지법주의를 적용해서는 아니 되며, 그 대신 문화재가 유래한 나라의 법을 준거법으로 채택해야 한다고 주장한 바 있다(이른바 기원국법주의: *lex originis*).<sup>34</sup> 이것은 다음과 같은 차이를 보여준다. 만약 목적물소재지법주의에 따라 준거법을 결정하면 법원은 목적물이 소재하는 B국의 국내법에 따라 판단하겠지만, 기원국법주의에 따른 경우에는 문화재의 원소유지였던 A국법에 따라 판단하게 된다.

법원이 국내법에 따라(A국법에 따르든, B국법에 따르든) 판단해야 할 경우에, 다음과 같은 법적 쟁점들이 주로 다투어지게 된다.<sup>35</sup> 법원은 첫째, 원소유자는 문화재의 반환을 청구할 수 있는 정당한 권리가 존재하는지, 둘째, 문화재의 현재 소지자는 선의취득이나 취득시효 등 문화재를 보유할 수 있는 정당한 권원을 갖추었는지, 셋째, 원소유자의

33 물론 이 경우에 UNIDROIT협약의 적용을 받으려면, 문화재가 양국의 협약 가입 이후에 도난 또는 반출되었어야 한다.

34 송호영, 2013, "국제사법상 문화재의 기원국법주의(*lex originis*)에 관한 연구", 「재산법연구」, 제30권 제1호, 79면 이하 참고.

35 그에 관한 쟁점들에 대한 자세한 설명에 관해서는 송호영, 2004, "해외로 불법반출된 문화재의 민사법상 반환청구법리에 관한 연구", 「비교사법」, 제11권 제4호, 229면 특히 237면 이하 참고.



반환 청구권이 시효로 소멸한 것은 아닌지, 넷째, 만약 법원이 다른 나라의 국내법을 준거법으로 채택한 경우라면 그 다른 나라의 국내법을 적용한 결과가 공서(ordre public)에 반하는 것은 아닌지 등을 심사하여 판단하게 된다. 그러한 판단을 함에 있어서 핵심적인 국내규범은 민법과 문화재보호법이다. 문화재보호법은 대개 문화재의 보존과 불법적 반출 방식을 내용으로 하는 행정법적 내용이 주를 이루지만, 일정한 문화재에 대해 선의취득을 배제하는 규정과 같이 사법적 내용도 일부 있다. 그러한 범위 내에서 문화재보호법은 민법의 특별법으로 작용하게 되어, 문화재보호법의 규정이 민법보다 우선해서 적용된다.

## IV. 법정정책적 방안

### 1. 개설

문화재의 환수는 상대방을 전제로 한 것이기 때문에 상대방이 환수에 우호적이지 않을 때에는 우리 측의 일방적인 주장만으로는 환수의 결과를 이끌어내기가 사실상 불가능하다. 따라서 환수의 당위성만을 내세우면서 상대를 압박한다고 될 일은 아니며, 우리 측의 내재적인 문제점을 보완하면서 명분과 실리를 갖추어서 상대방으로 하여금 반환의 필요성을 공감할 수 있도록 하는 보다 유연하면서도 철저한 준비가 필요하다. 또한 문화재의 환수는 일회적인 과제로 그치는 것이 아니라 수 만점에 걸쳐 실현해야 하는 매우 장기적인 과제임을 상기한다면, 단기간의 처방으로 쉽게 효과를 볼 수 있는 방안으로 접근해서는 안 되며 제도적·정책적 차원에서 보다 근원적인 대책들을 강구하여야 한다.<sup>36</sup> 이러한 시각에서 아래에서는 보다 장기적인 차원에서 문화재의 환수 문제를 접근하면서 우리가 갖추거나 개선해야 할 법적·제도적·정책적 방안들에 대해 생각해보기로 한다.

### 2. 해외 소재 문화재에 대한 실태조사

우선 해외에 소재하는 문화재의 환수를 위해서 가장 우선적으로 필요한 일은 이들 문화재에 대한 정확한 실태 파악이다. 도대체 몇 점의 우리 문화재가 해외에 소재하는지가 먼저 집계가 되어야 할 것이며, 이후 이들 문화재의 역사적·예술적 가치에 대한 조사와 아울러 반출 경위에 대한 정밀한 조사가 필요하다. 특히 반출 경위에 대한 조사는 문화재가 적법하게 반출된 것인지, 아니면 불법하게 반출된 것인지에 따라 환수 대상 문화재로 분류될 수 있는지를 가리는 중요한 판단 기준이 된다. 그렇기 때문에 해외 문화재의 실태 파악은 문화재의 환수를 위한 가장 기본적인 면서도 중요한 작업이다. 그렇지만 문화재의 실태조사는 해당 문화재를 보유하는 현지 기관이나 개인의 협조 없이는 사실상 불가능하기 때문에 현실적으로 이를 어떻게 할 것이냐가 문제이다. 다시 말하자면 우리 문화재를 보유하는 현지 기관이나 개인으로 하여금 어떻게 실태조사에 협조할 수 있도록 이끌어 낼 것인가 하는 문제가 제기된다.

우선 실태조사를 위한 주체로 정부나 시민단체가 전면으로 나서는 것은 그리 바람직하지 않다. 물론 상대 정부와의 사이에 또는 상대 시민단체 사이에 실태조사에 대한 협정이나 양해각서 등이 체결되어 있거나 실태조사에 대한 동의나 양해가 이루어져 있다면 그리 문제될 것이 없겠지만, 그렇지 않은 경우에 상대측은 우리 측의 실태조사에 관한 요청을 환수를 위한 실행의 착수로 받아들여 실태조사에 매우 소극적인 태도를 취할 가능성이 높다. 그러한 점에서 국외소재문화재재단이나 대학의 연구소 등 문화재의 가치를 학술적으로 평가할 수 있는 전문기관이 실태 파악의 주체로 나서는 것이 상대로 하여금 좀 더 용이하게 개방을 유도할 수 있다고 본다.<sup>37</sup>

다음으로 실태조사를 보다 쉽게 이끌어내기 위해서는

36 문화재 반환 문제는 인내를 가지고 철저한 조사와 다양한 대응 방안을 강구하여 체계적이고 지속적으로 추진하여야 성과를 거둘 수 있다는 주장으로는 김종수, 2009, "일본 유출 문화재의 환수 및 활용 방안", 「민속학연구」 제24호, 90면.

37 문화재 환수 문제에 있어서는 국가 간 외교 마찰이 우려되기 때문에 정부에 전적으로 의존하기보다 민간 차원의 환수 운동이 보다 활성화되어야 한다는 견해로는 조부근, 2013, "국의 유출 한국문화재의 환수현황과 과제에 관한 연구", 「전통문화논총」 제12권, 54면.

보유자가 실태조사의 필요성을 공감할 수 있도록 여건을 조성해주어야 한다. 이를테면 해외 박물관에 대해 동양 유물에 대한 조사 사업을 지원하는 것이다. 외국 박물관의 수장고에 소장되어 있는 많은 유물들 중에는 어느 국가의 것인지 제대로 분류되지 않은 채 쌓여있는 경우도 많다고 한다. 실제로 2011년에 프랑스로부터 되돌려받은 외규장각 도서의 경우에도 고故 박병선 박사가 파리국립도서관(BnF)에서 처음 이를 발견했을 당시에도 외규장각 도서는 중국 도서로 분류되어 방치되어 있었다고 전해진다. 이처럼 해외 박물관에 대한 조사지원 사업을 통해 간접적으로 우리 문화재의 소재나 행방을 탐지할 수 있는 계기를 마련할 수 있을 것이다. 아울러 개인소장자에 대해서도 실태조사에 응할 만한 충분한 인센티브를 제공함으로써, 문화재가 은밀하게 숨지 않고 바깥으로 나올 수 있는 일종의 문화재에 대한 “햇볕정책”이 필요하다.

### 3. 문화재의 통일적인 관리와 반출 증명서 제도의 도입

우리의 문화재를 환수하는 일도 중요하지만, 현재 우리가 보유하는 문화재를 지키는 일도 중요한 것임은 다언을 요하지 않는다. 해외로 불법 반출된 우리 문화재를 환수해야 한다는 국민적 여망에도 불구하고 지금도 전자상거래나 국제택배를 통해 다량의 문화재가 불법적으로 반출되고 있는 것이 현실이다.<sup>38</sup> 그렇다면 이러한 불법거래를 막을 예방책을 마련하여야 한다. 우선 이를 위해서는 우리 문화재에 대한 데이터베이스를 구축하여야 한다. 구체적으로는 각 문화재 보유기관마다 상이하게 존재하는 문화재 목록을 통일적인 형식으로 정비하여 국가가 이를 관리하여야 한다. 이것은 우리나라도 가입한 1970년 UNESCO협약 제5조의 요구사항이기도 하다. 현재 우리나라에서는 문화재청에서 운영하는 「국가문화유산포털」을 통해 디지털 기록으로 관리되고 있기는 하지만, 그 대상이 지정문화재로 한정되어 있다. 또한 국립중앙박물관에서는 UNESCO와 국제박물관협

회(ICOM)이 공동으로 제작한 문화재목록(Object ID)의 프레임을 차용한 유물등록카드를 사용하고 있지만, 다른 박물관이나 기관에서는 각기 상이한 유물등록카드를 사용하고 있어서 우리가 보유하는 문화재에 대한 통일적인 관리가 어려운 실정이다. 따라서 문화재청을 비롯한 전국의 모든 박물관, 미술관 등 공공 및 사설기관의 문화재에 대한 통일적인 유물등록시스템을 구축하여 관리할 필요가 있다.

문화재에 대한 통일적인 관리체계의 구축과 아울러 문화재에 대한 반출 증명서 제도를 시행할 필요가 있다. 이 또한 1970년 UNESCO협약 제6조의 요구사항이다. 반출 증명서 제도는 반출입되는 문화재의 적법 또는 불법성을 용이하게 파악할 수 있도록 해주기 때문에 이를 갖추지 않은 문화재에 대해서 문화재의 반출과 반입을 효과적으로 차단할 수 있게 된다.<sup>39</sup> 현재 우리 문화재보호법 제39조에서는 국외 전시 등의 목적으로 문화재를 반출할 경우에 문화재청의 허가를 받도록 하고 이를 위해 반출허가 신청서를 작성하도록 하고 있는데, 이것은 일종의 행정서식에 해당하는 것으로 협약이 제시하는 반출 증명서와는 그 취지와 내용이 다른 것이다. 즉 우리나라는 아직까지 반출 증명서 제도가 시행되고 있지 않으며, 향후 이를 시행할 경우에는 반출 증명서가 첨부되지 아니한 문화재에 대해서는 해외로 반출이나 유통이 금지되도록 하여야 한다.

### 4. 문화재 환수 방법의 다양화를 위한 재원 마련

효과적인 환수 방법을 개발하여 이를 다양화하여야 한다. 문화재의 환수 방법으로는 법적 분쟁을 통하지 않는 것과 법적 분쟁을 통하는 것으로 크게 나뉘는 앞서 살펴본 바와 같다.<sup>40</sup> 법적 분쟁은 최후의 수단으로 사용되어야 한다는 점에서, 우선적으로 법적 분쟁을 통하지 않고서 환수할 수 있는 방법을 강구하여야 한다. 그러한 방법으로는 협상이나 기증 외에 공개적인 시장에서 구입하는 것 등이 있

38 앞의 각주 9 및 10의 사례 참고.

39 Patrick J. O'Keefe, 2007, *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*, 2nd Edition, p.54.

40 앞의 II. 2. 2) 설명 참고.



는데, 앞서 언급한 <표 2>에서 살펴본 바와 같이 구입에 의해 문화재가 반환되는 실적은 저조한 편이다. 물론 문화재가 불법 반출된 것인 경우 이를 공개시장에서 구입하게 되면, 그러한 행위에 의해 현재 문화재를 소유하는 측이 합법적으로 취득한 것임을 인정하는 모양새가 될 수 있으므로 신중할 필요가 있다. 그런 경우가 아니라면, 한 점의 문화재를 되찾기 위해 이에 관한 조사나 협상 또는 소송을 위한 인적·물적·시간적 비용을 생각해 볼 때 문화재를 구입하는 것이 더 효과적인 경우도 있다. 문제는 문화재 구입을 위해 필요한 재원의 마련이다. 기증의 경우에도 기증자에 대한 일정한 예우를 하기 위해서는 상당한 재원이 요구된다.<sup>41</sup> 따라서 문화재 환수를 목적으로 하는 일정한 기금의 적립이 필요하다. 이를테면 현행 「문화재보호법」은 국가지정문화재의 소유자가 문화재를 공개하는 경우 관람자로부터 관람료를 징수할 수 있도록 정하고 있는데(제49조), 관람료를 징수할 때 요금의 일부를 문화재 구입 기금으로 하여 할당하여 징수하고 이를 적립하여 해외 소재 문화재의 구입 또는 기증자에 대한 예우를 하는 목적으로 사용하는 것이다. 또한 현행 「문화재보호기금법」은 문화재를 효율적으로 보존·관리하는 데 필요한 자금을 조성하기 위하여 문화재보호기금을 설치하는 근거를 마련하고 있으며(동법 제1조), 동법 제5조에서는 기금의 용도를 문화재의 보존이나 보수·복원, 발굴, 손실보상, 보호 활동의 육성·지원 등으로 제한하고 있는데, 이를 개정하여 “국외 문화재의 환수 및 활용 지원”의 목적으로도 기금을 활용할 수 있도록 할 필요가 있다.

참고로 중국은 문화부가 주도되어 약탈 문화재의 환수를 위한 재원 마련을 위해 2002년 「중국해외문물전용기금」을 설치하였고, 캐나다는 1975년 「문화재 반출입법」에 따라 특별기금을 조성하여 국외 문화재 수집기관에 지원을 하고 있으며, 뉴질랜드는 복권기금청(Lottery Board)에서 기금을 조성하여 국외 소장자나 거래상으로부터 역사적으로 중요한 마오리Maori 예술품을 구입하는데 사용하고 있다.

## 5. 문화재의 현지 활용

문화재의 환수를 반드시 영토고권적인 문제로만 접근할 필요는 없다고 본다. 다시 말하자면 문화재를 환수한다는 의미를 외국 영토에 소재하는 우리 문화재를 반드시 우리 영토 내로 옮겨놓는 것으로만 국한시킬 필요가 없다. 중요한 것은 외국에 소재하는 문화재가 “우리” 문화재라는 것을 확 인받고 현지에서도 정당하게 대접을 받으면서 보존되는 것이다. 그것은 마치 우리 국민이 외국에서 거주하더라도 대한민국 국적을 포기하지 않는 한 역시 대한민국 국민이라는 것이 달라지지 않는 것과 마찬가지로, 오히려 정부는 해외 각지에 퍼져있는 우리 국민이 대한민국의 위상을 더 높일 수 있도록 복돋아줄 필요가 있음을 상기하여야 한다. 문화재의 경우에도 마찬가지로 우리 문화재라고 해서 반드시 우리 영토 내에 소재하여야만 하는 것은 아니며, 해외에 소재하면서도 우리 문화재의 우수성을 만방에 알리는 역할을 하는 문화재도 많이 있다. 이를 테면 대영박물관 등 우수 박물관의 한국관에 소재하는 우리 문화재는 그곳에서 충분히 우리 문화재의 우수성을 알리는 첨병 역할을 하고 있다. 그렇다면 환수의 개념을 영토고권적으로 되돌려 받는 것으로 제한하지 말고 현지에서의 적절한 활용도 넓은 의미에서의 “환수” 개념에 포함시켜야 한다. 그렇다고 하더라도 현지에서의 활용보다도 우리나라에 소재하여야 하는 분명한 이유가 있는 문화재에 대해서는 좁은 의미에서의 환수, 즉 영토고권적인 환수를 반드시 실현하여야 함은 물론이다. 예컨대 우리 역사의 정통성을 상징하거나, 다른 상응하는 문화재로 대체될 수 없는 절대적인 가치를 가진 문화재에 대해서는 우리 영토 내로 환수할 필요가 있다. 그런 경우가 아니라면 환수의 개념을 좀 더 유연하고 탄력적으로 이해하여 우리 문화재가 현지에서 잘 활용될 수 있는 여건을 마련하는 것이 국내로 반입하기 위해 쏟아붓는 노력보다 훨씬 효과적일 수도 있다.

환수의 개념을 넓게 이해하여 이른바 현지에서의 활용을 통한 환수에 성공하려면, 현지에서 문화재를 보유 내

41 예컨대 기증자를 위해 해당 국가의 법률에 따른 증여세나 부가가치세 등 기증에 따른 세금이나 기증에 따라 수반되는 각종 비용(보관비·운반비·보험료 등)은 기증자에게 부담시켜서는 안 된다.

지 관리하는 기관(또는 개인)에게 활용에 협조할 수 있는 인센티브를 제공할 필요가 있다.<sup>42</sup> 또한 해외 박물관에 소장되어 있는 우리 문화재가 여러 곳으로 흩어져 있음으로써 다른 나라의 컬렉션에 비해 양적으로나 질적으로 뒤쳐진 면이 없지 않는데<sup>43</sup> 이를 극복하기 위해서, 예컨대 우리 문화재를 소장하고 있는 각국의 해외 박물관으로 하여금 연합체를 결성하여 여러 박물관에 산입되어 있는 우리 문화재를 한 곳에 모아 참여한 박물관마다 순회전시를 할 수 있도록 알선하거나 지원하는 것도 생각해볼 수 있다.

### 6. 다자 협약의 가입과 양자협정의 확대

불법 반출된 문화재를 환수하는 방법 중의 하나는 해당 당사국과의 협약 체결을 통해 평화적인 방법으로 문화재를 환수하는 것이다. 앞서 본 바와 같이 협약에는 당사국 사이에만 체결되어 효력을 가지는 양자간 협약과 이해관계를 가진 다수의 국가가 설정한 협약에 가입하는 방식인 다자간 협약이 있다. 대표적인 다자간 협약은 1970년 UNESCO 협약과 1995년 UNIDROIT 협약이며, 이들 협약 중에서 우리나라는 1970년 UNESCO 협약에는 이미 가입하였지만 1995년 UNIDROIT 협약에는 아직 가입하지 않았다. 이들 협약에는 소급효가 없으므로 비록 우리나라가 이들 협약에 가입하였다 해도 협약 가입 이전에 불법 반출된 우리 문화재의 환수를 위한 규범적 근거로 될 수는 없다. 그렇지만 우리가 “과거”의 문화재를 환수받기 위해서는 우리로서도 외국으로부터 불법 반입된 “현재”의 문화재를 기꺼이 되돌려줄 용의가 있다고 할 때, 환수의 정당한 주장이 더욱 설득력을 가질 수 있게 된다. 그러한 점에서 1995년 UNIDROIT 협약은 과거의 우

리 문화재의 환수를 위한 직접적인 근거 규범으로는 기능하지 못할지라도, 동 협약의 가입으로 상대국과의 협상에서 상대국에 대해 문화재 환수 문제에 대한 도덕적 우위를 내세울 수 있다는 점에서 가입을 적극적으로 고려할 필요가 있다.

한편 환수의 구체적인 효과를 이끌어 내기 위해서는 양자간 협약의 체결에도 보다 적극적인 자세로 임하여야 한다. 통계자료에 의하면 국외에 소재하는 우리 문화재는 20개국에 달하지만,<sup>44</sup> 개별 문화재의 반환을 위한 협정을 제외한다면 포괄적으로 해외 소재 문화재의 반환에 관해 양국간에 맺은 협정은 「한·일 문화재협정」이 유일하다. 그나마 동 협정에 대해서는 협정의 불확실한 내용으로 인해 여러 비판이 제기되고 있다.<sup>45</sup> 앞으로 다른 나라와 양자간의 문화재 반환 협정을 다각적으로 체결하면서 「한·일 문화재협정」에 제기된 문제점과 아울러 다른 나라들이 맺은 양자간 협정의 내용들을 면밀하게 분석하여, 협정 체결을 통해 우리에게 유리한 결과를 이끌어 낼 수 있어야 할 것이다.

### 7. 국제기관을 통한 환수와 공조

불법 반출된 문화재의 반환 문제를 해결할 수 있는 1차적인 주체는 피탈자와 보유자이다. 그렇지만 문화재의 환수 문제는 국제적인 이슈를 가져오는 경우가 많으므로 그러한 여론에 영향을 끼칠 수 있는 국제기관의 도움을 무시할 수 없다. 이를테면 1970년 UNESCO 협약의 실질적인 이행을 담보하기 위해서 UNESCO 산하에 「문화재반환촉진 정부간 위원회」(ICPRCP)가 구성되어 있는데, ICPRCP에서는 회의 때마다 현안 사건들에 대한 보고와 함께 이를 해결하기 위한 당사국의 의견 개진 및 중개·조정 회부를 권하기도 한다.<sup>46</sup>

42 해외 박물관에 소재하는 우리 문화재의 활용을 위한 실증적 연구로는 김혜인, 2014, “해외 박물관의 한국문화재 활용 활성화를 위한 쟁점과 활성화 방향”, 『예술경영연구』 제29집, 87면 이하 참고.

43 외국의 박물관에서 한국 전시품 또는 전시품 부족의 원인 중의 하나로 우리나라의 엄격한 문화재 수출 금지 정책에서 찾으려는 이러한 정책을 완화해야 한다는 주장으로는 한상우, 2005, “한국의 문화재 수출금지 정책에 관한 비판적 고찰 - 한국문화재의 해외 활용의 관점에서-”, 『정신문화연구』 제28권 제2호, 111면 이하 참고.

44 물론 이들 국가가 모두 불법 반출된 문화재의 소재국이라는 의미는 아니며, 문화재의 반출 경우에 대해 보다 면밀한 조사에 의해 대상국의 수는 정해질 수 있다.

45 「한·일 문화재 협정」의 성립 과정상의 문제점에 대한 비판으로는 이영철, 2007, “일본소재 조선 문화재 반환을 위한 역사적 성찰과 과제”, 『국제고려학회』 제9호, 49면 이하 및 제성호, 2009, “한·일간 문화재 반환문제에 관한 국제법적 고찰”, 『중앙법학』 제11집 제2호, 441면 이하 참고.

46 대표적인 사례가 그리스와 영국사이의 파르테논 조각물의 반환을 둘러싼 논쟁을 ICPRCP가 양국에 대해 중개·조정을 권유하기로 한 결정이다.



물론 국제기관에게는 문화재의 반환을 강제할 수 있는 권한이 없기 때문에 그 실효성에는 일정한 한계가 따를 수밖에 없지만, 국제기구에서 해당 문화재의 반환이 현안문제로 상정되는 것 자체가 해당국가로서는 상당한 부담을 가질 수밖에 없기 때문에 이러한 국제기관의 힘을 협상의 지렛대로 활용할 필요가 있다.

아울러 문화재의 취득·보존 업무와 직접적인 관련을 갖는 국제박물관협회(ICOM)와 연대하여 불법적으로 취득한 문화재의 거래를 근절할 수 있도록 협조를 구하여야 할 것이며,<sup>47</sup> 또한 형사적으로도 불법적으로 반출된 문화재의 추적과 환수를 위해 국제형사경찰기구(INTERPOL)와 유엔마약범죄사무소(UNODC : United Nations Office on Drugs and Crime) 및 세계관세기구(WCO) 등 유관기관과 공조하여야 한다.

## 8. 소송과 중재를 통한 환수

문화재의 환수 분쟁에 있어서 당사자들 사이에 원만한 해결을 기대할 수 없는 경우에는 중국적으로 소송을 통해 법정에서 이를 가릴 수밖에 없다. 소송을 통한 해결은 최후의 수단(ultima ratio)으로 행사되어야 하는 방법이지만, 오히려 최후의 수단이기 때문에 항상 대비해두어야 하는 환수 방법이기도 하다.<sup>48</sup> 이것은 마치 전쟁은 일어나서는 안 되는 일이지만, 항상 대비해야 하는 것과 마찬가지로 이치이다. 왜냐하면 소송에서 패소하게 된다면 더 이상 합법적인 수단으로 문화재를 환수할 수 있는 방법은 없게 되는 셈이며, 그 결과 문화재의 소재도 완전히 고착될 것이기 때문이다.

이에 대비하기 위해서는 외국의 유사 사례에 대한 연구와 함께 상대국의 관련법률 및 법원의 판례 등에 대해 철저한 분석이 있어야 한다.<sup>49</sup> 뿐만 아니라, 소송을 관할하는 법원이 우리나라 법률을 준거법으로 삼아 판결을 내릴 수도 있는 것에 대비하여 우리의 국제사법을 개정하여 문화재에 대한 권리를 정하는 준거법에 관한 특별규정을 마련할 필요가 있다.<sup>50</sup>

또한 소송과 유사한 방법으로 중재(Arbitration)에 의한 해결도 고려해 볼직하다. 중재는 국가기관인 법원에서 사건을 관할하는 것이 아니라, 당사자가 합의한 제3의 기관에서 결정한 바를 당사자들이 따르기로 하는 것이기 때문에 당사자들로 하여금 상대국 법원이 자국에 유리한 판결을 내릴 것이라는 우려를 들어줄 수 있는 장점이 있다. 그러한 점에서 중재는 앞으로 소송을 대체하는 분쟁해결방법(ADR)으로 유력하게 주목받고 있다. 이에 대비해서도 어떠한 중재기관이 우리에게 더 유리한 입장을 견지하고 있는지 그리고 중재관정을 위해 어떠한 규범이 준거법으로 채택되는 것이 유리한 지에 대해 사전적인 연구와 분석 작업이 있어야 한다.

## 9. 문화재 환수 전문가의 양성

문화재의 환수 문제는 결국 전문화된 인력에 의해 해결될 수밖에 없다. 그렇다면 장기적인 관점에서 지속적이고 체계적인 문화재 환수를 위해서는 충분한 인력풀이 형성되어야 한다. 그러기 위해 정부는 국외소재 문화재 환수 사업의 장기적인 특성과 전문성을 고려하여 전문 인력의

47 ICOM 박물관 윤리강령 제2조 제2항(합법적 소유권) : 박물관이 합법적 소유권을 가진다는 요건이 충족되지 않는 경우, 어떠한 박물관 자료도 구입, 기증, 대여, 유증 또는 교류를 통해 수집될 수 없다. 또한 동 강령 제7조(원칙) : 박물관은 국제, 지역, 국가 그리고 지방의 법령과 조약의 의무 사항을 반드시 준수하여야 한다. 또한 관리주체는 박물관과 소장품, 박물관 운영에 관련하여 법적 구속력이 있는 신탁이나 조건에 따라야 한다.

48 국제적 문화재 소송의 특징과 청구 요건 등 소송상 주요 쟁점에 관해서는 박선아, 2013, 「문화재 분쟁 해결을 위한 국제소송에 관한 연구」, 한양대학교 법학박사학위논문, 44면 이하 참고.

49 스위스 제네바 대학의 예술법센터 소장인 Marc-André Renold교수가 관장하는 ArThemis와 같은 홈페이지(<https://plone.unige.ch/art-adr/about-a-propos>)의 운영이 필요하다. 동 센터의 홈페이지에서는 세계 각국에서 벌어진 문화재의 환수에 관한 사례들을 분석·정리하여 이에 관한 평석을 가하고 있다.

50 이에 대해 필자는 종래 물건에 관한 권리의 준거법 결정 원칙인 목적물소재지법주의(lex rei sitae)를 대신하여 문화재에 관한 권리에 대해서는 특별한 준거법결정 원칙으로 기원국법주의(lex originis)를 채택하여야 한다고 주장한 바 있다. 이에 관한 자세한 설명은 송호영, 2013, 「국제사법상 문화재의 기원국법주의(lex originis)에 관한 연구」, 『재산법연구』 제30권 제1호, 79면 이하 참고.

발굴·육성에 힘써야 한다. 이를테면 반출 문화재의 소유권과 이동경로의 입증을 위한 사학·고고학 분야, 문화재 환수에 타당한 법리 개발을 위한 법학 분야, 환수 문제로 상대와 접하게 되는 현장에서 원활하게 협상할 수 있는 외교학 분야 및 외국어 등에 능통한 협상 전문가의 양성이 필요하다. 물론 가장 이상적이기로는 이러한 다양한 학제적(interdisciplinary) 소양을 모두 갖춘 멀티플레이어형 인력을 양성하는 것이겠지만 현실적으로 그러한 요소를 모두 갖춘 인력을 배출한다는 것은 매우 어렵다. 따라서 다양한 소양을 갖춘 인력이 학제적인 연구를 통해 연관 분야에 대한 이해도를 높일 수 있도록 여건을 마련해주어야 한다. 이를 위해서는 대학 및 유관 연구소 등과 연계하여 전문가 양성을 위한 프로그램(협동과정 등)을 개발하여 전공 외의 관련 분야에 대한 소양을 넓힐 수 있는 기회를 제공하는 등 문화재 환수 전문가의 양성을 위한 노력을 기울여야 한다.

이와 더불어 문화재 환수문제를 주로 연구하는 학자들과 현장에서 활약하는 전문가들의 네트워크를 구축하여 이들 사이에 정보 공유와 협력이 이루어지도록 함으로써, 이들 전문가 사이에서도 상호 부족한 역량을 서로 보완할 수 있도록 하여 이론과 실무에 관한 역량을 극대화시켜야 하며, 이를 통해 정부는 이들의 전문성을 적극적으로 활용할 수 있어야 한다.

### 10. 외국 전문가들과의 네트워크 구축

국내의 문화재 환수 전문가의 양성뿐만 아니라, 외국 전문가들과의 네트워크를 구축하는 일도 매우 중요하다. 특히 우리나라의 문화재가 많이 소재한 일본, 미국, 독일 등을 거점으로 현지 전문가들과의 네트워크를 구축하는 것이 절실하게 필요하다. 실제로 문화재의 환수와 관련한 전문가나 해당 인력은 그리 많지 않으므로 이들과의 계

속적인 교류와 협력을 통해 우호적인 관계를 유지하여야만 한다. 또한 그 외 다른 나라의 현지 전문가들에 대해서도 지속적인 관리를 하여 국제적으로 우리나라에 우호적인 여론을 조성할 수 있도록 하여야 한다. 예컨대 프랑스로부터 외규장각 도서를 반환 받을 당시에도 프랑스의 양심 있는 지식인들의 호소가 반환에 찬성하는 여론에 어느 정도 영향력을 끼쳤음을 상기할 필요가 있다.<sup>51</sup>

특히 외국 전문가들과의 네트워크 구축이 필요한 이유는 이들 외국 전문가들을 통해 현지에서의 우리 문화재의 실태조사 및 출처 조사에 있어서 필요한 정보 수집 활동 지원받을 수 있고, 불법 반입된 문화재의 반환을 위한 여론을 조성할 수 있으며, 현지에서 한국 문화재의 보호 및 활용의 활성화를 위한 다양한 역할들을 기대할 수 있기 때문이다.<sup>52</sup>

## V. 맺음말

글을 맺으면서 문화재의 환수 문제에 대해 다시 생각해본다. 과거 불행했던 역사적 시기에 불법적으로 반출된 우리 문화재를 되돌려 놓아야 하는 것은 당연한 우리의 임무이다. 그러한 임무는 단기간의 노력으로 해결될 수 없는 것이므로 문화재의 환수는 우리세대 뿐만 아니라 미래세대의 과제이기도 하다. 그렇지만 당장 우리가 해야 할 일은 환수에 앞서 현재 우리가 조상으로부터 물려받은 문화재를 지켜내는 것이다. 지금도 많은 우리 문화재가 외국으로 불법적으로 반출되는 상황에서 애써 힘들게 한 점씩 외국에 소재하는 우리 문화재를 환수하는 노력들이 무위로 돌아가지 않기 위해서는, 무엇보다도 현재 보유중인 국내 문화재부터 철저히 관리하여야 한다. 또한 다른 나라에 대해 우리 문화재의 반환을 떳떳하게 청구할 수 있기 위해서는 우

51 프랑스 전 문화부장관인 자크 랑(Jack Lang) 및 파리 7대학 총장이었던 뱅상 베르제(Vincent Berger) 등의 우호적인 도움을 들 수 있다. 이들에 대한 평가로는 박흥신, 2014, 「외규장각 의궤의 귀환」, 행복에너지, 272면 이하 참고.

52 비슷한 취지에서 문화재 보호를 위한 각국의 지식공동체(epistemic community)를 강화해야 한다는 주장으로는 이근관, 2003, 「동아시아지역의 문화재 보호 및 불법거래방지에 관한 법적 고찰」, 「서울대 법학」 제44권 제3호, 129면 이하 참고.



리나라로 불법적으로 반입되는 외국 문화재에 대해서도 엄정하게 규제함으로써, 반출과 반입을 불문하고 불법적인 문화재의 거래를 근절하는데 노력을 기울여야 할 것이다.

한편 문화재의 환수에 대해 단기간에 일정한 성과를 내려는 생각은 금물이다. 해마다 마치 기업의 연말 결산처럼 올해는 몇 점의 문화재를 환수하였는지 실적 통계를 내는 것은 매우 어리석은 행태이다. 만약 실적에 매달려 단기간에 수점의 문화재를 확보하기 위해 진력한다면, 정작 우리가 장차 환수해야 하는 수 만점의 문화재는 부지불식간에 어둠속으로 숨어버릴 것이다. 다시 한번 강조하지만, 문화재의 환수는 상대방의 관계 속에서 결과를 이끌어내야 하는 작업이므로 긴 호흡을 가지고서 인내심을 가지고 상대방의 협조를 이끌어 낼 수 있는 “햇볕정책”이 보다 주효하다. 아울러 최후의 수단으로 생각할 수 있는 소송이나 중재에 대비해서도 문화재의 불법성을 밝힐 수 있는 입증자료와 함께 우리 법제를 미리 개선함과 아울러 상대 국가의 법률 및 판례 등을 분석·연구하는 작업도 게을리해서는 안 된다.

마지막으로 우리 문화재가 왜 우리나라로 되돌아와야 하는 지에 대해서도 진지하게 고민해보아야 한다. 영토고권적으로 우리나라로 되돌아와야 할 가치가 있는 문화재는 반드시 환수하여야 함은 당연한 전제이다. 그런 정도가 아니라면 현지에서의 적절한 활용을 통해 우리 문화의 우수성을 알리는 역할도 우리 선조가 우리에게 남겨준 문화재의 의미일 수도 있다고 생각한다. 어쩌면 “환수를 위한 환수”가 아닌 “활용을 통한 환수”로써 해외에 소재하는 우리 문화재를 통해 새로운 한류韓流를 일으킬 수 있는 것은 아닐까 생각해본다.

## 참고문헌

- 김덕주, 1989, 「문화재의 국제적 불법유통금지에 관한 연구」, 서울대학교 법학석사학위논문
- 김종수, 2009, “일본 유출 문화재의 환수 및 활용 방안”, 「민속학연구」 제24호
- 김혜인, 2014, “해외 박물관의 한국문화재 활용 활성화를 위한 쟁점과 활성화 방향”, 「예술경영연구」 제29집
- 박선아, 2013, 「문화재 분쟁 해결을 위한 국제소송에 관한 연구」, 한양대학교 법학박사학위논문
- 박흥신, 2014, 「외규장각 의궤의 귀환」, 행복에너지
- 서헌제·박찬호, 2007, 「도난·불법반출 문화재에 관한 법리적 연구 -1970년 UNESCO협약, 1995년 UNIDROIT협약 및 주요계약국의 이행법을 중심으로-」, 한국법제연구원
- 석광현, 2012, “개정 루가노협약에 따른 계약사건의 국제재판관할”, 「국제사법관 국제소송」 제5권, 박영사
- 석광현, 2001, “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽공동체협약”, 「국제사법과 국제소송」 제2권, 박영사
- 송호영, 2013, “국제사법상 문화재의 기원국법주의(lex originis)에 관한 연구”, 「재산법연구」 제30권 제1호
- 송호영, 2004, “해외로 불법반출된 문화재의 민사법상 반환청구법리에 관한 연구”, 「비교사법」 제11권 제4호
- 송호영·김지현, 2013, 「문화재환수관련 국내외 규범 및 제도의 운용과 개선방안에 관한 연구 -1970년 UNESCO협약과 1995년 UNIDROIT협약을 중심으로-」, 유네스코한국위원회
- 이구열, 1998, 「한국문화재수난사」, 돌베개
- 이근관, 2003, “동아시아지역의 문화재 보호 및 불법거래방지에 관한 법적 고찰”, 「서울대 법학」 제44권 제3호
- 이보아, 2002, 「루브르는 프랑스 박물관인가」, 민연
- 이영철, 2007, “일본소재 조선문화재 반환을 위한 역사적 성찰과 과제”, 「국제고려학회」, 제9호
- 제성호, 2009, “한·일 간 문화재 반환문제에 관한 국제법적 고찰”, 「중앙법학」 제11집 제2호
- 제성호, 2005, “문화재 불법이동의 국제법적 규제 -약탈 문화재의 반환을 중심으로-” 「법조」 제54권 제2호
- 조부근, 2013, “국외 유출 한국문화재의 환수현황과 과제에 관한 연구”, 「전통문화논총」 제12권
- 조부근, 2004, “문화재의 국제적 불법 거래에 관한 고찰”, 「문화재」 제37호
- 한상우, 2005, “한국의 문화재 수출금지 정책에 관한 비판적 고찰 -한국문화재의 해외 활용의 관점에서-”, 「정신문화연구」 제28권 제2호
- 홍수연, 2011, 「불법문화재의 반환을 위한 사법상 법리에 관한 연구」, 한양대학교 법학석사학위논문
- O'Keefe, Patrick J./Prott, Lyndel V., 2011, Cultural Heritage Conventions and other Instruments : A Compendium with Commentaries, Built Wells : Institute of Art and Law
- O'Keefe, Patrick J., 2007, Commentary on the 1970 UNESCO Convention, 2<sup>nd</sup> Edition, Built Wells : Institute of Art and Law
- Thorn, Bettina, 2005, Internationaler Kulturgüterschutz nach der UNIDROIT-Konvention, Berlin
- 뉴스천지, “관세음보살좌상두고 한·일 간 ‘누가 도둑인가’”, 뉴스천지 인터넷판 기사(2015.05.26.), <http://www.newscj.com/news/articleView.html?idxno=292001>(2015.07.07. 최종 접속)
- 동아일보, “국제택배로 문화재 3586점 빼돌려 中-일로 반출… 24명 검거”, 동아일보 인터넷판 기사(2012.04.27.), <http://news.donga.com/3/all/20120426/45828456/1>(2015.07.07. 최종 접속)
- 연합뉴스, “이베이 이용한 문화재 밀반출 첫 적발”, 연합뉴스 인터넷판 기사(2013.06.13.), <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2013/06/13/0200000000AKR20130613107000004.HTML?from=search> (2015.07.07. 최종 접속)
- 한국경제, “일본서 도난된 우리 불상 돌려줘야 하나요”, 한국경제 인터넷판 기사(2013.10.4.), <http://www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=2013100428431>(2015.07.07. 최종 접속)



# Study on the Legal Policy for Restitution of Illegally Exported Cultural Properties in Foreign Countries

Song, Ho-Young

Professor Dr. iur., Hanyang University, School of Law

## Abstract

Since 2011, when Oegyujanggak Uigwe(Records of the State Rites of the Joseon Dynasty) were returned from France, which were looted in 1866 by the French Navy, national attention to our cultural properties abroad was explosively increased and public pressure has been mounting that those cultural properties should be returned in Korea. According to the statistics of 「Overseas Korean Cultural Heritage Foundation」 Korean cultural Properties, which exist in foreign countries, amounts 160,342 in total 20 countries. Among them about half of them are estimated to be illegally exported cultural property, these are to be restituted. However, in reality it is not so easy to retribute illegally exported cultural properties. For this, it needs to be established a long-term and systematic plan for return of cultural properties from other countries.

This paper starts from such a critical mind and tries to find legal policy measures for the return of illegally exported cultural properties.

To this end, the author first describes motive and aim of this research in chapter I. and overviews basic understanding and current situation of export of cultural property as well as means and methods of return of cultural property in chapter II. and then deals with international and national norms that are involved in the dispute concerned return of cultural properties in chapter III. Based on this research, in chapter IV., which can be considered as a key part of this paper, the author proposed nine legal policy measures for restitution of cultural properties from foreign countries. That is, actual condition survey of cultural properties in foreign countries, unified management and implement of export ID on cultural properties, fund-raising for the diversification of means of return of cultural properties, local utilization of cultural properties, joining in the multilateral conventions and expansion of the bilateral agreements, restitution and cooperation through international organizations, restitution through lawsuit and arbitration, training experts on restitution of cultural property and networking with foreign experts. Finally, the author summarized his opinion in chapter V. which comprehended researching the above.

**Keyword** cultural property, return, restitution, ownership, lex originis, 1970 UNESCO Convention, 1995 UNIDROIT Convention

Received 2015.09.04 • Revised 2015.10.19 • Accepted 2015.11.09