현안분석 2007-

비교법제 연구 07-06

도난·불법반출 문화재에 관한 법리적 연구

- 1970년 UNESCO 협약, 1995년 UNIDTOIT 협약 및 주요체약국의 이행법을 중심으로 -

서헌제·박찬호

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

도난 · 불법반출 문화재에 관한 법리적 연구

- 1970년 UNESCO 협약, 1995년 UNIDTOIT 협약 및 주요체약국의 이행법을 중심으로 -

A Legal Study on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects

- With Emphasis on the 1970 UNESCO Convention and the 1995 UNIDROIT Convention and their Implementation in major Contracting Parties -

연구자 : 서헌제(중앙대학교 교수)
Suh, Hun-Je
박찬호(부연구위원)
Park, Chan-Ho

2007. 10. 31

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

국 문 요 약

1. 연구의 목적

이 연구는 문화재의 불법거래 방지와 그 반환에 관한 법리적 연구를 목적으로 한다. 특히 1970년 「문화재의 불법반출입 및 소유권양도의 금지와 예방수단에 관한 협약(Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Prperty)」(이하 "1970년 협약")과 1995년 UNIDROIT의 「도난 또는 불법반출문화재에 관한 협약(Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects)」(이하 "1995년 협약") 및 미국·영국·캐나다·일본 등 주요 체약국의 협약 이행을 중심으로 한다.

국제적인 문화재 도난과 불법반출입을 통해 인류의 문화유산이 고갈될 뿐 아니라 각국의 문화정체성에도 심각한 훼손이 생기고 있다. 우리나라도 예외가 아니어서 많은 동산문화재들이 도난당하거나 불법적으로 훼손되어 국내외로 밀매되고 있다. 이에 효과적으로 대응하기 위해서는 유네스코와 UNIDROIT를 중심으로 체결된 위 2개의 협약 및 미국과 영국등 주요국들의 협약이행이 중요하다. 이 연구는 이들 협약의 내용과 주요국의 이행법을 분석하고 파악하여 문화재훼손에 효과적으로 대응 할 수 있는 법제적 대책 마련을 그 목적으로 한다.

문화재 불법거래에 관한 국제협약과 주요국의 이행법에 대한 분석을 바탕으로 하는 이 연구는 국내문화재보호법제의 개편방향을 모색하는데 활용될 수 있을 것이다. 나아가 한일간의 외교현안으로 되어 있는 불법반출문화재의 반환을 위한 이론적인, 법제적 근거를 제시해 줄 것으로 기대한다.

2. 1970년 협약과 1995년 협약

제2장에서는 문화재 도난과 불법반출에 대항하는 가장 중요한 국제적인 합의인 1970년 협약과 1995년 협약을 다룬다. 전자에 대해서는 주로 그 효과적인 이행을 위한 국내적, 국제적 조치에 중점을 둔다. 후자에 대해서는 비교적 상세하게 그 내용분석에 주력한다.

(1) 1970년 협약

1970년 협약은 문화재의 불법거래에 대항하는 가장 기본적이고 중심 되는 국제적인 합의문서이다. 체약국은 이 협약에 명시된 여러 조치들을 취할 능력을 갖춘 인적, 물적 기반을 조성해서 문화재 보호를 위한 국가적 서비스를 제공해야 한다. 이러한 조치들은 각 체약국에 의해 이행되어야 하므로 국내 입법과 규정들이 협약 내용을 충실히 반영해야 한다. 다만 각 체약국이 협약상 의무와 관련해서 취할 조치와 법률을 제정함에 있어서는 자국의 법체계와 조화할 수 있는 방안을 선택할 재량을 가진다. 1970년 협약은 문화재 불법거래 방지에 관하여 이해 당사국과의 국제적 협력 방안에 관해서도 규정한다. 자국의 고고학, 인종학적 문화재가 도난된 국가들은 그 문화재가 발견된 다른 체약국에 대해 그 반환과 재발방지를 위한 협력을 요청할 수 있고 이를 위한 다자간협상을 촉구할 수 있다. 이러한 협력의 구체적인 예로는 미국정부가 1970년에 멕시코 정부와 체결한 불법유출 문화재의 반환협정이다.

(2) 1995년 협약

1995년 협약은 도난 예술품과 문화재의 사적거래 영역에 대한 국제적인 법적 규율체계로서, 체약국이 다른 체약국 법원에 도난 또는 불법 수출된 문화재의 반환 청구 소송을 제기할 수 있도록 하였다.

1995년 협약은 1970년 협약의 한계를 보완하기 위해 제정된 협약으로서 양자간에는 다음과 같은 차이가 있다.

첫째, 1970년 협약은 도난문화재의 반환과 그에 대한 보상원칙을 선언하고는 있지만 구체적인 절차나 요건을 명확히 하고 있지 않다. 이에 대해 1995년 협약은 도난·불법반출된 모든 문화재의 절대적 반환원칙을 확실히 하고 그에 따른 상당한 보상의 요건과 절차를 정하고 있다. 무조건 반환원칙의 확립은 잠재적인 예술품 구매자로 하여금 당해 물품의 과거 소유권에 대한 정확하고 충분한 입증서류를 요구하게 함으로써 문화재의 불법거래를 억제할 것으로 예상된다.

둘째로, 도난문화재뿐 아니라 불법반출된 문화재의 반환원칙을 정하고 있는 점이다. 이는 각 체약국은 외국의 문화재수출규제법(공법)에 대한 승인집행을 상호 보장해야 한다는 것을 의미한다. 셋째로, 도난·불법반출문화재의 반환청구에 대한 시효를 설정한 점이다. 도난·불법반출 사실을 안 때로부터 3년, 그리고 도난·불법반출로부터 50년의 시효를 정하고 있으며, 특별한 유형의 문화재에 대해서는 시효를 없애거나 보다 장기간의 시효를 정하고 있다.

3. 주요국의 협약 이행

제3장에서는 세계에게 가장 규모가 크고 중요한 문화재거래시장을 가지고 있는 미국·영국·캐나다·일본의 1970년 협약 이행을 위한 국내법체계를 분석한다. 이들 4개국은 모두 1995년 협약에는 가입하지 않고 있어 그 이행에 관한 국내법은 없는 실정이다. 그러나 1995년 협약은 私法的, 國際私法的인 내용이 주류를 이루고 있어 별도의 입법적 조치가 크게 필요한 것은 아니다.

(1) 미국의 협약이행

미국은 세계최대의 문화재시장이며 초강대국으로서 1970년 협약의

채택과정에서 뿐 아니라 국내적 이행에 있어서도 진취적인 태도를 보였다. 미국은 협약이 채택된 직후인 1972년 상원의 만장일치 승인을 받아 동 협약을 비준한 바 있는데, 다만 1개의 유보(reservation)와 6개의 양해(understanding)를 부과하였다. 양해의 내용은, 1970년 협약은 자력 집행력이 없고 따라서 미국 내에서 효력을 발휘하기 위해서는 이행법의 제정이 필요하다는 것이다. 이에 따라 미국은 1983년에 「문화재협약이행법(Convention on Cultural Property Implementation Act: CPIA)」을 제정하여 국내 이행법을 제정한 최초의 문화재수입국이 되었다. CPIA는 1970년 협약과 그 주요내용을 같이 하고 있는데 문화재 불법거래와 그 반환을 위한 국제협력, 긴급수입제한 조치, 수입제한 및 반환조치 등을 규정하고 있다. 미국법원은 CPIA의 입법취지를 존중하여 문화재 반환을 명하는 판결들을 내리고 있다.

미국의 1970년 협약 이행에 있어 또 하나의 중요한 법이 1948년의 「도난국유재산법(National Stolen Property Act: NSPA)」이다. CPIA가 주로 민사적 구제수단을 제공함에 대해 NSPA는 문화재 원천국의 국유화법(patrimony law)을 존중하고 또 형사제재를 가하는 근거가 된다는 점에서 차이가 있다. 이법은 첫째, 도난 또는 사기에 의해 취득된 것이라는 사실을 알면서도 5,000달러 또는 그 이상의 가치를 지닌 물품을 수입하거나 州간에 이동하는 자를 벌금 또는 10년 이하의 징역에 처하고 둘째, 도난이나 불법적으로 취득된 물품임을 알면서도 州간 또는 미국 국경을 넘어 불법적으로 유입된 물품을 수령・점유・은닉・저장・보관・판매하는 자를 벌금 또는 징역에 처한다.

(2) 영국의 협약 이행

영국은 세계최대의 문화재 보유국이지만 그 대부분이 과거 식민지배나 전쟁을 통해 획득한 것으로서 그 반환 압력이 거세게 일고 있다. 이러한 이유 때문에 영국은 1995년 협약은 물론이고 1970년 협약

에 가입하지 않고 있었다. 그러나 이러한 소극적 태도에 대한 비난이 커지자 2002년 10월 31일에 1970년 협약에 가입하였다. 그리고 기존 영국의 국내법만으로도 협약이행에 충분하지만 문화재 불법 훼손에 효과적으로 대응하고, 영국의 1970년 협약 이행 의지를 분명히 하기 위해 「2003년 문화재거래범죄법」(Dealing in Cultural Objects(Offences) Act)을 제정하였다.

이 법은 6개 조항으로 구성된 간단한 내용의 법으로서, 제1조 훼손 문화재거래범죄(Offence of dealing in tainted cultural objects)에서는 특정문화재가 훼손되었다는 사실을 알았거나 훼손된 것으로 믿고 부정하게 거래한 자를 처벌하는 규정을 두고 있으며, 제2조와 제3조는 제1조에서 범죄의 대상이 되는 '문화재'와 문화재가 '훼손'되기 위한 요건 및 '거래'에 관한 규정들을 두고 있다. 제4조에서는 범죄의 대상이 된 문화재의 수색, 몰수 등에 관한 규정을 두고 있다.

영국은 문화재거래범죄법 이외에도 「2002년 수출통제법」제9조에 기해 「2003년 문화재수출통제령」을 제정하여 시행하고 있다.

(3) 캐나다의 협약 이행

캐나다는 문화유산의 공유를 통해 캐나다인의 국가적 일체감과 정체성을 보다 확고히 하기 위해 적극적인 문화재보호정책을 수립하여 왔다. 1970년 협약의 이행에 있어서도 매우 적극적이어서 선진국들 중에서는 가장 먼저 1977년에 「문화재수출입법(Cultural Property Export and Import Act)」을 제정하였다. 이 법은 캐나다 문화유산을 보호하기 위해 문화적 가치가 있는 물품의 수출과 불법적으로 반출된 외국 문화재의 수입을 통제하는 것을 그 입법목적으로 하고 있다. 이 법은 문화재수출통제 리스트를 정하고, 전문심사인의 심사를 포함하는 수출허가절차, 통제해당품목에 대한 정부의 구매, 관련 분쟁을 심사할 위원회에 관한 규정을 두고 있다.

(4) 일본의 협약 이행

일본도 영국과 마찬가지로 식민지 시대로부터 해외에서 많은 문화재가 불법으로 유입되어 그 반환청구의 대상이 되는 국가이다. 이에 따라 1970년 협약의 가입을 미루고 있었지만 2002년에 동 협약에 가입하였다. 일본은 동 협약을 국내적으로 시행하기 위해 「문화재의 불법적인 수출입의 규제등에 관한 법률」 및 「문화재보호법의 일부를 개정하는 법률」을 2002년 법률 제81호 및 제82호로 공포하고 동년 12월 9일부터 시행하고 있다. 이와 같이 일본은 기존의 문화재보호법의 일반규정만으로는 1970년 협약상의 체약국 의무를 제대로 이행할 수 없다는 판단하에 그 이행을 위한 특별법을 제정한 것이다. 일본은 1995년 협약의 제정을 위한 외교회의에는 대표를 파견하여 참여하였지만 아직까지 이를 비준 하지 않고 있다.

「문화재의 불법적인 수출입의 규제등에 관한 법률」은 첫째, 1970년 협약 체약국의 박물관등으로부터 盜取된 문화재를 '특정외국문화재'로 지정하고, 동 문화재의 수입규제와 선의취득규정의 예외를 인정하고 있다. 둘째, 국내문화재의 도난신고 및 통지에 관한 규정 셋째, 교육활동 및 홍보활동 등을 통하여 문화재의 불법적인 수입, 수출 및 소유권이전의 방지에 관하여 국민의 이해를 높이기 위한 노력을 기울일 것도 함께 규정하고 있다.

4. 문화재의 도난·불법반출과 국내법

제4장에서는 문화재의 도난현황 및 그에 대한 대책을 살펴보고 문화재보호의 대상이 되는 문화재의 개념과 그 지정·등록제도, 그리고 문화재보호법의 관련조항을 중심으로 하여 우리나라의 1970년 협약 이행 상황 및 문제점을 짚어 본다.

(1) 문화재 도난과 대책

국내의 문화재 도난 도굴, 밀거래 범죄는 전문화・지능화・조직화되어 있으며 범행대상도 사찰의 불상, 부도, 탱화와 서적류, 불상의 복장유물, 무덤 속의 부장품은 물론, 문인석 등 석장류 그리고 고택의 현판, 문짝, 석탑의 면석, 서원, 향교에 다량 소장된 고서화류 등으로 다양화 되고 있으나 이에 대처하는 동산 문화재 관리실태는 취약한 구조를 개선하지 못하고 있다.

이를 개선하기 위해서는 올바른 문화재 가치의 홍보 강화, 문화재 소장자의 박물관 기증에 대한 보상 및 위탁보관 권장, 문화재사범에 대한 수사조직 및 정보관리 체계 강화, 선의취득원칙의 배제, 문화재 매매업체의 윤리의식 제고와 지도감독 강화 등의 대책이 요구된다.

(2) 보호대상 문화재

문화재보호법상 “문화재”는 인위적・자연적으로 형성된 (문화유산과 자연유산) 국가적・민족적・세계적 유산으로서 역사적・예술적・학술적・경관적 가치가 큰 것 (유형문화재・무형문화재・기념물 및 민속자료)을 말한다. 문화재보호법은 중점보호주의에 입각하여 문화재의 지정제도와 등록제도를 병행하고 있다. 이에 따라 문화재는 지정문화재, 등록문화재 및 비지정문화재로 나누어 볼 수 있고, 또 그 형태에 따라 유형문화재・무형문화재・기념물・민속자료로, 동산문화재와 비동산문화재로 각각 나뉘어 진다. 그런데 문화재 도난 및 불법반출은 주로 동산문화재, 그 중에서도 비지정인 일반동산문화재가 대상된다는 점에서 그 보호가 문제된다.

(3) 1970년 협약의 이행상황

우리나라는 앞서 본 미국 등과는 달리 1970년 협약의 이행을 위한 특별법을 제정하지 않고 문화재보호법의 일부조항에 그 주요 내용을

도입하고 있다. 이를 살펴보면 첫째, 문화재청장은 국내로 반입하고자 하거나 이미 반입된 외국문화재가 당해 반출국으로부터 불법반출된 것으로 인정할만한 상당한 이유가 있을 때에는 그 문화재를 유치할 수 있고, 둘째, 불법반출 외국문화재로 보관중인 경우 외국문화재가 그 반출국으로부터 적법하게 반출된 것이 확인된 때에는 지체 없이 이를 그 소유자 또는 점유자에게 반환하고 셋째, 외국문화재의 반출국으로부터 대한민국에 반입된 외국문화재가 자국으로부터 불법반출된 것임을 증명하고, 조약에 의한 정당한 절차에 의하여 그 반환을 요청하는 경우 또는 계약에 의한 반환의무를 이행하는 경우에는 관계기관의 협조를 얻어 조약이 정하는 바에 따라 당해 문화재가 반출국에 반환될 수 있도록 필요한 조치를 하고 넷째, 도난문화재에 대해서는 민법의 선의취득규정의 적용을 배제한다. 그러나 외국에서 발견된 국내유출문화재의 반환청구와 그 절차에 대해서는 아무런 규정이 없다.

5. 결 론

제5장에서는 결론적으로 1970년 협약의 이행을 위한 특별법 제정과 1995년 협약의 가입 필요성을 검토한다.

(1) 1970년 협약 이행법 제정

문화재보호법의 일부조항만으로는 1970년 협약의 이행에 미흡하기 때문에 동 협약의 이행을 위한 특별법을 제정해야 한다고 본다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 우리의 협약 이행의지를 분명히 밝히기 위해서라도 협약 이행 특별법을 제정해야 한다. 1970년 협약 이행과 관련된 국내법은 문화재보호법 등에 단편적이고 산만하게 규정되어 있어 그 내용을 명확하게 파악하기에 부적합하다. 둘째, 1970년 협약의 적용대상 문화재의 범위를 명확히 하기 위해서도 필요하다. 우리 문화재보호법상의 문화

재는 지정제도, 등록제도 등으로 복잡하게 되어있어 무엇이 1970년 협약에 의해 의무적 반출입제한을 받고 또 외국의 반환청구에 응해야 할 대상인 문화재인가가 분명하지 않다.

셋째, 문화재의 불법반출입 통제는 세관이나 경찰, 박물관이나 문화재 거래상들과의 폭넓은 협조체제하에서만 효과적으로 이루어지는데, 이러한 기관협조를 원활하게 하기 위해서도 특별법에 의해 그 근거를 마련할 필요가 있다. 넷째, 일본에 대한 불법반출문화재 반환협상을 촉구하기 위해서도 특별법이 필요하다. 1970년 협약은 소급효가 없기 때문에 과거 반출된 문화재의 반환을 위해서는 적용되지 않지만 그 반환을 위한 국제적인 협력을 강조하고 있어 이를 협상의 지렛대로 이용할 수는 있다.

(2) 1995년 협약의 가입

1970년 협약이 문화재의 도난과 불법거래를 방지하고 예방하는데 주력하고 있다면 1995년 협약은 도난·불법반출된 문화재의 반환에 그 초점을 맞추고 있다. 그러한 취지에서 미국·영국·일본 등 대부분의 문화재시장국가들은 이 협약의 가입을 꺼리고 있는 실정이다. 다만 주요선진국 중에서는 프랑스·스위스·이탈리아와 중국이 협약에 가입하고 있고 또 미국 내에서도 협약의 가입을 촉구하는 목소리가 높다.

우리나라에서 유실된 많은 문화재가 일본 등 해외에 많이 소재하고 있고 그 반환이 절실한 만큼 이를 위한 법제적 근거를 마련한다는 점에서 1995년 협약에 가입은 중요하다. 우리가 이 협약에 가입한 후에는 반환협상 대상국인 일본 등에 대해서도 동 협약에 가입할 것을 외교적 압력으로 행사할 수 있을 것이다.

키워드 : 문화재, 문화재불법거래, 문화재도난, 문화재도굴, 문화국제주의, 문화국가주의, 정부간위원회, 중점보호주의, 문화재협약이행법, 도난국유재산법, 문화재거래범죄법, 동산문화재, 인벤토리, 운리강령, 국제박물관협회, 인터폴

Abstract

The 1970 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export, and Transfer of Ownership on Cultural Property is a multi-national agreement that attempts to unify international cultural property law. The long-term purpose of the convention is to protect the knowledge that can be gathered from excavated archaeological material and "to preserve ethnographic material that remains in its societal context" in the source country. The States Parties to this Convention agree to: (1) prevent the transfer of ownership and illicit movement of cultural property; (2) insure the earliest possible restitution of property to rightful owners; (3) admit actions for recovery of cultural property brought by or on behalf of aggrieved parties; and (4) recognize the indefeasible right of each state to declare certain cultural property inalienable and not susceptible to exportation.

The 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, identifying the ultimate goal as discouraging illicit trade, tends to favor the original owner over the bona fide purchaser, contrary to civil law theory. However, the Convention provides for compensation for value to diligent purchasers, which is a departure from the common law tradition. The 1995 UNIDROIT Convention also settled the statute of limitations issue by establishing three separate periods for bringing recovery and restitution claims.

The UNIDROIT Convention does not attempt to preempt the UNESCO Convention. Rather, the two conventions complement each other because

the UNIDROIT Convention provides private parties seeking return of an object with direct access to the courts, whereas the UNESCO Convention focuses on administrative procedures and state action through public international law.

The United States became a signatory to the UNESCO Convention in 1982, when Congress ratified the convention through the Cultural Property Implementation Act (CPIA). This Act codified UNESCO Convention into United States law and allowed the government to implement Article 9 and provide foreign plaintiffs with a cause of action in the United States. The UNESCO Convention is also enforceable in the United States under the National Stolen Property Act(NSPA). While the CPIA provides for civil remedies, the NSPA creates an enforcement arm of the CPIA by taking source countries' patrimony laws into consideration and making criminal sanctions available.

The United Kingdom and Japan also ratified UNESCO Convention in 2002 and implemented the Convention into their national law system for the purpose of clarifying their willingness to fight against illicit traffic in cultural property.

Although Korea ratified the 1970 UNESCO Convention as early as in 1982, unlike other major contracting parties, did not enact any special implementation law but inserted main clauses of the Convention into the existing Cultural Property Law. In my opinion, such a restrictive approach is inadequate to fulfill Korea's responsibility as a leading contracting party of the Convention and to declare our will against illicit traffic in cultural property before the world. In this context, it is to be

desired that Korea not only enact some law similar to the US Cultural Property Implementation Act to implement the 1970 UNESCO Convention but also ratify the 1995 UNIDROIT Convention as soon as possible.

Key Words : cultural property, cultural object, illicit traffic in cultural property, cultural nationalism, cultural internationalism, Intergovernmental Committee, CPIA, NSPA, Interpol, national inventory, code of ethics, ICOM, collection

목 차

국문요약 ····· 3

Abstract ····· 7

제 1 장 서 론 ····· 21

제 1 절 문화재 약탈과 불법거래 ····· 21

1. 전시 문화재 약탈 ····· 21

2. 문화재의 불법거래 ····· 22

제 2 절 문화재의 국제적 보호 ····· 26

1. 전시 문화재보호규범 ····· 26

2. 평시 문화재보호규범 ····· 28

제 3 절 연구의 목적과 범위 ····· 31

1. 연구의 목적 ····· 31

2. 연구의 범위 ····· 32

제 2 장 도난·불법반출 문화재에 관한 국제협약 ····· 35

제 1 절 1970년 유네스코 협약 ····· 35

1. 협약의 추진 ····· 35

2. 협약의 주요내용 ····· 36

3. 협약의 이행 ····· 56

제 2 절 1995년 UNIDROIT 협약 ····· 65

1. 협약체결의 경과 ····· 65

2. 협약의 기본방향 ····· 69
3. 협약의 적용범위와 정의 ····· 71
4. 도난문화재의 회수 ····· 77
5. 불법반출문화재의 반환 ····· 94
6. 일반규정 ····· 108

제 3 장 주요 체약국의 1970년 협약 이행 ····· 115
제 1 절 미 국 ····· 115
1. 1970년 협약과 미국 ····· 115
2. 문화재협약이행법(CPIA) ····· 116
3. 도난국유재산법(NSPA) ····· 124

제 2 절 영 국 ····· 130
1. 1970년 협약의 가입 ····· 130
2. 문화재 거래범죄법 ····· 135
3. 문화재 수출통제령 ····· 140

제 3 절 캐나다 ····· 144
1. 개 관 ····· 144
2. 문화재 수출입법 ····· 144

제 4 절 일 본 ····· 152
1. 개 관 ····· 152
2. 문화재의 불법적인 수출입등의 규제등에 관한법률 ····· 152
3. 문화재보호법의 일부를 개정하는 법률 ····· 155

제 4 장 문화재의 도난·불법반출과 국내법 ····· 157
제 1 절 문화재의 도난과 대책 ····· 157

1. 문화재의 도난 현황 ····· 157
2. 동산 문화재의 관리실태 ····· 159
3. 문화재 도난 예방을 위한 시·도 관리지침 ····· 160
4. 문화재 도난방지대책 ····· 161

제 2 절 우리나라의 문화재보호제도 ····· 165
1. 중점보호주의 ····· 165
2. 문화재의 개념과 분류 ····· 166
3. 문화재 반출통제 ····· 174
4. 문화재불법거래에 대한 처벌 ····· 178
5. 문화재보호제도의 개선 ····· 179

제 3 절 1970년 협약과 문화재보호 ····· 181
1. 1970년 협약의 이행 ····· 181
2. 국제협력 및 양자협력추진 ····· 183
3. 선의취득의 배제 ····· 185

제 5 장 결 론 ····· 187
1. 1970년 협약 이행법 제정 ····· 187
2. 1995년 협약의 비준 ····· 189

참 고 문 헌 ····· 191

부 록

부록 1. 1970년 UNESCO 문화재의 불법반출입 및 소유권 이전 방지와 예방수단에 관한 협약 ····· 207

부록 2. 1995년 UNIDROIT 도난 또는 불법반출 문화재에 관한 협약 ····· 219

제 1 장 서 론

제 1 절 문화재 약탈과 불법거래

1. 전시 문화재 약탈

전쟁에서 패배한 지역에서 문화재를 전리품으로 가져오는 것은 인류의 오래된 역사이다. 알렉산더에서부터 나폴레옹 그리고 히틀러에 이르기까지 정복자에 의한 문화재 약탈과 반출이 반복되었다. 이중에서 특히 나폴레옹과 히틀러의 문화재 수집은 대규모로 자행되어 나폴레옹 패전 이후에는 약탈 문화재를 원 소유국에 반환해야 한다는 압력이 거세게 일어났고 아이러니하게도 영국이 이러한 압력에 가장 선봉에 섰다.

전쟁뿐 아니라 식민지지배를 통해서도 수많은 문화재들이 합법을 가장해서 반출되었다. 이러한 문화재 반출은 점령지역의 문화유산을 파괴함으로써 과거의 찬란한 문화적 전통을 단절하여 독립의 의지를 꺾으려는 의도로 수행되거나, 과거 전통을 새로운 식민문화로 희석시키려는 수단으로 이용되기도 하였다. 그리고 식민지의 보물들을 가져오는 것이 지배국의 문화적 풍부성을 더하게 하고 승리의 표지로 인식되기도 하였다.[1)]

1) UNESCO, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Working Group on Indigenous Populations, Information Concerning the Report of the Special Rapporteur on the Study of the Cultural and Intellectual Property of Indigenous Peoples, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1993/9 (1993).

2. 문화재의 불법거래

(1) 문화재의 불법거래

이와 같이 과거에는 주로 전쟁이나 식민 지배를 통해 문화재를 불법적으로 반출하였지만 제2차대전 후 범세계적인 차원에서 평화체제가 구축되면서 전쟁이나 무력충돌을 통한 대규모 문화재유출은, 이라크나 아프칸 사태를 제외하고는, 일어나지 않고 있다. 그러나 시장에서의 상거래를 통한 문화재의 불법거래는 엄청난 규모로 증가하고 있다.

지난 수십년에 걸쳐서 세계는 점점 더 좁아지고 있고 지구상에 가장 외진 지역도 좋은 의미든 나쁜 의미든 여행객들이 접근할 수 있도록 개방되고 있다. 역사상 유례를 찾아 볼 수 없을 정도로 외국 땅과 관습의 이미지를 담은 필름이나 사진들이 도처에 널려 있다. 이와 같이 세계가 개방되면서 다른 국가나 문화에 대한 관심, 특히 이들의 문화 스타일과 예술품에 대한 관심이 주요 선진국을 중심으로 꾸준히 커지고 있다. 이러한 관심은 외국 스타일을 최신 전자 기법과 결합해서 이용함으로써 패션과 디자인 분야에서 반영되기도 한다. 그리고 현대 예술가들은 다른 시대, 다른 문화의 예술가들에 의해서 창작된 작품들을 그들의 예술작품에 투영함으로써 예술의 외연을 넓히고 있다.

이러한 현상들은 주요 선진국의 골동품 딜러들뿐 아니라 보통 사람들 간에도 예술작품 거래와 수요에 붐을 일으키고 있다. 문화재와 예술작품에 대한 인식의 확대가 긍정적인 측면이 있지만 한편에서는 문화유산을 훼손시킬 위험성도 동시에 커지고 있다. 이제 문화재거래는 중요한 국제적인 비지니스가 되었고 흔히 '문화재불법거래(illicit traffic in cultural property)'라고 부르는 현상이 초래되고 있다.[2] 문화재 가격은 다소 변동이 있지만 지속적으로 상승하고 있으며, 국제적인 수요

2) UNESCO, *Promoting the Return on Restitution of Cultural Property,* 2002, p. 2.

도 증대하고 있다. 따라서 예술, 공예, 골동품, 고고학적 발견물들은 원래 소장되었던 지역에서 이탈되어 국제 문화재시장으로 점점 더 많이 유입되고 있다.

(2) 피해 상황

문화재 수출국들은 풍부한 문화유산을 보유하고 있음에도 불구하고 대개는 문화재 불법거래를 통제하거나 제어할 숙련된 인력이라든가 충분한 자료, 경찰력, 적절한 법제를 갖추진 못한 많은 개도국들이다. 이집트・그리이스・터어키와 아랍 국가들, 그리고 중남미 국가들은 모두 심각한 도굴의 피해지역이다. 불법 거래자들의 가장 중요한 타켓은 이미 발굴되어 그 존재가 알려진 문화재보다는 아직 발굴되지 않고 알려지지 않은 부장품들이고 이들이 국제시장에서 보다 쉽게 거래된다. 현재 이러한 도굴에 의해 야기되는 손해가 얼마인지는 거의 알려지지 않고 있다.

라틴 아메리카와 서아프리카의 고고학적 유적지들이 도굴되고, 도굴의 증거를 없애기 위해서 의도적으로 그 유적지가 파괴되고 있어 고대 문명을 연구할 가능성마저도 사라지고 있다. 예를 들면 엘살바도르에서는 도굴꾼들이 Cara Sucia지역에서 5천여 개의 부장품들을 파내서 결국 BC 1,500년대까지 거슬러 올라가는 메소아메리카(Meso-America) 유적들을 훼손하거나 파손하였다. 또 Mali에서의 도굴은 나이지리아 델타지역에 천년 전부터 존재한 도시문명에 대한 정보의 상실을 초래하였다.[3)]

아시아의 상황은 더욱 심각하여 사원들로부터 조각의 일부분이 잘려나가서 해외에서 거래되는 경우가 많다. 특히 태국・캄보디아・미얀마의 상황이 심각하다. 캄보디아의 앙코르 와트를 방문하는 사람들은 조각물로부터 한 부분이 잘려나간 흔적을 손쉽게 발견할 수 있다. 거의 매주 기념물들이 사라지고 있으며 행정 당국자들은 거의 손을

3) UNESCO, *Preventing The Illicit Traffic in Cultural Property*, 1995, p. 10.

놓고 있다. 그러나 이러한 문화재 범죄는 비단 개도국에서만 발생하는 것은 아니며 선진국에서도 흔히 발견된다. 프랑스, 이탈리아에서 이러한 일들이 자주 발생하고 있으며, 특히 유럽의 통합으로 동서간 국경이 없어지면서 러시아 정교회 아이콘들을 포함한 많은 양의 미술품들이 도난되고 불법적으로 거래되고 있다.[4)]

이러한 상황을 더욱 악화시키는 것은 가난한 개도국에서 빈번하게 벌어지고 있는 내전과 전쟁이다. 앞에서 본 대로 문화재 훼손은 전쟁의 한 특징이고 이는 현대에 있어서도 예외는 아니다. 최근 아프가니스탄・이라크・쿠웨이트에서의 전쟁 기간 동안 박물관들이 소장하고 인류의 귀중한 고대유물들이 완전히 훼손되고 그 중 많은 품목들은 사라졌다. 예술작품과 역사적 유물 외에도 정교한 조각품들이 불법수집과 거래의 대상이다. 수집가들은 한 마을에서 다른 마을로 다니면서 토착민들이 간직해온 유물과 공예품들을 팔도록 설득한다. Coroma와 Bolivia의 유골과 유물들이 암시장에서 거래되고 있으며 Mali의 나이제르강 계곡에 있는 미발견 유적지로부터 도굴된 세라믹과 terra-cotta는 이 지역에서 가장 번성하는 거래 품목이 되고 있다.[5)]

문화재도난과 불법 반출은 구공산권 국가들에 있어서도 현저하게 나타나고 있다. 1993년 체코 정부는 자국 문화유산의 10%에 해당되는 도난과 불법반출이 이루어지고 있다고 추산하고 있는데 이중에서 종교문화재의 절도가 가장 심각하다고 한다. 가령 1993년 11개월 동안 767개의 교회와 171개의 예배당, 22개의 수도원, 384개의 교회묘지에서 약 2천여개의 부장품들이 도난당하였다. 이탈리아에서는 1970년에서부터 1990년에 이르는 20년 동안 25만점에 예술품이 도난당하였고 같은 기간 영국에서는 보험에 든 예술품과 골동품의 도난이 6억 달러에서 7억 5천만 달러에 이르고 보험에 들지 않은 것까지 합하면 15억

4) UNESCO, *Preventing The Illicit Traffic in Cultural Property*, 1995, p. 11.
5) UNESCO, *Preventing The Illicit Traffic in Cultural Property*, 1995, p. 12.

달러에 이른다고 한다.[6]

우리나라의 경우도 예외는 아니어서 전문문화재 절도범에 의해 사라진 문화재의 수가 수천점에 이르고 있다는 보도가 나오고 있다. 특히 우리나라는 많은 문화재들이 관리가 허술한 산간의 절이나 민간에 소장되고 있기 때문에 이러한 절도의 표적이 되기 쉽다.

(3) 국제문화재 시장

국제 문화재시장은 선진 몇개국에 집중되어 있다. 세계 중요한 예술품 옥션하우스는 주요 고고학적, 인종학적 박물관이 소재하는 뉴욕이나 런던 그리고 동경 등에 있다. 그리고 예술품과 문화재 가격은 최근 몇 십년간에 현저히 상승하고 있다. 세계 최고의 옥션하우스인 Sotheby와 Christie에서의 경매기록은 이러한 사실을 잘 보여준다. 1970년에서 1980년의 10년간 Sotheby의 연간 거래액은 2억 4천만 파운드였는데, 10년 후인 1980년에서 1990년간에는 약 800%가 증가한 19억 8천만 파운드이었다. Christie의 경우도 1979년에 2천 4백만 파운드에서 1990년에는 1억6천 7백만 파운드로 증가하였다. 그 대부분의 판매는 영국, 미국, 스위스에서 이루어졌다.[7]

문화재의 도굴과 도난은 국제 예술품 시장에서의 높은 가격에 의해 촉진되고 있다. 엄청난 시장규모와 지속적으로 증가하는 보상의 약속은 도굴꾼들로 하여금 더욱 적극적으로 나서게 한다. 이들은 예술품과 기타 문화재의 판매와 수출입에 적용되는 각국 법제가 서로 일치하지 않고 또 충분하지 않다는 점을 이용한다. 나아가 국제문화재 시장은 돈세탁을 위한 많은 기회를 제공하고 있는 것으로도 유명하다.

박물관들이 도난에 대한 보고를 꺼리는 것도 이러한 불법거래의 한

6) R. Thrones, *Protecting Cultural Objects Through International Documentation Standards. A Preliminary Survey,* The Getty Art History Information Program, USA 1995.
7) UNESCO, *Preventing The Illicit Traffic in Cultural Property*, 1995, 14.

원인을 제공하는 것으로 지적되고 있다. 박물관으로서는 소장 문화재의 도난 사실이 알려지면 기증자들이 기부금액을 줄이거나 소장품들을 위한 보험료 지급이 더 많아지게 될 것이라는 우려 때문에 도난 사실을 은폐하는 경우가 많다고 한다.

이와 같이 문화재 불법거래의 내역과 그 규모는 불확실할지라도 문화재 거래의 방향을 추적하는 것은 그다지 어렵지 않다. 문화재 품목들은 대량으로 개도국으로부터 유출되어 부유한 선진국의 예술품시장으로 이동하고 있다는 것이다.

제 2 절 문화재의 국제적 보호

1. 전시 문화재보호규범

(1) 국제관습법

문화재반출규제의 효시를 이룬 것은 1460년대 로마교황 비오 2세가 교황령으로부터 문화재 수출을 금지시킨 것이고 이후 1534년 교황 파울 3세는 고건축물을 보호할 권한을 가지는 고건축물 위원회를 설립하였다고 한다.[8] 그러나 앞에서 본 바와 같이 전시에 문화재 약탈이 대규모로 일어나기 때문에 전시 문화재보호 규범이 평시보호규범보다 먼저 발달하였다. 특히 18세기 이래 무기의 발달로 문화재 파괴가 급격히 증대하면서 이러한 파괴로부터 문화재를 지키기 위한 국제관습법이 형성되기 시작하였다. 이는 비록 전시에만 적용되는 것이기는 하지만 적국과 아국을 불문하고 문화재를 우선적으로 보호한다는 것이 국제적으로 자리 잡게 되었다.[9]

---

8) Alice Erh Soon Tay, *Law and the Cultural Heritage, in Who Owns the Past* 107, 108 (Isabel McBryde ed., 1985).

9) SHARON A. WILLIAMS, *THE INTERNATIONAL AND NATIONAL PROTECTION OF MOVABLE CULTURAL PROPERTY* 9,15 (1978).

이러한 국제관습법이 법전화된 것은 미국 남북전쟁 때의 1863년 Lieber Code가 처음이었다.[10] 남북전쟁은 내전이었기 때문에 국제관습법을 적용할 필요는 없었지만 Liber 교수는 당시 존재하던 국제관습법을 자신의 법전에 도입하였다. 이 법전은 그 내용의 훌륭함 때문에 이후 적진에서의 군사행동시 문화재보호에 관한 상세한 원칙을 정하는 국제협약에 큰 영향을 주었고 1899년과 1907년의 헤이그협약의 기초가 되었다. 이들 협약은 그 전신을 1874년의 브뤼셀선언에 두고 있는데, 이 선언은 문화재는 "인류공통의 재산으로서 누구에게나 속한다"는 문화 국제주의 이념을 바탕으로 하고 있다.[11] 그리고 문화재는 한번 파괴되면 복구가 불가능하기 때문에 문화재는 원래 그것이 소재하고 있던 국가만 아니라 모든 인류에게도 공통적으로 보존할 가치가 있다는 원칙도 담고 있다.

제1차 대전과 2차대전은 문화재 보호에 관한 기존 헤이그협약의 한계를 여실히 보여주었다. 독일군대는 두차례 대전에서 그들이 점령한 지역에서 많은 양의 문화재를 파괴하고 도굴하였다.[12] 그 결과 국제사회는 유네스코의 주도하에 기존의 헤이그협약을 보완하는 1954년 헤이그협약을 채택하였다.

(2) 1954년 헤이그협약

1954년 헤이그 협약[13]은 무력 충돌 시에 불법적으로 유출된 문화재

10) Dr. Francis Lieber는 컬럼비아대학의 국제법교수로서 그가 편찬한 Lieber Code는 전쟁에서 군대가 지켜야할 행동 헌장을 157개조항으로 조문화하였다.

11) Tay, 122.

12) 제2차대전시에 미국은 전쟁지역에서의 역사적, 예술적 기념품의 보호와 구호를 위한 미국 위원회(American Council)를 설립하여 이를 통해 히틀러가 약탈한 문화재의 반환과 보존을 위한 노력하였다. 이 위원회는 박물관 큐레이터, 예술교수, 건축가들과 같은 민간인 전문가들의 조력을 받았는데, 연합군이 나치에 의해 약탈된 많은 양의 문화재를 수중에 넣자 원소유자에게 이를 안전하게 반환하고 문화재를 보호하는데 중요한 역할을 하였다.

13) Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, opened for signature May 14, 1954, 249 U.N.T.S. 240.

반환을 그 주된 내용으로 하고 있다. 이 협약에 의하면 피점령지역으로부터 문화재를 반출하는 것은 금지된다. 만일 불법적으로 유출된 사실이 밝혀질 경우에는 유출된 지역으로 반환해야 한다. 협약은 전쟁기간 중에 문화재 수용도 금지하고 있다.

2. 평시 문화재보호규범

(1) 문화재보호를 위한 국제 협력

문화재불법거래가 전 세계적으로 확산되는 동안 이에 대한 대처는 재정적, 법제적 측면에서 매우 미흡하였다. 각국의 문화재 반출통제에 관련된 법들은 충분하지 못하거나 비록 존재한다고 하더라도 그 나라의 경계선을 넘은 문화재의 반환을 위해서는 그 효력이 미치지 못하였다. 그리하여 문화재 보호를 위한 국제적 압력은 주로 문화재 유출국들이 불법유출을 자행하는 도굴꾼들이나 거래상에 대한 일방적인 압력행사에 그친 것이었다. 그러나 대부분의 문화재 수입국들은 자국의 예술시장 보호가 먼저고 국제협력은 나중이라는 생각에서 국제적인 협력에는 냉담한 반응을 보여 왔다. 그러나 문화재 유출이 비단 개도국에서만 발생하는 것이 아니라 선진국에서도 심각한 문제로 되자 이에 맞서기 위한 강력한 법적 장치가 필요하다는 점을 깨닫게 되었다. 이리하여 1960년대 말에 이르러 유네스코를 중심으로 문화재보호를 위한 국제협력의 법적 테두리들을 마련하기에 이르렀다.

(2) 유네스코의 협약

1) 유네스코의 문화재 보호지원

유네스코는 창설 이후 줄곧 개도국의 문화재 보호를 지원하고 있는데 주로 문화재 보호에 관련된 정보 교환을 촉진하고, 문화유산 보존

활동을 지원하며, 효율적인 문화재보호법률의 제정을 지원하는 세가지 방향에서 이루어 졌다. 선진국들은 문화유산을 보호할 법을 가지고 있지만 많은 개도국들은 그 법제가 불법거래 문제를 효과적으로 처리하기에 충분할 만큼 정교하지 않다는 문제점을 가지고 있다. 또 문화재의 도난 또는 불법수출에 대항해서 법을 적절하게 집행할 수 있는 능력을 가지고 있지 못하다.

그리하여 유네스코는 개도국의 법률제정지원을 하고 있는데 주로 다음의 5가지 사항을 중심으로 하고 있다. 즉 문화재보호법에 ⅰ) 문화재의 정의와 문화재의 국유화선언, ⅱ) 문화재 목록(inventory)의 확립, ⅲ) 고분에 대한 도굴 통제, ⅳ) 문화재거래의 통제와 규율 - 수출면허 제도의 도입, ⅴ) 적절한 제재와 벌금을 통한 문화재보호법의 집행력 확보이다.

2) 1970년 유네스코협약

유네스코는 각국의 문화재보호법에 대한 지원과 함께 불법거래에 효과적으로 대응하기 위한 국제협약의 채택에 주력하여 왔다. 문화유산 보호를 위해 유네스코가 채택한 기본적인 협약은 앞에서 본 무력충돌시 문화재 보호 협약(1954년 헤이그 협약)과 1970년 문화재 불법거래 방지협약 및 1972년 세계문화 및 자연유산보호 협약(세계유산협약)등이 있다. 이중에서 1970년 「문화재의 불법반출입 및 소유권양도의 금지와 예방수단에 관한 협약(Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Prperty)」[14]은 문화재의 불법거래에 대항하는 가장 기본적이고 중심 되는 국제적인 합의문서이다.

이 협약의 체약국은 협약에 명시된 여러 조치들을 취할 능력을 갖춘 인적, 물적 기반을 조성해서 문화재 보호를 위한 국가적 서비스를 제

14) 아래에서는 “1970년 협약”으로 약칭함.

공해야 한다. 이러한 조치들은 각 체약국에 의해 이행되어야 하므로 국내 입법과 규정들이 협약 내용을 충실히 반영해야 한다. 다만 각 체약국이 협약상 의무와 관련해서 취할 조치와 법률을 제정함에 있어서는 자국의 법체계와 조화할 수 있는 방안을 선택할 재량을 가진다.

1970년 협약은 문화재 불법거래 방지에 관하여 이해 당사국과의 국제적 협력 방안에 관해서도 규정한다. 자국의 고고학, 인종학적 문화재가 도난된 국가들은 그 문화재가 발견된 다른 체약국에 대해 그 반환과 재발방지를 위한 협력을 요청할 수 있고 이를 위한 다자간협상을 촉구할 수 있다. 이러한 협력의 구체적인 예로는 미국정부가 1970년에 멕시코 정부와 체결한 불법유출 문화재의 반환협정이다.

(3) 1995년 UNIDROIT 협약

문화재 불법 거래의 영역에서 또 하나 중요한 협약이 1995년 UNIDROIT의 「도난 또는 불법반출문화재에 관한 협약(Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects)」이다.[15] 이 협약은 도난 예술품과 문화재의 사적거래 영역에 대한 국제적인 법적 규율체계로서, 체약국이 다른 체약국 법원에 도난 또는 불법 수출된 문화재의 반환 청구소송을 제기할 수 있도록 하였다.

1995년 협약은 1970년 협약의 한계를 보완하기 위해 제정된 협약으로서 양자간에는 다음과 같은 차이가 있다. 첫째, 1970년 협약은 도난 문화재의 반환과 그에 대한 보상원칙을 선언하고는 있지만 구체적인 절차나 요건을 명확히 하고 있지 않다. 이에 대해 1995년 협약은 도난·불법반출된 모든 문화재의 절대적 반환원칙을 확실히 하고 그에 따른 상당한 보상의 요건과 절차를 정하고 있다. 무조건 반환원칙의 확립은 잠재적인 예술품 구매자로 하여금 당해 물품의 과거 소유권에 대한 정확하고 충분한 입증서류를 요구하게 함으로써 문화재의 불법

15) 아래에서는 “1995년 협약”으로 약칭함.

거래를 억제할 것으로 예상된다.

둘째로, 도난문화재뿐 아니라 불법반출된 문화재의 반환원칙을 정하고 있는 점이다. 이는 각 체약국은 외국의 문화재수출규제법(공법)에 대한 승인집행을 상호 보장해야 한다는 것을 의미한다. 셋째로, 도난·불법반출문화재의 반환청구에 대한 시효를 설정한 점이다. 도난·불법반출 사실을 안 때로부터 3년, 그리고 도난·불법반출로부터 50년의 시효를 정하고 있으며, 특별한 유형의 문화재에 대해서는 시효를 없애거나 보다 장기간의 시효를 정하고 있다.

제 3 절 연구의 목적과 범위

1. 연구의 목적

이 연구는 문화재의 불법거래를 방지와 그 반환에 관한 법리적 연구를 목적으로 한다. 특히 1970년 협약과 1995년 협약 및 미국·영국·캐나다·일본 등 주요 체약국의 협약 이행을 중심으로 한다. 앞에서 본 바와같이 국제적인 문화재 도난과 불법반출입을 통해 인류의 문화유산이 고갈될 뿐 아니라 각국의 문화정체성에도 심각한 훼손이 생기고 있다. 우리나라도 예외가 아니어서 많은 동산문화재들이 도난당하거나 불법적으로 훼손되어 국내외로 밀매되고 있다. 이에 효과적으로 대응하기 위해서는 유네스코와 UNIDROIT를 중심으로 체결된 위 2개의 협약 및 미국과 영국등 주요국들의 협약이행이 중요하다. 이 연구는 이들 협약의 내용과 주요국의 이행법 분석하고 파악하여 문화재훼손에 효과적으로 대응 할 수 있는 법제적 대책 마련을 그 목적으로 한다.

1970년 협약은 우리가 가입한지 20년이 넘었고 그 역사가 길기 때문에 그 내용에 대한 소개는 이미 많은 선행연구에서 이루어졌다. 따

라서 이 연구에서는 그 내용에 대한 소개는 간단하게 줄이고 주로 그 이행을 위한 실제적인 문제를 중심으로 살펴본다. 반면 1995년 협약은 불법반출문화재의 반환에 관련된 私法·國際私法적인 사항이 주류를 이루고 있어 그 내용 파악이 까다로울 뿐 아니라 국내에 제대로 소개되어 있지 않다. 심지어는 공식 번역본에도 오류가 많아서 그 내용 전달이 제대로 되지 않고 있다. 이에 따라 이 연구에서는 1995년 협약의 정확한 내용 분석에 주력한다. 우리가 이 협약을 비준할 경우 그 내용에 대한 정확한 이해가 선결요건이기 때문이다.

문화재 불법거래에 관한 국제협약과 주요국의 이행법에 대한 분석을 바탕으로 하는 이 연구는 국내문화재보호법제의 개편방향을 모색하는데 활용될 수 있을 것이다. 나아가 한일간의 외교현안으로 되어 있는 불법반출문화재의 반환을 위한 이론적인, 법제적 근거를 제시해 줄 것으로 기대한다.

2. 연구의 범위

제1장에서는 문화재 도난과 불법반출 현황을 국제적인 시장규모와 피해의 실증적 사례를 중심으로 살펴본다. 그리고 불법거래로 인한 문화재훼손과 유출국의 문화정체성의 파괴를 막기 위해 유네스코를 중심으로 전개되는 국제적인 대응방안을 설명한다.

제2장에서는 문화재 도난과 불법반출에 대항하는 가장 중요한 국제적인 합의인 1970년 협약과 1995년 협약을 다룬다. 전자에 대해서는 주로 그 효과적인 이행을 위한 국내적, 국제적 조치에 중점을 둔다. 후자에 대해서는 비교적 상세하게 그 내용분석에 주력한다.

제3장에서는 세계에서 가장 규모가 크고 중요한 문화재거래시장을 가지고 있는 미국·영국·캐나다·일본의 1970년 협약 이행을 위한 국내법체계를 분석한다. 이들 문화선진국 중에서도 1970년 협약 이행에

가장 적극적인 미국에 대해서는 1983년의 「문화재협약이행법(CPIA)」 및 「도난국유재산법(NSPA)」과 이들 법이 적용된 실제 판결례를 살펴본다. 캐나다도 협약이행에 매우 적극적이어서 1977년에 「문화재수출입법」을 제정하였는데 그 내용이 매우 상세하여 우리의 입법에 참고할 만하다. 한편 영국과 일본은 식민지 시대로부터 해외에서 많은 문화재가 불법으로 유입되어 그 반환청구의 대상이 되고 있다는 점에서 1970년 협약의 가입을 미루고 있었다. 그러나 이들이 불법문화재거래를 대처하는데 소극적이라는 국제적인 압력 때문에 2002년에 1970년 협약에 가입하였다. 그러나 양국은 모두 자국의 현행법만으로도 협약이행에 충분하다고 판단하고 미국이나 캐나다와 같은 상세한 내용의 별도의 입법은 하지 않고 현행법을 정리하는 수준에서 약간의 특별법을 제정하였다. 이 연구에서는 영국의 「2002년 문화재거래범죄법」과 일본의 「문화재의 불법적인 수출입등의 규제등에 관한 법률」을 살펴본다. 그리고 이들 4개국은 모두 1995년 협약에는 가입하지 않고 있어 그 이행에 관한 국내법은 없는 실정이다.

제4장에서는 우리 문화재보호법상 문화재의 개념과 불법문화재의 반출입통제에 관한 내용을 분석한다. 특히 동산문화재의 도난 현황과 그 대책을 살펴본다. 현행법의 체계가 1970년 협약의 이행에 적합한지의 여부를 진단하고 그 문제점을 짚어 본다.

제5장에서는 본문에서의 분석을 바탕으로 앞으로의 법제적 대책을 모색한다. 특히 1970년 협약의 이행의지를 명확히 할 특별법의 제정필요성을 제시한다. 나아가 1995년 협약의 비준을 위한 준비를 어떻게 해야 할 것인가를 살펴본다. 이를 토대로 불법 유출된 문화재 반환, 특히 일본에 대한 반환요청을 위한 법적 토대를 모색한다.

제 2 장 도난·불법반출 문화재에 관한 국제협약

제 1 절 1970년 유네스코 협약

1. 협약의 추진

1970년 협약은 50여개 국가가 그 기초작업에 참여하여 10여년에 걸친 노력 끝에 1970년 11월 14일 제16차 유네스코총회에서 채택되었다. 2007년 현재 협약의 가입국은 100여개 국가에 이르고 있어 불법적인 문화재거래에 대항하는 가장 중요한 국제적인 합의문서가 되었다. 협약의 채택과정에서는 미국과 멕시코 정부가 서로 대조적인 입장에서 주도적인 역할을 하였다. 협약 채택을 위한 협상은 1960년 멕시코와 페루 정부가 유네스코 총회에서 문화재의 불법거래를 방지하기 위한 전 세계적인 법적 수단을 마련할 것을 요구함으로써 시작되었다.[16] 이러한 양국정부의 제안의 결과 1964년에는 구속력이 없는 「문화재의 불법반출입 및 소유권이전방지와 예방수단에 관한 권고(Recommendation on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Export, Import and Transfer of Ownership of Cultural Property)」가 채택되었다.[17] 그리고 1968년에는 멕시코 정부의 요청에 의해 유네스코 총회에서 협약 초안을 다룰 특별위원회가 구성되었으며[18], 위원회의 노력으로 의장초안(Secretariat Draft)이 작성되었다. 이 초안은 문화재

16) Kifle Jote, *International Legal Protection of Cultural Heritage*, 196-98(1994); Patrick J. O'Keefe, *Commentary on the UNESCO 1970 Convention on Illicit Traffic* 12 (2000).

17) *Recommendation on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Export, Import and Transfer of Ownership of Cultural Property*, Nov. 19, 1964, reprinted in UNESCO, The Protection of Movable Cultural Property I: Compendium of Legislative Texts 382 (1984).

18) Ronald D. Abramson & Stephen B.Huttler, *The Legal Response to the Illicit Movement of Cultural Property*, 5 Law & Pol'y Int'l Bus. 950(1973).

수출입을 통제할 수 있는 국제적인 법적 수단을 마련함으로써 각국의 문화재 보호를 위한 강력한 뒷받침을 제공한다는 것이 주된 내용을 이루고 있다.

그러나 협약의 최종 텍스트는 미국에 의해 큰 영향을 받았다. 미국이 초안준비과정에 참여하면서 의장초안이 너무 의욕적이라는 이유로 그 내용 중 많은 부분에 대해 수정의견을 제시하고 이를 정리하여 미국 국무부는 대안을 제시하였다.[19] 결국 협약 채택의 최종적인 성패는 미국과 멕시코가 공통적으로 지지할 수 있는 중도적인 입장을 모색하는 것이었다. 그리하여 최종적으로 채택된 협약은 위 1964년 권고(Recommendation)와 그 내용에 있어서는 크게 달라진 것은 없지만 많은 조항들이 가령, "국내입법과 합치하게" 라든가 "각 국에 적합하게"라는 등의 문언을 삽입하여 각국의 국내법과 타협을 하였다.[20]

2. 협약의 주요내용

(1) 협약의 목표

1) 문화 '국가주의'의 표방

문화재를 도굴이나 불법거래로부터 보호하는 것은 고고학이나 역사학적 관점에서 만 아니라 국가의 전체적인 문화정체성을 보존한다는 측면에서도 중요하다. 문화 국가주의이론(theory of cultural nationalism)은 문화재를 특정국의 문화유산의 한 부분으로 간주한다. 이 이론은 각국이 자국 문화유산에 대해 가지는 특별한 이해관계를 긍정하고, 그러한 문화재를 자국 영역 내에 유보하는 것을 정당한 가치로 인정

19) Paul M. Bator, *An Essay on the International Trade in Art*, 34 Stan. L. Rev. 372-373 (1982).

20) Bruce Zagaris & Jessica Resnick, *The Mexico-U.S. Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Treaty: Another Step Toward the Harmonization of International Law Enforcement*, 14 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 1, 69 (1997).

한다. 문화재는 문화재가 발견된 지역과의 연계를 통해서 그 국가정체성을 현재의 국민들과 연결시켜준다는 것이다. 즉 문화재가 발견된 지역의 특수한 이해관계를 인정하고 따라서 이들이 발견된 지역내에 문화재를 소장시키는 것이 가장 문화재의 가치를 잘 인식시키는 것이라고 한다.[21)]

한편 문화 국제주의(theory of cultural internationalism)는 문화재를 인류공통의 문화적 소산으로 간주해서 특정국의 이해를 초월해야 한다는 입장이다. 문화재에 관한 이익은 모든 국가와 국민에 공통적으로 존재하며 따라서 개별국가의 요구는 인류공통의 이해에 우선되어선 안 된다고 한다. 그러므로 문화재는 일반 공중의 접근이 용이한, 보통은 선진국의 중요도시에 있는 대규모 박물관에 소장함으로써 더 큰 가치를 발휘할 수 있다고 한다.[22)]

1970년 협약은 이러한 국가주의와 국제주의를 동시에 그 목표로 설정하고 있지만 기본적으로는 문화 국가주의적(cultural nationalist) 견해에 치중하고 있다. 특히 前文에는 이러한 견해가 강하게 반영되어 있는데 '자국의 영역내에 존재하는 문화재를 도난이나 도굴 및 불법적인 방출의 위험으로부터 보호하는 것은 모든 국가에 부과된 책임'이라고 표현하고 있다. 이는 1874년 브뤳셀 선언 이래 지배적인 관념으로 뿌리내려온 문화재보호에 관한 국제주의로부터의 일탈을 의미하는 것이다.

이러한 국가주의경향은, 원천국의 문화재 보유 요구는 문화재의 진정한 가치가 그 기원이나 역사, 전통적 배경에 관한 가능한 모든 정보와 관련해서만 제대로 평가될 수 있다는 협약 전문의 선언에서도 잘 나타나있다. 따라서 어떠한 문화재가 그 전통적인 지역에서 이전될 경우에는 그 문화적 가치도 크게 훼손된다는 점을 강조하였다. 나

21) John Henry Merryman, *Two Ways of Thinking About Cultural Property*, 80 Am. J. Int'l L. 831,850 (1986).

22) Laura M. Siegle, *United States v. Schultz: Putting Cultural Property in its Place*, 18 TEMP. INT'L & COMP. L.J. 453, 456 (2004).

아가 무엇이 협약의 적용대상이 되는 문화재인가를 정함에 있어서도 개별국가들이 보호대상 문화재를 지정할 수 있도록 넓은 재량권을 부여하고 있다.

2) 목표달성을 위한 체약국의 의무

협약 제2조는 "*1. 본 협약의 당사국은 문화재의 불법적인 반입과 반출 및 소유권의 양도가 그 문화재 출처국의 문화유산을 고갈시키는 주된 원인의 하나이며, 국제협력은 이로부터 발생하는 여러 위험으로부터 각국의 문화재를 보호하는 가장 효과적인 방법의 하나임을 인정한다. 2. 이를 위하여 당사국은 재량으로, 특히 현행 악습의 중지로 그 원인을 제거하고 또한 필요한 복구를 하도록 협조함으로써, 그러한 악습에 반대할 것을 약속한다*"라고 규정한다.

체약국들이 불법거래에 대항하는 조치를 취함에 있어 상호 협력할 것을 약속함으로써 문화재유출을 효과적으로 방지하려는 데 그 취지가 있다. 다만 '필요한 복구'에 대한 협력이 구체적으로 무엇을 의미하는지, 법적인 효력이 있는지가 불명하다. 가령 자국의 법을 위반해서 반출된 문화재가 상대국에 소재하고 있는 것이 밝혀진 경우 그 반환청구를 법적으로 인정한다는 것인지 의문이다. 다음에서 보는 바와 같이 1995년 협약은 이 점을 보다 법적으로 확실히 하기 위해 체결된 것으로서 본 협약을 보완하는 협약이다.

(2) 협약의 적용 대상

1) 문화재(cultural property)

① 문화재의 분류 방식

지적재산과 마찬가지로 문화재는 명확하게 정의내리기가 어렵다. 일반적으로 문화재란 "특정 문화의 표현으로서 그 독특함 때문에, 그 예

술적인 우수성 때문에 또는 특정문화에 대한 고유한 특성 때문에 가치를 가지는 다양한 예술작품"을 의미한다. 불법거래의 방지라는 맥락에서 볼 때, 문화재는 고유한 문화유산의 보존이나 이해에 긴요한 것으로서 법에 의해 수출이 통제되는 것을 의미한다.

문화재는 다음과 같은 세 가지 방식에 의해 정의되고 분류된다. 국가에 따라서는 세 가지 방식을 결합한 시스템을 운영하기도 하지만 대부분 국가들은 그 보호대상 문화재 목록과 인벤토리를 이 3가지 방식 중 어느 한 가지에 근거하고 있다.

첫째, 범주 방식(categorization method)이다. 이는 무엇이 보호대상인가에 대한 일반적인 기술방식을 채택하는데, 예를 들면 문화재를 "선사, 역사, 철학, 예술, 고고학적 가치를 가지는 모든 물건으로써 그 국가의 사적, 공적 영역의 재산이라는 토양에 존재하는 것"이라는 식으로 정의한다. 이는 문화재에 포함되는 것과 포함되지 않는 것을 넓게 정하는 방식이다.

둘째, 열거방식(enumeration method)이다. 이 방식은 보호대상 목록을 "동산, 조각물, 종교적 마스크, 악기 등등으로써 특정 일자 이전에 제작된 것"이라는 식을 정의한다.[23] 이 방식은 영어 사용지역의 입법에서 흔히 사용된다.[24]

셋째, 유형별 등록방식(classification method)이다. 이는 특정 전문가에 의해서 보호대상 문화재로 지정하거나 등록하는 행정 결정이 있을 때, 비로소 보호대상 문화재로 하는 방식이다. 일단 그러한 결정이 있으면 수출 금지를 포함해서 전체적인 보호조치가 취해지며 주로 불어권 지역에서 채택하고 있다. 중요 공공 또는 사유 문화재의 목록을 보유하고 이를 유지하는 것은 classification system에 기초한 문화재 보

23) *1956 UNESCO Recommendation On International Priciples Applicable To Archaeological Excavations* Art.3

24) L.V.Prott and P.J. O'Keefe, *National Legal Control of Illicit Traffic in Cultural Property*, UNESCO 1983, 6.

호법을 가지고 있는 국가들에 있어서는 큰 문제가 없지만, 그렇지 않은 국가에 있어서는 어려운 일이 된다.

1970년 협약은 문화재의 정의에 있어서 위에서 본 범주방식과 열거방식을 결합하고 있다. 즉 협약 제1조는 문화재(cultural property)의 정의에 관해서 첫째, 문화재는 고고학, 선사학, 역사학, 문학, 예술 또는 과학적으로 중요함으로써 종교적 또는 세속적 근거에 의해서 각국에 의하여 특별히 지정된 재산으로 규정하는 한편, 둘째로는 문화재로서의 가치를 가지기 위해 구비해야 할 요소를 여러 범주로 정하고 있다. 또한 제4조에 의해 문화재정의를 보충하고 있다.

② 협약 제1조의 문화재

협약 제1조는 "*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: (a) 진귀한 수집품과 동물군, 식물군, 광물군, 해부체의 표본 및 고생물학적으로 중요한 물체; (b) 과학, 기술 및 군사의 역사와 사회사를 포함하여 역사와 관련되고 민족적 지도자, 사상가, 과학자 및 예술가의 생애와 관련되며, 국가적으로 중대한 사건과 관련된 재산; (c) (정규적 또는 비밀리의) 고고학적 발굴 또는 고고학적 발견의 산물; (d) 해체된 예술적 또는 역사적 기념물 또는 고고학적 유적의 일부분; (e) 비문, 화폐, 판각된 인장같은 것으로 백년이상의 골동품; (f) 인종학적으로 중요한 물건; (g) 미술적으로 중요한 재산으로 다음과 같은 것: (i) 어떤 보조물의 사용 또한 어떤 재료를 불문하고 전적으로 손으로 제작된 회화, 유화 및 도화 (손으로 장식한 공업용 의장과 공산품은 제외); (ii) 재료 여하를 불문한 조상 및 조각물의 원작; (iii) 목판화, 동판화, 석판화의 원작; (iv) 재료 여하를 불문한 미술적인 조립품 및 몽타아지의 원작; (h) 단일 또는 집합체를 불문하고*

(역사적, 예술적, 과학적 및 문학적 등으로) 특별히 중요한 진귀한 고판본, 필사본과 고서적, 고문서 및 고출판물; (i) 단일 또는 집합체를 불문하고 우표, 수입인지 또는 유사 인지물; (j) 녹음, 사진, 영화로 된 기록물을 포함한 고문서; (k) 백 년 이상된 가구와 오래된 악기'로 규정하고 있다.

협약은 문화재의 개념에 건물이나 기념물 미술작품 뿐 아니라 광물이나 고고학 인종학적 작품 장식예술, 필사본 책 나아가서 소리나 사진 영화 까지도 포괄함으로써 문화재란 모든 시대를 통해서 보호받아야 한다는 인식을 확립하였다. 협약은 적용 대상 문화재의 카테고리를 추상적으로 정하고 있지만 구체적으로 어떠한 것이 포함되어야 할 것인가에 대해서는 각국의 특별지정에 맡겨두었다. 즉 본조에서 '각국에 의해 특별히 지정'(specifically designated) 되었다는 문언은 개별국가들로 하여금 무엇이 보호되어야 할 문화재인가를 결정할 수 있는 광범위한 재량을 부여한 것이다.

이러한 범주의 문화재중 각 체약국 정부가 자국의 국내법에 의해 보호대상 문화재로 지정된 품목을 협약의 적용대상 문화재로 본다. 따라서 협약의 당사국들은 수출이 통제되어야 할 문화재의 최신목록들을 만들고 유지해야 할 권한과 의무가 있다.

③ 협약 제4조의 문화재

적용대상 문화재를 각국 법에 의한 특별지정에 맡겨두는 경우 보호가치가 있는 문화재 중에는 이러한 리스트에 포함되지 않을 수도 있고 또 어떤 문화재는 두 나라 이상의 문화유산에 속할 수도 있다. 이와 같이 문화재목록에 포함되지 않은 문화재를 협약의 보호대상으로 하기 위해 제1조에 추가하여 제4조에서 문화재의 범주를 정하고 있다.

즉 협약 제4조는 "*본 협약의 당사국은 다음 범주에 속하는 재산이 본 협약의 목적을 위하여 각국의 문화적 유산으로 구성됨을 인정한*

다: (a) 관계국가 국민의 각 개인 또는 집단에 의하여 창조된 문화재, 또한 관계국 영역내에 거주하는 외국인 또는 무국적인에 의하여 그 국가의 영역내에서 창조된 관계국에 중요한 문화재; (b) 국가 영역내에서 발견된 문화재; (c) 출처국 주무관청의 동의하에 고고학, 인종학 또는 자연과학 사절단에 의하여 획득된 문화재; (d) 자유로이 합의된 교환의 대상이 되어온 문화재; (e) 출처국 주무관청 동의하에 선물로서 증여 받거나 합법적으로 구입한 문화재'라고 규정한다.

이와 같은 문화재 정의는 문화재 개념의 국제적 조화를 목표로 하고 있지만 그 구체적인 지정을 각국의 판단에 맡겨 둔 결과, 높은 정도에서의 합치는 기대되지 않는다. 왜냐하면 국가마다 자신의 문화적 다양성을 반영할 문화재로서 어떠한 것을 중시하느냐는 큰 차이가 있기 때문이다. 가령 아프리카나 태평양 국가들은 자연적 조형물이나 종교적 목적에 사용되는 물품들을 문화재로 보는 경향이 있는가 하면, 지중해 연안 국가들은 골동품에 대해서, 유럽 국가들은 미술품에 대해서 각각 특별한 관심을 가지고 있다. 따라서 이러한 경향이 반영되면 보호대상 문화재리스트에 등록될 문화재에 대한 강조점이 서로 다르다. 이와 같이 협약이 통일적인 문화재의 범주를 정하지 못하는 것은 문화재보호에 있어서 국제적인 협력에 장애요인이 될 우려가 있다.

④ 협약 제7조(b)의 문화재

협약 제7조(b)는 "*(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; (ii) 출처 당사국의 요청에 따라 본 협약이 양 관계당사국에서 발효된 후 반입된 상기 문화재의 회수 및 반환에 관한 적절한 조치를 취한다*"라고 규정한다. 이는 불법 문화재로서 반입이 금지되고 또 반환의 대상이 되는 문화재는 개념적

으로 정해진 문화재 중에서 박물관 등에서 소장품목으로 그 기록이 있는 것만으로 한정됨을 의미한다. 따라서 아직 미발굴되었거나 그 소재가 분명하지 않았지만 출처국으로부터 불법적으로 반출된 것이 확실한 문화재 반환에 대해서는 이 협약은 적용되지 않는다는 한계를 가지고 있다.

2) 불법거래(illicit traffic)

협약 제3조는 "*본 협약의 당사국이 본 협약의 규정에 따라 채택한 규정에 위반하여 문화재를 반입, 반출 또는 소유권을 양도함은 불법이다*"라고 규정하고 있다.[25] 이 규정은 협약의 또 다른 중요한 개념인 '불법(illicit)'을 개별국가의 국내법을 통해서만 그 의미를 가지게 하려는 취지에서 채택된 조항이다. 따라서 체약국이 문화재보호를 위해서 제정한 법을 위반해서 문화재를 이전시킴은 불법이고, 협약에 의해서 금지된다.

협약 제3조의 의미는 협약 제6조와의 관련하에서 이해될 수 있다. 즉 제6조는 수출증명서를 구비하지 않은 문화재의 수출을 금지함으로써 제3조의 의미를 제한하고 있다. 제6조는 각 체약국들로 하여금 수출 아이템이 합법적으로 허가를 받았다는 사실을 명시한 수출증명서 제도(certification system)를 채택함으로써 문화재에 대한 적절한 통제를 요구한다. 이와 같이 제6조와 제3조의 수출제한을 함께 고려하면 원산지로부터 수출허가를 받지 않은 문화재를 수입하는 것은 불법이다. 따라서 비록 합법적으로 수입되었다 하더라도 수출국 법에 근거하지 않은 물품은 불법으로 간주된다.[26]

---

25) Art.3 The import, export or transfer of ownership of cultural property effected contrary to the provisions adopted under this Convention by the States Parties thereto, shall be illicit. 문화재청의 공식 번역본은 제3조를 "본 협약의 당사국이 본 협약상의 규정에 위반하여 문화재를 반입, 반출 또는 소유권을 양도함은 불법이다"라고 번역하고 있는데 이는 명백한 오역이다.

26) Kifle Jote, *International Legal Protection of Cultural Heritage 207(1994); Patrick J.*

(3) 체약국의 의무

1) 문화재보호기관의 설립 - 제5조

① 협약의 규정

협약 제5조는 "*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 영역안에 하나 또는 그 이상의 국가기관을 설립할 것을 약속한다: (a) 문화유산의 보호 특히 중요 문화재의 불법적인 반입과 반출 및 소유권 양도의 방지를 확고히 하기 위한 법, 규칙의 작성에 기여하고; (b) 보호되어야 할 재산의 국가적인 조사를 기초로 하여 그 반출이 국가문화유산을 상당히 고갈시킬 정도로 중요한 공공 및 개인의 문화재의 목록을 작성, 최신으로 유지하고; (c) 문화재의 보존과 일반 공개를 보장하기 위하여 필요한 과학 및 기술연구기관(박물관, 도서관, 기록보관소, 실험실, 작업장 등)의 발전 또는 설립을 증진하고; (d) 고고학적 발굴의 감독을 조직화하고, 특정 문화재를 '본래의' 장소에 보존함을 보장하고, 장래의 고고학적 탐사를 위하여 지정된 특정 구역을 보호하고; (e) (박물관 관리자, 수집가, 골동품 취급자 등) 관계자의 이익을 위하여 본 협약에 규정된 윤리원칙에 따라 규칙을 제정하고, 이 규칙의 준수를 확고히 하기 위한 조치를 취하고; (f) 모든 국가의 문화유산에 대한 존중심을 고취하고 증진하기 위한 교육적 조치를 취하고, 본 협약 규정의 지식을 전파하고; (g) 문화재의 어떠한 품목이든 그 상실에 대하여 적절한 홍보조치가 취하여지도록 한다*"고 규정하고 있다.

O'Keefe, Commentary on the UNESCO 1970 Convention on Illicit Traffic 43(2000).

체약국이 설립을 약속하는 문화재보호기관은 문화재의 불법반출입 규제를 포함하는 문화재보호법령의 제정, 문화재등록과 기록의 보존, 문화재보존기관의 지원, 문화재관련기관에 종사하는 자들의 윤리강령 제정과 그 이행감독, 문화재 관련교육과 홍보를 관장할 수 있는 능력을 구비해야 한다.

② 국제박물관협회의 윤리강령

ⅰ) 취 지

협약의 가장 중요한 목표중의 하나는 문화재 거래에 종사하는 당사자들의 태도변화를 유도하는데 있다. 직접 문화재를 거래하고 수집하는 사람들의 윤리의식이 고양되지 않고서는 불법거래를 차단시킬 수 없기 때문이다. 협약은 이들에게 무엇이 국제사회에서 허용되고 금지되는가를 보다 명확하게 인식하게 한다. 이에 따라 선진국에 소재하는 많은 박물관들이 문화재 취득에 관한 윤리강령을 개발하거나 채택하고 있는데 이들 헌장은 국제박물관협회(International Council of Museums: ICOM)에서 1986년 채택한 직업윤리강령(Code of Ethics for Museum)에 기초를 두고 있다.[27]

ⅱ) 소장품의 수집정책

동 윤리강령은 박물관의 소장품 수집정책과 관련해서 “대중이나 개인 소장을 위한 유물의 불법적인 거래는 역사적 유적지나 소수 민족문화를 파괴하고 절도 행위를 조장하며, 자연의 식물상과 동물상을 해침으로써 국가 문화재나 국제적인 문화유산의 보존을 위태롭게 한다. 박물관은 상업성을 목적으로 하는 파괴적인 유물의 취득과 그에 따른 거래시장과의 관계를 인식해야 한다. 또한 직접적이든 간접적이

27) 국제박물관협회의 전문직 윤리강령은 1986년 11월 4일 아르헨티나 부에노스 아이레스에서 열렸던 제15차 ICOM 정기총회에서 만장일치로 채택되었다. 이 윤리강령은 전문 직원의 윤리에 대한 일반적 규정을 마련한 것으로서, 박물관 전문 직원에게 요구되는 최소한의 규정으로 간주된다.

든 간에, 암거래 시장을 지원하는 모든 행위가 대단히 비윤리적인 행위임을 인지해야 한다"라고 선언하고 있다.[28]

iii) 불법문화재의 반환 및 배상

또 문화유산의 반환 및 배상과 관련해서 "만약 박물관이 문화재 불법 반입·반출 및 소유권 양도 금지와 예방에 관한 유네스코의 협약 원칙을 위반해서 수출입하였거나 또는 다른 방법으로 이전된 것을 증명할 수 있는 물건을 소유할 경우, 그리고 원산지 국가가 그것의 반환을 요구하면서 그 나라 문화유산의 일부라는 사실을 증명할 경우, 박물관은 법적으로 가능하다면 그 유물을 원소유국으로 반환하는 데 협조해야 한다. 원소유국으로부터 문화재의 반환에 대한 요구가 발생하였을 경우에 박물관은 (정부나 정치적인 차원의 행위에 우선해서) 과학적이며 전문적인 원칙의 바탕 위에서 개방적인 태도로 대화할 준비를 해야 한다. 박물관과 박물관 자원을 개발하는 데 있어서 그들의 문화유산의 상당부분을 상실했다고 생각되는 나라의 박물관을 돕기 위한 적절한 상호협동 내지 다자간의 협동 방안을 진전시킬 수 있는 가능성을 모색해야 한다. 박물관은 또한 전시문화재보호에 관한 1954년 헤이그협약의 약정을 전적으로 준수해야 하며, 이 협약을 지지해서 피점령 지역으로부터 문화재를 구매하거나 다른 방법으로 권유하거나 취득하지 않는다. 대부분의 경우, 이러한 문화재는 불법으로 유출되었거나 이동된 것이기 때문이다"라고 규정하고 있다.[29]

③ 문화재거래상의 윤리강령

i) 경 과

1970년 협약이 채택된 후 유네스코는 1978년 「불법소유문화재 반환 촉진을 위한 정부간위원회」(UNESCO intergovernmental Committee for

28) ICOM Code of Ethics Art.3.1.
29) ICOM Code of Ethics Art.4.4.

Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation)를 설립하였다. 동 위원회는 1987년 개최된 제5차 회기에서 문화재거래상에 적용될 윤리강령의 제정을 요청하였고 1994년 유네스코는 타당성조사 레포트를 제출하였다. 이 보고서에 기해 1999년 1월 정부간위원회의 제10회기에서 「문화재 거래상을 위한 국제윤리강령」(International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property)이 채택되었다. 이 강령의 내용은 다음과 같다.

ii) 전문(前文)

문화재 무역업자(매매업자)들은 전통적으로 문화를 널리 보급하고 박물관이나 개인수집가들에게 외국의 문화재를 보급하여 교육 목적 및 일반인들의 문화적 감응을 일으키는데 큰 역할을 하고 있다는 사실을 잘 인식하고 있다. 또한 도난 되었거나, 불법 양도, 도굴, 그리고 불법으로 유입된 문화재에 대해 전 세계적으로 관심이 되고 있다는 사실을 인식하고 있으며, 문화재를 거래함에 있어 아래와 같은 원칙(윤리강령의 각 조문)을 수용하여 불법 거래된 문화재와 합법적으로 거래된 것을 가려내고, 불법거래 문화재는 영업활동에서 제외시킬 것이다.

iii) 주요내용

첫째, 문화재 전문 매매업자들은 문화재가 도난, 불법 양도, 도굴, 또는 불법 수출되었다고 인정할만한 충분한 근거가 있을 때, 해당 문화재를 수출, 수입하거나 소유권을 양도할 수 없다.[30] 둘째, 판매상의 대리인으로 활동하는 거래업자에게는 매매대상 문화재에 대한 소유권이 인정되지 않으므로 구매자에게 판매상의 이름과 주소를 알려야 한다. 직접 거래하는 판매자는 물건의 소유권이 있음이 인정된다.[31] 셋째, 문화재 무역업자는 그 물건이 도굴되었거나, 혹은 공식적으로 발

30) International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property Art.1.
31) International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property Art.2.

굴된 유물일지라도 불법으로 탈취된 것이라고 믿을만한 충분한 근거가 있을 경우에는 더 이상 거래되지 않도록 해야 한다. 단, 발굴된 유적이 소재한 나라의 동의를 얻었을 경우에는 예외이다. 그러한 물건을 소유하고 있는 무역업자는 그 나라에서 일정기간 내에 돌려받기를 원할 경우, 본래 소유국에 돌려질 수 있도록 합법적인 절차 이행에 협조하여야 한다.[32]

넷째, 문화재 무역업자는 문화재가 불법적으로 거래되었다는 충분한 근거가 있을 경우에는 당해 문화재가 더 이상 거래되지 않도록 해야 한다. 단, 수출국의 동의가 있을 경우는 예외이다. 당해 문화재를 소유하고 있는 무역업자는 수출국에서 일정기간 내에 돌려받으려고 할 경우, 모든 가능한 수단을 동원하여 수출국의 회수 노력에 협조하여야 한다.[33] *다섯째, 문화재 무역업자는 문화재의 불법거래, 수출을 조장할 목적으로 문화재를 소유하거나, 전시, 평가, 감정 등을 하여서는 안 된다. 무역업자는 판매상 또는 어느 누구에게도 위와 같은 행위를 할 수 있도록 물건을 제공해서도 안 된다.*[34] *여섯째, 문화재 매매업자는 한 문화재를 부분으로 나누어 판매하거나 해체하지 않는다.*[35] *일곱째, 문화재 무역업자는 본래 총체적 개념으로서의 문화유산내에 들어 있는 문화재들이 원래 형태대로 유지될 수 있도록 최선을 다 한다.*[36] *여덟째, 이 윤리 강령을 위반할 경우에는 관련기관에 의해서 면밀히 조사될 것이다. 무역업자가 이 윤리 강령의 원칙을 지키지 않음으로써 피해를 받은 사람은 조사기관에 고소(고발)할 수 있다. 고발 결과 및 원칙은 공개될 것이다.*[37]

32) International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property Art.3.
33) International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property Art.4.
34) International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property Art.5.
35) International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property Art.6.
36) International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property Art.7.
37) International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property Art.8.

2) 문화재의 반출통제 - 제6조

① 협약의 내용

협약 제6조는 "*본 협약의 당사국은 다음 사항을 약속한다: (a) 문제된 문화재의 반출이 인가되었음을 반출 국가가 명기한 적절한 증명서를 도입한다. 그 증명서는 규정에 따라 반출되는 문화재의 모든 품목을 포함하여야 한다; (b) 전기 반출증명서에 포함되지 않는 한 그들의 영역으로부터 문화재의 반출을 금지한다; (c) 이러한 금지를 적절한 방법으로 특히 문화재를 반출 또는 반입할 가능성이 있는 사람들에게 주지시킨다*"라고 규정하고 있다.

문화재의 국제적인 불법적 거래를 차단시키기 위해서는 당해 문화재에 대한 반출을 증명할 수 있는 증명서가 구비되어야 한다. 이러한 점을 감안해서 협약은 프랑스・영국・이탈리아 등에서 이미 시행중에 있는 반출증명서제도를 협약상의 의무사항에 포함시킨 것이다.[38] 그리고 반출증명서가 각국마다 구구할 경우에는 효율적인 집행이 보장되기 않기 때문에 유네스코는 국제관세기구(CCC)와의 협력하에 문화재 모범반출증명서(Model Export Certificate for Cultural Objects)를 채택하였다.[39]

② 문화재 모범반출 증명서(Model Export Certificate for Cultural Objects)

ⅰ) 복본(copy)

모범증명서는 5통의 복본으로 구성되는데 대상 문화재에 대해서 변경이나 삭제 또는 중복기재 됨이 없이 제출되어야 한다. 증명서는 기계 또는 전자타이프라이터에 의해서 작성되는 것이 바람직하다. 증명서의 각 항목(heading)부분은 항목 2, 12, 18번을 제외하고는 빠짐없이 기재되

38) 김형만,『문화재반환과 국제법』, 삼우사, 2001, 259.
39) 유네스코가 제정한 「문화재 모범반출 증명서」(Model Export Certificate for Cultural Objects)는 유네스코 홈페이지(CLT-2005/WS/5) 참조.

어야 하며 2번, 12번, 18번은 해당사항이 없을 경우에는 기재를 생략할 수 있으며 이 부문은 첨가가 되지 않도록 사선으로 그어야 한다.

복본들은 각각의 번호와 기능이 왼쪽 면에 기재되어야 한다. 그 순서는 다음과 같다. **복본1)**은 발행당국이 보관하며, **복본2)**는 세관당국에 제시되는 사본으로서 수출신청자가 보관하고 **복본3)**은 세관수출국 사무소에 제시하며 세관당국의 확인을 받은 후 발행당국에 반환되거나 수출신청자가 보관하고, **복본4)**는 세관수출국 사무소에 제시하는 사본중 세관수출국 사무소가 보관하고, **복본5)**는 세관수출사무국에 제출되어 세관당국의 확인을 받은 후 문화재에 수반해서 수입국 세관에 적법한 수출의 입증자료로 제출되어야 한다.

ii) 항목(Heading)

모범증명서는 총 19개 항목의 항목으로 구성되는데 각 항목에 기재될 내용은 다음과 같다. **항목1)** 수출신청자: 성명과 주소를 기재한다. 단 수출면허를 신청하는 당사자[40]는 반드시 문화재의 소유자임을 요하지는 않는다. **항목2)** 수출신청자의 대표자: 법적 또는 수권을 받은 대표자의 성명과 주소를 기재한다.[41] **항목3)** 발행당국: 기관명과 수출면허를 발급할 권한을 가진 자의 성명과 주소를 기재한다. **항목4)** 수출면허: 면허번호, 기관, 수출허가의 날짜와 목적지를 기재한다 **항목5)** 최초 수하인(후속 수하인을 알 경우에는 후속수하인 포함): 문화재 수하인의 성명과 주소를 기재한다, **항목6)** 수출의 유형: 일시적인 수출일 경우에는 회수를 위한 시간을 함께 표기한다. **항목7)** 문화재 소유자 주소.

항목8) 문화재의 사진: 사진[42]은 서류에 풀로 부착하며 발행당국은 이 사진에 사인을 하거나 스탬프를 해서 그 유효성을 표시해야 한다. 발행당국은 다른 각도에서 찍은 기타 사진들도 요청해야 한다. **항목9)**

40) 박물관, 예술품 딜러, 갤러리 등.
41) 예를 들면 운송인, 운송주선인, 기타 대리인등의 기재.
42) 칼라로 최소 9x12센티미터 이상.

문화재의 무게와 규격: 미터와 센티미터를 사용해서 높이, 넓이, 깊이, 지름 등을 기재해야 한다. 문화재의 순중량은 킬로그램, 그램으로 표시해야 한다. **항목10)** 인벤토리 번호 기타 표지: 원 콜렉션 내에서 문화재의 인벤토리 번호를 기재한다. 만일 그러한 인벤토리가 존재하지 않는 경우에는 카테고리 등급 또는 다른 기존의 특별한 넘버를 기재함으로써 증명서 발행당시에 목적물을 특정한다것.

항목11) 문화재에 대한 기술: 번호에 의한 표지와는 따로 문화재에 대한 기술을 다음과 같이 하여야 한다. a. 문화재의 정확한 성질(회화, 동상 등) b. 작가 또는 공동작가의 성명. 만일 작가가 알려지지 않을 경우에는 작가미상임을 나타내야 한다. 그리고 작가의 사인이나 이니셜이 있을 경우에는 이를 특정하고, 어느 부분에 존재하는지도 표기해야 한다. c. 작품의 정확한 제목 또는 제목이 없을 경우에는 그것이 표현하는 주제를 기재해야 한다. 작품명(Title)은 작품명은 문화재 당국의 인벤토리에 수록된 공식적인 것이어야 하며 작가의 원래 언어로 표기되어야 하며 만일 그러한 언어가 없을 경우에는 카다로그에 사용된 언어, 서식에 사용된 언어이어야 한다.[43] 주제(Subject matter)는 가령 “회화”로 표기해야 한다. d. 과학적 이름[44], e. 지리적 출처 f. 연대 g. 기타 작품의 동일성을 확인함에 있어서 유용한 정보, 가령 복구작업이 진행될 경우라든가 작품의 일부분이나 또는 중요한 요소가 상실되거나 훼손이 있는 경우에는 그러한 상태를 기재해야 한다.

항목12) 콜렉션 내에서 문화재의 번호: 수출대상 문화재가 전체 콜렉션의 한 부분을 이루는 동질품의 전체로 될 경우에는 그 콜렉션에서 다른 문화재의 수를 기재해야 한다. **항목13)** 대상문화재가 복사본일 경우에는 복사본 저자의 표기: 복사본이 어떤 작가의 작품으로 간주될 경우에는 “attribute to”라는 용어를 사용한다. 즉 작가의 이름을

43) 가령 노르웨이 오슬로 박물관으로부터 온 뭉크(Munch)의 그림의 경우, 원래 언어로는 ‘SKRIK’ 영어로는 ‘SCREAM’으로 표기함.
44) 자연과학 콜렉션의 경우 중요함.

기재한 다음 그 작품이 작가의 생존기간 동안에 제작되었고 그 작가의 작품이라고 믿을 만한 이유를 기재한다. 만일 작가가 알려지지 않을 경우에는 스튜디오·학교·스타일·기간 등을 표시한다.[45] 그리고 인쇄물에 대해서는 편집자의 이름을 기재한다. "studio"는 작가의 이름 앞이나 또는 뒤에 그 작품이 작가의 스튜디오나 지도하에 제작되었다는 사실을 표시하기 위한 기재이고, "school"은 작가가 그 학파의 매스터임을 표시한다. 이 용어는 작가의 생존 또는 그의 사후 50년 기간내에 제작된 작품에 대해서만 적용한다. **항목14)** 재료와 기술: 유화·먹·공예·드로잉 등과 같이 표기한다. **항목15)** 수출국에서의 문화재의 가격: 정확한 가격을 표시해야 하며 만일 그러한 가격이 없을 경우에는 그 나라의 통화로써 합리적인 기준에 근거한 추정가격을 표시한다. **항목16)** 법적 지위와 사용: 수출대상 문화재가 매매, 임차, 교환 또는 전시를 위한 반출인지를 명시해야 한다.

항목17) 부속서류 **항목18)** 첨부 페이지를 각각 기재한다, **항목19)** 사본1: 수출신청자를 기재한다. 사본2,3,4,5: 세관수출사무소에 의한 확인사항을 기재한다.

3) 문화재의 반입통제와 반환

① 협약의 규정

협약 제7조는 "*본 협약의 당사국은 다음 사항을 약속한다: (a) 본 협약이 관계국가에서 발효된 이후에 그 국가 영역내의 박물관 및 그 유사 기관이 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 통고한*

45) 가령 'Velasquez studio', 'Venetian school', '루이 15세', '빅토리아 스타일' 또는 '명왕조 기간' 등.

다; (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. (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 의거하여 반환되는 문화재에 관세나 기타 부과금을 과하여서는 아니된다. 문화재의 반환 및 인도에 부수되는 모든 비용은 요청 당사국이 부담하여야 한다'고 규정하고 있다.

② 대상 박물관 - 제7조(a)

협약의 가장 중심되는 조항으로서 제6조의 반출통제와 함께 불법문화재 유입을 차단하려는 취지이다. 제7조에 의해 체약국들은 자국 박물관 등으로 하여금 다른 체약국에서 출토되어서 불법적으로 반출된 문화재의 취득을 방지할 의무를 부담하게 된다. 다만 그 대상이 되는 박물관은 정부통제 하에 소장물품을 취득하는 이른바 국영 박물관만으로 한정된다. 이렇게 제한적으로 해석되는 근거는 '국내 입법에 따른(consistent with national legislation)'이라는 문언 때문으로 미국의 요청에 의해서 삽입된 규정이다.[46] 그러므로 국가 기관이 아닌 박물관에 의한 문화재 취득은 협약의 규율 대상이 아니며 위에서 본 윤리강령을 준수하는 정도의 도덕적 제한만 받는다.[47]

46) Patrick J. O'Keefe, *Commentary on the UNESCO 1970 Convention on Illicit Traffic* 58 (2000).

47) Paul M. Bator, *An Essay on the International Trade in Art*, 34Stan. L. Rev. 275, 371 (1982).

③ 문화재 반환 - 제7조(b)

협약 제7조(b)는 2항으로 구성되어 있는데 (i)은 박물관이나 기타 다른 공공기관으로부터 도난당한 문화재의 반입을 금지하고, (ii)는 그러한 문화재의 회수와 반환을 위한 적절한 조치를 취할 것을 요구한다. 따라서 제7조(b)가 적용되기 위해서는 문화재는 첫째, 이 협약이 발효된 이후에 도난되었고 둘째, 박물관 기타 기관으로부터 이전되었고, 그러한 기관의 소장목록에 속한다는 증빙문서가 있어야 한다. 따라서 이러한 공공기관이 아닌 곳으로부터 도난된 문화재는 합법적으로 수입할 수 있다.[48] 이미 많은 국가들은 문화재 반환절차에 관한 규정을 가지고 있기 때문에 제7조(b)는 간소화된 절차가 새롭게 마련되고, 시효의 진행으로 그 청구가 차단될 민사청구가 허용되며[49], 선의취득자에 대한 보상원칙을 정하였다는 점에서 의미가 있다. 다만 구체적인 보상요건이나 반환절차에 관한 내용은 여전히 미흡하다고 하겠다.

4) 국제적 협력에의 참여 - 제9조

협약 제9조는 "*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 특정물품의 반출이나 반입 및 국제교역의 통제를 포함하는 필요한 구체적인 조치를 결정하고 수행하기 위한 합의된 국제적 노력에 참가할 것을 약속한다. 합의에 이르기까지 각 관계당사국은 요청국의 문화적인 유산에 대한 회복할 수 없는 손상을 방지하기 위하여 실행 가능한 한도의 잠정적인 조치를 취해야 한다*"라고 규정한다.

48) Abramson & Huttler, 961.
49) O'Keefe, 61.

제9조의 목적은 한 국가의 문화유산이 위험에 처했을 때 이에 대응하기 위한 다국적인 협력을 촉구하는 것이다.[50] 다만 이 규정은 고고학적(archaeological) 또는 인종학적(ethnological)인 문화재에 대해서만 적용된다. 제9조는 체약국들에게 직접적으로 어떠한 수입제한조치를 취할 의무를 부과하고 있지는 않고 협상의 과정에 따라 각 사안별로 필요한 수입통제조치를 적용하도록 하고 있다. 그리고 "구체적인 조치"(concrete measures)에 대해서는 그 유형을 한정하지 않고 있으므로 다자적, 양자적 협상 등을 포함하는 조치가 이에 해당한다.[51] 그러나 본조에서 말하는 "국제적인 협력에 참가할 의무(participate in a concerted international effort)"는 이를 엄격하게 해석하면, 국제사회에서는 다른 국가들의 협력이 없는 한 어떠한 조치를 취할 필요가 없다는 것을 의미한다.[52]

5) 추가적 조치에 대한 기대

협약은 문화재의 불법거래에 대항하는 충분한 조치를 다 포괄하고 있지 않음을 인정한다. 개별 국가의 이해관계도 다양하고 국제협력이 필요하기 때문에 문화재보호는 각 체약국에 의해 채택될 보완적 조치를 통해서 진전될 수 있다.[53] 협약에서 이러한 가능성을 정하고 있는 조항으로는 문화유산의 보호를 위한 국가시설의 설립(제5조), 보호대상문화재의 국가목록 작성(제5조b), 반출증명서(제6조a), 문화재보호를 증진하기 위한 교육(제10조b), 문화재의 불법반출입을 촉진시킬 소유권이전의 금지(제13조a), 문화재보호예산의 확보(제14조) 등이다.

---

50) Bator, 379.
51) Abramson & Huttler, 962; Gordon, 552-553.
52) Bator, 340.
53) Harrie Leyten, *Illicit Traffic and the Collections of Western Museums of Ethnography, in Illicit Traffic in Cultural Property: Museums Against Pillage* 14,18-19 (Harrie Leyten ed., 1995).

특히 협약의 前文은 "*문화유산의 보호는 긴밀히 협력하는 국가간에 국내적으로 뿐만 아니라 국제적으로 조직화됨으로써만 효과적일 수 있음을 고려하고*"라고 정하여 이러한 필요성을 선언하고 있다. 또 제2조는 "*당사국은 재량으로, 특히 현행 악습의 중지로 그 원인을 제거하고 또한 필요한 복구를 하도록 협조함으로써 그러한 악습에 반대할 것*"을 약속하고 있다. 제9조는 고고학적, 인종학적 물품들이 위험에 처했을 경우 취해야 할 조치에 대한 국제적 협력을 요구하고 있다.

이러한 양자간, 다자간 협력은 협약 제15조에 의해서 강조되고 있는데 동조는 "*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*"라고 하여 본 협약 체결전에 이미 불법으로 반출된 문화재의 반환에 관해서는 관련당사자간, 또는 국제적인 별도의 협상을 통해 해결할 가능성을 열어 놓았다. 이러한 다자간 협상을 위해 유네스코는 1978년 「불법소유문화재 반환 촉진을 위한 정부간위원회」를 설립하였음은 앞에서 설명한바 있다.

3. 협약의 이행

(1) 국가적 차원에서의 이행

1) 문화재 보호 법제

① 내 용

협약에 포함된 원칙과 규칙들을 체약국에 적용하기 위해서는 이러한 규정이 체약국 국내법의 한 부분으로 수용되어야 한다. 그런데 문화재 불법거래의 표적이 되고 있는 많은 개도국들은 자국의 문화유산

을 보호할 적절한 법제를 가지고 있지 못한 경우가 많다.[54] 이리하여 협약은 체약국들로 하여금 i) 국내 입법 조치를 하고, ii) 문화재의 목록과 국가적 등록 체계 확립, iii) 박물관, 도서관, 미술관 등과 같은 보존 기구의 개발 및 촉진, iv) 문화재 보호, 서비스의 확립, v) 고분 발굴의 감시와 불법 발굴의 금지, vi) 큐레이터 수집과 고 미술상들을 위한 윤리 헌장 채택, vii) 문화재의 존중과 촉진을 위한 교육체계의 채택, viii) 문화재의 유실에 공표, ix) 모든 수출 문화재가 구비해야 할 수출 면허제도 확립, 그러한 면허가 없는 수출의 금지 - 특히 문화재의 수출입을 담당하는 사람들 간에 대한 금지 조치의 대한 공고를 국내법에 반영하도록 요구한다.

② 집행력의 확보

각국의 입법들은 충분한 집행력이 확보할 수 있어야 한다. 문화재는 그 품목이 다양하고 지역적인 편차도 심하므로 한 나라로부터 다른 나라로 물품이 이전될 때에는 적용되는 법과 집행절차가 서로 다르다. 그러므로 어떠한 수출통제체계가 가장 적합할 것인가는 국경 통제의 효율성이나 방문하는 여행객의 수, 수출되는 문화재의 수량과 다양성에 따라 달라질 것이다. 그리고 이러한 법적 조치들을 효율적으로 집행함에 있어서는 다양한 분야에서 훈련된 문화재 전문가들을 확보해야 할 것이다.

2) 문화재 보호행정체계

체약국은 행정 각 부처의 정책 집행에 있어서 문화재 보호를 우선순위에 두는 관행과 지침들을 마련해야 한다.

54) 지난 수년간 유네스코는 각국의 국내법 제정을 지원하는 사업을 펼쳐왔는데 캄보디아, 에리트리아, 가봉, 라오스, 몰디브, 모로코, 남이비아, 네팔, 나이지리아, 루마니아, 러시아, 남아공 등이 그 대상이다.

① 경찰·관세 행정

세관 통제는 문화재 불법거래에 관련된 법 집행에 있어서 가장 중요한 부분이다. 이와 관련해서 지속적으로 제기되는 문제는, 문화재 불법거래의 방지가 마약거래, 불법이민, 돈세탁과 같은 보다 중대한 범죄에 밀려서 비중 있게 취급되고 있지 못하고 있다는 점이다. 따라서 문화재 불법거래의 중요성을 경찰과 세관공무원들에게 일깨우기 위해서는 특별한 훈련 프로그램들이 마련되어야 한다. 이는 문화재 불법거래를 효율적으로 방지하기 위해서는 경찰, 세관 공무원들이 보호대상 문화재를 식별해 낼 수 있는 상당한 지식을 가지고 있어야 되기 때문이다. 이에 따라 고고학자나 박물관 큐레이터들이 가지고 있는 상세한 정보들이 실제 이 문제를 취급하는 세관과 경찰공무원들에게 제공되어야 한다.[55] 그리고 세관에 고고학자나 문화재 전문가들을 상주시키는 방법도 하나의 대안이 될 수 있다.

② 문화재 보호 예산의 확보

체약국은 문화재 보호에 소요되는 인건비, 장비마련, 훈련 등을 위한 충분한 예산을 확보해야 한다. 그러나 많은 개도국에 있어서는 문화재 예산이 급히 소요될 다른 많은 부문의 후순위로 밀리는 경우가 많다. 그러나 문화재 보호는 결코 사치스러운 것이 아니라 각국의 문화정체성을 보존하고 긴 안목으로 볼 때, 사회적인 발전을 위해서 반드시 필요하다는 점이 강조되어야 할 것이다.

55) 중국에서는 실제로 이러한 훈련을 실시함으로써, 불법적인 수출 방지에 큰 성과를 거두고 있다.

3) 보호 대상 문화재 목록의 작성

① 중요 문화재 목록

협약 제5조에 의하면 체약국은 보호대상 문화재의 국가적인 조사를 기초로 그 반출이 국가 문화유산을 고갈시킬 정도로 중요하다고 생각되는 공공 및 개인의 문화재 목록을 작성하고 이를 최신으로 유지해야 한다. 그 목록은 컬렉션에 포함되어 있는 개개의 문화재에 관한 기초적 관리 정보를 담고 있어야 하는데 여기에는 보호와 보존에 필수적인 상세한 내용들이 포함되어야 한다. 즉 그 목록 카드는 문화재의 이름과 그 소장 장소, 출토지역, 목록 번호, 문화재의 내용, 약력, 재질, 기타 문화재로서의 가치에 대한 정보를 담고 있어야 한다.

협약 제5조는 국가 보호대상 문화재 목록에 등재된 것이 '보호대상 중요 문화재'라는 묵시적 추정을 한다. 이에 따라 국가 문화재 목록에는 모든 문화재를 다 포함시키는 것이 유리하지만 대부분의 개도국들은 아예 이러한 문화재 목록을 가지고 있지 않거나 아주 제한적으로만 가지고 있는 경우가 많다. 앞에서 본대로 문화재의 정의와 분류에 대해서는 범주방식과 열거방식 및 분류등록방식이 있는데, 분류등록방식에 기초한 문화재의 목록을 보유하는 경우에는 문제가 없지만 이러한 시스템을 가지고 있지 않은 국가에 있어서는 문화재 목록을 만들고 유지하는 것이 어려운 일이 된다.

② 인벤토리 카드의 표준화

ⅰ) 인벤토리의 역할

문화재의 인벤토리는 문화재의 사용과 수집, 제작을 위한 정보를 유지하는데 있어서만 아니라 소유권을 확보하고 동일성을 확인하며 그 소재에 대한 기록을 위해서도 중요하다. 그리고 문화재가 도난된 경우 문화재의 소유권자를 확인하기 위한 증거로 사용될 수 있고 또 도

난 문화재의 상태의 관한 정보를 유지하는 데 이용될 수 있다. 나아가 정확하고 풍부한 문화재 목록이 존재하고 유지된다는 것은 문화재의 수집가들과 연구자들뿐 아니라 국민들에게도 문화재에 대한 이해와 관심을 넓혀주는 자료가 될 수 있다.

ii) 국제표준화

현재로는 표준 인벤토리 카드에 대해 국제적으로 수용된 모델은 없다. 그러나 이에 관한 국제적인 협력이 증진되고 있으며, 국제적인 데이터베이스의 확충은 표준화의 필요성을 높이고 있다.

이를 위해 박물관 문서의 국제 통일화를 주도하고 있는 국제박물관협회의 문서위원회(ICOM International Committee for Documentation: CIDOC)는 1995년에는 「박물관 소장품 정보를 위한 국제가이드라인(International Guidelines for Museum Object Information: the CIDOC Information Categories)」을 발간한바 있다. 그리고 ICOM은 이 가이드라인에 근거해서 1996년에는 「아프리카 콜렉션의 문서표준서(Handbook of Standards-Documenting African Collections)」를 발간한바 있다. 이 책자는 아프리카 박물관들의 소장목록 업데이트를 지원하기 위해 발간되었지만 아시아와 라틴아메리카의 개도국들을 위한 유사한 작업을 위한 모델로도 활용되고 있다.[56] 한편 인터폴(INTERPOL)은 도난 문화재의 증빙을 위해 CRIGEN ART FORMS로 알려진 표준서식을 개발하였는데, 이는 도난 문화재에 대해서 매우 제한적 지식만을 가지고 있는 경찰 공무원들을 위해 고안된 것이다.

4) 문화재 보호에 관한 교육과 홍보

협약 제10조에 의하면 체약국은 교육과 홍보를 통해 문화재의 가치와 도난, 도굴 및 불법적인 반출에 의하여 야기되는 문화유산에 대한 위협

56) R. Thrones, *Protecting Cultural Objects Through International Documentation Standards. A Preliminary Survey,* The Getty Art History Information Program, 1995, 15.

을 여론으로 조성하고 이에 대한 국민들의 인식을 높이도록 할 의무를 부담한다. 이러한 교육과 홍보활동으로는 전시회, 박물관 개발, 포스터 배포, 문화유산에 관련된 연구와 출판물에 대한 지원, 세관과 경찰공무원의 훈련, 언론매체 이용, 학교 교재 개발과 같은 조치들이 있다.

문화재 불법거래에 대한 교육과 홍보는 문화재 수입국에서 활성화 될 필요가 있는데 본 협약이 채택된 1970년 이후에는 이를 위한 논의가 수입국을 중심으로 눈에 뜨이게 증대하고 있다. 그러나 대부분의 주요 수입국들은 학생교육활동의 일환으로 박물관 방문이 활용되고는 있지만 문화재 불법거래 문제는 충분히 강조되고 있지는 못한 상황이다. 한편 수출국들은 교육적 조치의 하나로 관광객들을 상대로 불법 수출된 문화재 수집과 구매에 의해서 야기될 문화 정체성의 파괴를 설명하는 브로셔를 제작하여 관광객들에게 반포하는 경우가 많이 있다. 이와 같이 문화재에 대한 국민들의 태도와 인식을 구축하는 것은 어떻게 보면 매우 느리고 별다른 실효성이 없는 것처럼 보이지만 문화재 불법거래에 대항하는 가장 중요한 수단이라고 하겠다.[57]

(2) 협약 이행을 위한 국제적 협력

1) 개 관

각 체약국 정부는 문화재의 불법거래를 통제하기 위해 i) 쌍무협력, ii) 이 협약 및 1995년 협약의 적용을 위한 다자간 협력, iii) 국제협약이 적용되지 않는 사항에 있어서 세관, 경찰, 문화재 당국간의 협조, iv) 국가경찰과 인터폴간의 협력, v) ICOM 등 비정부기관과의 협력, vi) 사적기구들과의 협조체제를 구축해야 한다. 이러한 쌍무협력은 미국과 멕시코간의 협정이 그 대표적이라고 할 수 있는데 이에 관해서는 다음에서 상세히 살펴본다.

57) UNESCO, *Preventing the Illicit Traffic in Cultural Property; a resource handbook for the implementation of the 1970 UNESCO CONVENTION,* 1997, 30.

2) 유네스코의 지원

불법거래에 대항하는 각국 정부의 노력과 국제적인 협력은 유네스코를 통해서 조직화되고 추진된다. 유네스코의 역할은 문화유산에 관한 범세계적인 태도변화를 촉진시키는데 있다. 이러한 노력 중에서 가장 중요하고 지속적인 전략이 관련 국제협약을 채택하는 것과 각국 정부에 대한 지원이라고 하겠다.[58]

유네스코는 국제협약(Convention)은 아니지만 '권고(Recommendations)'라는 형태의 합의서를 채택함으로써 이러한 지원을 하고 있다. 권고는 법적인 효력은 없지만 여기에 담겨있는 내용들은 특정분야에서 널리 국제적으로 양해되는 기준이 무엇인지를 나타내는 좋은 지침이 된다. 따라서 각국이 문화재에 관한 국내법과 행정규칙들을 정비함에 있어서는 이러한 권고를 참고하기 때문에 사실상의 규범력은 크다고 하겠다. 이중에서 문화재 불법거래에 관련이 있는 것을 보면 1956년의 「고분발굴에 적용될 국제원칙에 관한 권고(Recommendation on International Principles Applicable to Archaeological Excavations)」, 1976년의 「문화재의 국제적 교환에 관한 권고(Recommendation Concerning the International Exchange of Cultural Property)」, 1980년의 「동산문화재 보호에 관한 권고(Recommendation for the Protection of Movable Cultural Property)」 등이 있다.

3) 유네스코 정부간위원회(Intergovernmental Committee)

본 협약은 협약 발효 이후 불법 유출된 문화재만을 그 대상으로 하기 때문에 그 이전에 이미 유출된 문화재의 반환에 대해서는 적용되지 않는다. 그러나 전쟁과 식민지시대를 통해 이미 많은 문화재가 유

58) 이러한 지원은 기술적 지원, 인적 자원개발, 국제적인 워크숍의 조직, 협력 네트워킹의 구축, 관련 정보의 제공 등의 형태를 띤다.

출된 국가들은 그 반환을 위해 유네스코의 노력을 기대하고 있고 이러한 희망은 협약 제15조에서, 쌍무협정이나 기타 다른 포럼을 통한 반환 노력을 지지한다는 선언에 잘 나타나고 있다.

이를 위해 유네스코 총회는 1978년 결의[59]를 통해 「불법소유문화재 반환 촉진을 위한 정부간위원회」(UNESCO intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation)를 구성하여 이 문제를 논의하도록 위임하였다. 정부간위원회는 22개국 회원국에 의해서 구성되며, 그중의 절반은 매 2년마다 유네스코 총회 기간 중에 선출된다. 위원회는 관련당사국간의 쌍무협상에 옵저버나 어드바이저의 자격으로 참여하지만 무시못할 정치적, 도덕적 압력을 행사한다. 위원회는 협상을 촉진시키기 위해 표준화된 폼을 준비해서 반환과 회수를 위한 절차를 진행시키기도 한다. 우리정부가 한일문화재반환과 관련해서 유네스코의 정부간위원회를 얼마나 활용하고 있는지는 미지수이다.

4) 국제박물관협회(ICOM)

1946년 설립된 국제박물관협회는 120개국의 박물관 전문가들로 구성된 비정부기관이다. ICOM은 직업윤리강령의 촉진과 박물관의 안정성 증대 및 기금조성과 같은 예방적 조치를 통해서 문화재 불법거래에 대처하고 있는데 이중 가장 중요한 활동이 도난당하거나 사라진 문화재의 사진과 목록 등을 발간하는 것이다.[60] 또한 ICOM은 인벤토리의 표준화와 같은 박물관 전문가를 위한 국제표준 개발에도 주력하여 관련 워크숍이나 훈련활동을 제공하고 있다. ICOM의 직접윤리강령(Code of Ethics for Museum)에 대해서는 앞에서 설명한바 있다.

59) 1978년 제20차 유네스코총회결의 20 C/Resolution 4/7.6/5.
60) ICOM은 이들 발간물의 복사본과 또 기타 필요한 정보를 제공하기 위한 Website를 운영하고 있다.

5) 인터폴(INTERPOL)

인터폴은 전 세계 170여 회원국으로 구성된 정부간 기관으로서 국제적인 차원에서의 범죄에 대항하는 국제경찰기구이다. 문화재 불법거래에 관련된 범죄가 증가에 대처하기 위해 인터폴은 국제 도난품 통보시스템을 개발하였다. 회원국의 관련 공무원은 문화재 절도가 발견되면 도난 일자와 장소 및 도난품의 상세한 기술, 도난품의 사진 등을 인터폴 본부에 송부하면 인터폴 사무종장은 이를 각 회원국에 통보한다.

이러한 정보는 인터폴이 특별히 고안한 CRIGEN ART FORM이라는 표준화된 서식을 통해 상호 교류된다. 문화재 도난정보는 인터폴의 데이터베이스에 입력되고 모든 인터폴 회원국에 제공되어 각국의 경찰, 세관, 박물관, 옥션하우스, 골동품 딜러, 전당포 등에 배포된다. 인터폴의 도난품통보시스템은 문화재 불법거래를 억제하는데 있어 가장 현실적인 수단으로 간주되고는 있으나 아직까지는 도난 예술품에 대한 충분한 자료가 축적되어 있지는 않다.

인터폴은 경찰간의 국제적인 협력 못지않게 세관당국, 박물관, 국제기구와 긴밀한 협조를 중시하고 있다. 이에 따라 인터폴은 유네스코와 ICOM 등이 개최하는 워크숍이나 회의에 주도적으로 참여하고 있다.

6) 관세기구(WCO)

세계관세기구(World Customs Organization: WCO)는 국제간의 관세체계 통일과 조화를 목적으로 1952년 설립되었다.[61] WCO는 문화재의 수출입에 관련된 국제협약을 기초하는데 유네스코와 긴밀히 협력해 왔으며 그 대표적인 성과가 본 협약의 채택이다. WCO는 1977년 나이로비 협약(NAROBI Convention)을 채택하였는데, 동 협약의 부속서 11

61) WCO는 과거 관세협력위원회(Customs Co-operation Council: CCC)로 더 알려져 있다.

(Annex XI)은 예술작품과 골동품 기타 문화재의 밀수에 대항하는 행동에 있어서 각국의 상호 지원과 협력 문제를 다루고 있다. 동 부속서는 문화재의 불법 수출입에 관한 의심을 받고 있거나 관련자에 관한 정보를 담고 있는 국제적인 데이터베이스의 구축을 촉진하고 있다. WCO의 사무총장은 각 회원국으로부터 수령한 정보에 기초하여 데이터베이스를 만들고, 유지하면서 이를 각 회원국과 기타 유네스코, 인터폴과 같은 관련 기구에 제공한다.

제 2 절 1995년 UNIDROIT 협약

1. 협약체결의 경과

(1) 1970년 협약에서 1995년 협약까지

1) 선의취득규정의 통일

1970년 협약은 체약국에게 문화유산에 대한 특권과 의무를 동시에 부여한다는 점에서 세계문화유산의 보호에 있어서 큰 계기가 되었다. 그런데 국제공법적인 1970년 협약은 체결당사자인 국가에 대해서만 구속력을 가지기 때문에 협약의 실질적인 이행을 위해 필요한 私法的, 國際私法的인 문제의 해결에는 한계를 가지게 된다. 가장 중요한 걸림돌은 도난 혹은 밀수된 문화재의 반환을 정하고 있는 1970년 협약 제7조(b)(ii)이다. 이 조항은 도난 문화재의 원소유주에 대한 반환과 선의취득자에 대한 보상을 인정하고 있지만 이에 관한 각국 법체계상의 차이를 어떻게 극복할 것인지에 대해서는 구체적인 해결책을 제시하고 있지 않다.

영미법은 “nemo dat quod non habet” - 매도인이 정당한 권리를 가지지 못하면 매입자도 정당한 권리를 행사할 수 없다 -라는 법원칙에

입각하여 도난품에 대해서는 원칙적으로 선의취득을 인정하지 않고 있다. 이에 대해 대륙법계는 선의취득자의 권리를 더 보호하고 있다. 이러한 동산 선의취득문제에 관한 양 법계의 차이를 극복하기 위해 UNIDROIT는 1974년 「유체동산의 선의취득에 관한 통일법초안(Uniform Law on the Acquisition in Good Faith of Corporeal Movables: LUAB)」을 작성하였지만[62] 국제적인 합의를 도출하는 데에는 실패하여 국제협약으로는 성안되지는 못하였다.

이러한 LUAB에서의 선례를 감안해서 유네스코는 1970 협약의 실질적인 이행을 위한 사법적인 규정을 보완을 UNIDROIT에 요청하였다. 일반 동산과는 달리 문화재는 그 국제적인 보호의 필요성이 매우 커서 선의취득에 있어서도 어느 정도 국제적인 합의가 가능하다고 판단하였기 때문이었다.

2) 불법반출 문화재의 반환

1970년 협약의 한계로 지적되었던 또 다른 문제는 수출법을 위반하여 원소재지국에서 불법적으로 이전된 문화재의 반환문제이다. 1970년 협약은 각 체약국에게 문화재의 정당한 수출승인을 위한 절차를 법제화할 것을 요구하고 있으나 불법적으로 수출된 문화재를 원소유국으로 반환하기 위한 특별한 규정을 두지는 않았기 때문이다. 새로운 협약에 담을 내용에 대해서는 협약의 적용범위를 엄격히 제한하여 선의취득자 보호에 더 큰 비중을 두어야 한다는 입장과 불법반출된 문화재의 반환을 강화하려는 입장간의 조화가 중요하였다.

이점에 대해서는 EC의 규정들이 좋은 참고가 되었다. 즉 「문화재 수출에 관한 1992년 12월 9일의 EC이사회 Regulation 3911/92」[63]와 「EC회원국의 영토에서 불법으로 이전된 문화재의 반환을 위한 EEC

62) Revue de droit uniform/Uniform Law Review, 1975-1, 79.
63) Official Journal of the European Communities No. L 395 of 31. 12. 1992, p.1

Directive 93/7」[64]은 EU회원국간에 불법반출된 문화재의 원소유국 반환원칙과 절차를 담고 있는데, 이들은 비록 유럽지역에 한정되는 것이기는 하지만 국제협약의 기초를 제공하는 중요한 원칙들을 담고 있기 때문이다. 또한 영연방국가들간에 문화재불법거래를 규제하기 위해 1993년 모리셔스에서 채택된 「Scheme for the Protection of the Material Cultural Heritage」[65]도 참고가 되었다.

(2) 협약의 체결과정

1) REICHELT 보고서

1986년 UNIDROIT 상임 이사회는 유네스코의 의뢰를 받아 1987~1989년의 활동 프로그램에 문화유산의 국제적 보호에 관한 과제를 포함시키기로 결의하고[66], 오스트리아의 Gerte REICHELT 교수에게 의뢰하여 1974년 LUAB와 1970년 협약의 한계와 문제점을 파악하고 문화재의 소유권이전에 적용될 國際私法 원칙들을 마련하도록 하였다. 비교법적인 연구를 통해서 작성된 연구보고서는 결론적으로 문화재의 무조건 반환원칙과 적절한 보상을 해결책으로 제시하였다. 그리고 문화재 수출규제에 관한 외국법의 승인과 집행을 골자로 한 私法, 國際私法 그리고 公法을 결합한 해결방안을 제시함으로써 당시로서는 파격적인 내용을 담고 있다.[67][68] 이 보고서는 이후 협상과정에서 여러 가지 수정이 가해졌지만 결국 1995년 협약의 골격을 이루게 된다.

64) Official Journal of the European Communities No. L 74 of 27. 3. 1993, p.74
65) Commonwealth Law Bulletin, Vol.19, No.4, Oct. 93, p.2015.
66) UNIDROIT 1986, C.D.65 - Doc. 18. Report on the 65th session of the Governing Council, 22; UNIDROIT 1986, A.G. 39- Doc. Report on the 39th session of the General Assembly, 3.
67) G. REICHELT, *The international protection of cultural property,* Uniform Law Review, 1985-1, 42
68) G. REICHELT, *The international protection of cultural property - second study,* Uniform Law Review, 1988-1, 52.

2) 초안심의 과정

상임이사회는 REICHELT 교수의 보고서에 기초하여 도난 및 불법반출된 문화재의 무조건의 반환원칙을 정한 협약초안을 마련하여 이를 1988년-1990년간에 로마에서 개최된 회의에 제출하였고, 이 회의에서는 이를 예비초안으로 채택하였다.[69] 이후 초안은 1991년에서 1993년 사이의 4회의 걸친 축조심의를 통해[70] 1994년 5월에 최종안으로 확정되어 협약채택을 위한 외교회의에 상정되었다.[71]

3) 협약채택을 위한 외교회의

이탈리아 정부는 로마에서 1995년 6월 7~24일에 협약 채택을 위한 외교회의를 소집하였는데 이 회의에는 8개의 옵저버를 포함한 78개 국가가 참여하였다.[72] 외교회의에는 UNIDROIT 사무국에 의해 마련된 최종초안과 함께 국제기구나 참가정부가 마련한 다른 제안서나 코멘트도 같이 제출되었다. 협상안에 대한 이견이 제출된 사안에 대해서는 사무국은 타협안을 마련하여 이를 회람시키고 그에 대한 참여국들의 합의를 이끌어 내었다. 이리하여 1995년 6월 24일 총회에서 「도난 또는 불법반출문화재에 관한 협약(Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects)」이 최종적으로 채택되었다. 당시 이 협약에 서명한 국가는 22개국이었으며 2007년 11월 현재 가입한 국가는 중국・프랑스・러시아・이탈리아・스위스・스페인을 위시한 총 29개국이다.

69) UNIDROIT 1989, Study LXX, Doc. 10: UNIDROIT 1989, Study LXX, Doc. 14: UNIDROIT 1990, Study LXX, Doc. 3:
70) UNIDROIT 1991, Study LXX, Doc. 23: UNIDROIT 1992, Study LXX, Doc. 30: UNIDROIT 1993, Study LXX, Doc. 39:
71) Uniform Law Review, 1993(UNIDROIT 1994 Study LXX, Doc. 49).
72) CONF. 8/INF.1 FINAL.

2. 협약의 기본방향

(1) 협약의 구성

협약은 5개장(Chapter) 21개의 조항(Article)으로 이루어져 있다. 제1장은 적용범위와 정의(제1조, 제2조), 제2장은 도난 문화재의 회수(제3조, 제4조), 제3장은 불법 반출된 문화재의 반환(제5조-7조), 제4장은 일반조항(제8조-10조), 제5장은 최종조항(제11조-21조)으로 구성되어 있다.

(2) 협약의 명칭

협약의 명칭(Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects)은 협약의 기본적인 성격을 표시하는 중요사항으로서 초안심의 과정에서 계속하여 변경되었다. 명칭은 가능한 한 협약의 목적을 제대로 반영해야 한다는 데 대해서는 합의가 이루어졌는데 논쟁의 초점은 협약의 제목에 사용될 2가지 중요한 용어인 “회수(restitution)”와 “반환(return)”, 그리고 “문화적인 물품(cultural objects)” 또는 “문화재(cultural property)” 중 무엇을 채택할 것인가에 모아졌다.

첫째, 협약의 조항에 사용된 “회수”와 “반환”이라는 표현은 상황의 차이에 따라 달리 사용되고 있는데, ‘회수’가 주로 도난의 경우에 사용되는 반면 불법반출된 문화재에 대해서는 ‘반환’이라는 용어가 사용된다. 그러나 결국 이들 용어를 협약의 명칭에서는 사용하지 않기로 결정하였는데 이는 다양한 해석이 가능하다는 점 외에 이들 용어가 아직 유네스코에서는 일반화되지 않고 있다는 점이 고려되었다.[73]

둘째, 협약의 영어본과 프랑스어본간에 차이를 보이는 “문화적인 물품(cultural objects)”과 “문화재(cultural property)” 중 어느 것을 명칭에

73) UNIDROIT 1990, Study LXX Doc.18.

서 사용할 것인가 하는 점이 문제되었는데 외교회의에서는 전자를 채택하였다. 이는 "문화재"라는 용어는 영미법에서는 비교적 새로운 개념이었기 때문이다. 다만 프랑스어본에서는 "biens culturels"라는 용어를 그대로 사용하기로 하였는데, 이는 1954년부터 UNESCO협약 등 국제협약과 국내법에서 사용되고 있으며 대부분의 법학자들에 의해 수용되고 있기 때문이다.[74]

(3) 협약의 전문(Preamble)

前文은 비록 법적 구속력은 없지만 협약이 근거하고 있는 기본적인 목표들을 정하고 있다는 점에서 중요하다. 즉 전문은 협약의 철학과 목표, 역할과 협약의 중요내용과 그 한계점들을 축약하고 있다.

전문은 먼저 문화유산보호의 중요성과 문화의 상호교환이 국민들간의 이해를 촉진시킴에 있어서 중요하며, 문화재의 불법거래가 초래할 돌이킬 수 없는 훼손 즉, 토착민공동체의 특별한 지위(제3조8, 제5조3, 제7조2)를 침해하고 고고학적 유적지의 불법도굴의 심각성과 같은 기본적인 문제를 상기시키는 것으로 시작하고 있다.

다음으로 협약이 추구하는 목표를, 인류공통의 선을 위해 불법거래에 대항해서 문화유산의 보존과 보호를 위해서는 법적인 절차를 통해서 문화재의 반환과 회수를 촉진시킬 장치를 마련하는데 두었다는 점을 명확히 하고 있다.

그러나 불법문화재 반환에 관한 모든 문제를 이 협약에서 다 해결하려는 것은 아니라는 점도 함께 선언하고 있다. 즉 각국의 법체계상의 차이를 이용해서 불법거래를 하는 것을 차단하기 위한 공통적이고 최소한의 법원칙을 마련하려는 협약의 한계를 인정하고 있다. 협약은 또한 보상금과 같은 구제수단의 제공도 목표로 설정하고 있는데 이는

74) UNIDROIT, *Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report,* Unif. L. Rev. 2001-3, 490.

이러한 구제수단을 제공하지 않을 경우 반환을 받아들일 수 없는 국가의 이해관계도 고려한 것이다.

마지막으로 협약이 소급효를 갖지 않는다는 것이 많은 국가들에 있어서 매우 중요하기 때문에 이를 전문에서 선언하되, 이것이 과거의 불법적인 거래를 합법화하는 것은 아니라는 점도 동시에 명시하고 있다.

3. 협약의 적용범위와 정의

(1) 적용대상 청구

협약의 초안단계에서는 도난 문화재의 회수에 관련된 모든 청구권, 즉 국내적 또는 국제적 청구권을 모두 포함하는 규정을 마련하려고 하였으나 정부간 위원회의 전문가들은 국제적인 청구권만을 협약의 적용대상으로 삼기로 하였다.[75] 다만 무엇이 국제적인 청구권인지에 대해서는 만족스러운 합의점을 찾기가 어렵다는 점에서 그에 관한 상세한 정의 규정을 두지 않고 각국법에 맡기기로 하였다. 협약의 지역적인 범위에 대해서는 제8조와 제10조에 보다 상세하게 규정되어 있다.

1) 도난문화재의 회수청구 - 제1조 a

협약이 적용되는 첫 번째 카테고리는 도난 문화재의 회수청구권이며, 이는 '도난(theft)'이라는 사실만으로 적용대상이 된다. 초안심의과정에서는 체약국으로부터 도난당한 문화재만을 대상으로 해야 한다는 제안이 있었다. 그러나 도난이 범죄를 구성하는 것은 거의 대부분 국가에서 공통되는 것임에도 불구하고, 반드시 체약국내에서 발생한 여부를 가지고 차별한다는 오해를 줄 수 있고 또 만일 비체약국에서 도난당한 문화재가 체약국 소재내에서 발견될 경우 처리과정에서 어려운 문제가 발생한다는 점에서 이 제안은 채택되지 않았다.[76]

---

75) UNIDROIT 1992, Study LXX Doc. 30. par. 23.

76) M. Schneider, *Explanatory Report on the Draft UNIDROIT Convention on the International*

불법반출 문화재의 경우에는 그 定義에서 바로 국제성이 나타나지만 도난품의 경우에는 반드시 그러하지 아니하다. 초기제안에는 반드시 국경을 넘은 도난임을 명시하는 조항을 삽입해야 한다는 지적이 있었으나 최종안에는 포함되지 않았다. 그러나 도난품 회수청구권이 국제적인 성격을 가지는 것이 당연하다는 것이 전제되고 있다. 그 이유는 만일 문화재가 도난당한 이외의 국가에서 발견되었지만 반환청구소송 당시에는 도난 국가의 법원에 소재하는 지역에 다시 이전된 경우에도(가령 점유자가 일시적인 거주자인 경우) 국제성을 구비하는 것으로 보아야 하기 때문이다. 이와 유사한 사안은 실제 영국의 Winkworth v. Christie 케이스[77]에서 발생하였는데 그 문화재는 처음에 도난당한 국가에서 발견되었는데, 발견되기 이전에 이미 여러 국가들간에 전전 이전되면서 거래되었던 사건이었다.

제1조 a는 제1조 b의 불법반출 경우와는 달리 무엇이 '도난(theft)'인가에 대한 정의를 두지 않고 있다. 초안의 심의 과정에서 영미법계 국가들은 도난이외에도 '사기(fraud)'라든가 기타 '부당한 취득(international misappropriation)'도 대상청구권에 포함시켜야 한다는 제안을 하였다.[78] 이는 즉 영미법에서는 도난이 아닌 사기나 기타 범죄의 경우에는 선의취득자가 소유권을 취득하기 때문이었다. 그러나 이와 같이 대상을 확대할 경우 해석상의 혼란을 초래할 염려가 있기 때문에 모든 법체계에서 공통적으로 범죄로 취급하는 '도난'에 한정하기로 하였다. 다만 이를 가장 넓은 의미로 보아 구체적인 해석은 반환소송이 제기된 법원의 해석에 맡기기로 하였다. 도난이 발생한 여부를 판단할 준거법은 협약 제9조에 의해 법정지법원이 결정한다.

Return of Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, para. 23, 119

77) Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd [1980] 1 *Ch* 496[1980] 1 *All England Reports* 1121, [1980] 2 *Weekly Law Reports* 7.

78) UNIDROIT 1989, Study LXX Doc. 11.

2) 불법반출문화재의 반환청구 -제1조 b

협약이 적용될 다음의 대상은 체약국의 문화유산을 보호할 목적으로 제정된 문화재 반출규제법을 위반해서 체약국의 영토에서 불법적으로 이전된 문화재의 반환청구이다. 이것이 도난문화재의 회수청구와 다른 중요한 차이는 문화재의 반출을 규제하는 법이 반드시 체약국의 법이어야 한다는 점이다. 이와 같이 다른 나라의 법을 위반해서 반출된 문화재가 발견된 국가는 이를 반드시 반환해야 한다는 것은 각 체약국이 수출에 관련된 외국법을 승인하고 그 이행을 보장한다는 것을 의미한다. 다만 일반적인 수출규제법을 다 대상으로 하는 것은 아니며 문화재의 반출을 규제하는 법 위반만을 그 대상으로 한다는 점에 유의할 필요가 있다.

그리고 '반출을 규제하는 법(law)'의 의미에 대해서도 많은 제안이 있었지만 국회의 제정법(legislative)만이 아니라 행정규칙(administrative rules)도 포함하는 것으로 결정되었다.

(2) 적용대상 문화재(cultural objects)

1) 문화재의 정의

회수와 반환청구의 대상이 될 문화재의 범주를 정하는 문제는 협약의 추진과정에서 가장 해결하기 어려운 쟁점중의 하나이었다. 이는 문화재의 개념을 정하는 것은 결국 무엇이 문화인가에 대한 가치판단의 결과이기 때문이다. 초안심의과정에서 협약의 적용대상인 문화재를 어떻게 정의할 것인가에 대한 오랜 논의를 거쳤고 그 논의 안에는 문화재의 개념과 본질에 관한 것뿐 아니라 이를 어떻게 협약문상 반영할 것인가에 대한 기술상 차이에 관한 조정도 포함되었다.

기술적 관점에서 볼 때 주로 유럽 대륙법의 영향을 받은 국가들은 일반 정의 규정을 두어야 한다는 입장을 취하는 반면 영미국에서는

구체적 열거방식을 선호하였다. 이러한 양자의 접근방식상의 차이를 감안해서 최종적으로는 일반적 정의규정을 두되 협약의 부록에서 여러 가지 카테고리를 첨부하는 방식이 채택되었다.

2) 1970년 협약의 문화재 개념과의 관련성

초기 초안들은 문화재의 개념과 관련해서 1970년 협약 제1조에 대한 명시적 인용규정을 두었었는데 최종 협약문에는 이러한 연계조항을 두지 않았다. 다만 연계조항이 없다고 해서 이 두 협약의 보완성이 약화되는 것은 아니며, 오히려 이 협약 제2조에서 적용 대상 문화재를 협약의 부록에 수록된 카테고리 중의 하나에 포함되는 것으로 정함으로써 1970년 협약 제1조의 문화재개념과 가까워지는 결과가 되었다. 이는 본 협약이 채택될 당시에는 1970년 협약 가입국이 70개국이 넘어서 동 협약상의 문화재 정의 규정이 세계적으로 널리 수용되었기 때문이다.

3) 정의 규정의 광범성

제2조는 문화재를 세속적 또는 종교적 근거뿐 아니라 고고학적, 역사적, 문학적, 과학적 중요성을 가진 물건으로 규정함으로써 협약의 사항적 적용범위를 광범위하게 정하고 있다. 이러한 태도는 제3조 1항의 도난문화재 무조건반환 원칙과 결합함으로써 문화재 불법거래를 억제할 수 있는 강력한 국제법적인 수단을 제공하는 것이다.

초안 심의과정에서는 이 협약이 동산 선의취득에 관한 각국의 사법원칙에 중대한 영향을 주는 점을 감안해서, 가급적 그 적용대상을 좁혀야 한다는 제안이 제기되었다. 그러나 이러한 제안은 자칫 문화재 구입시 그 출처에 대한 신중한 태도를 요구하는 협약의 기본목표를 약화시킬 수 있다는 이유 때문에 채택되지는 않았다.

또 문화재 도난이 범죄를 구성하는 것은 세계적으로 공통되지만 문화재 유출의 경우에는 국가마다 그 취급이 서로 다르다는 차이를 감

안해서, 양자에 대해 다른 문화재 정의규정을 두어야 한다는 제안이 있었지만 이 제안도 채택되지 않았다. 다만 불법반출 대상문화재에 대해서는 협약 제5조 3항, 제7조에서 약간의 제한을 두고 있다.

4) 각국의 문화재법과의 관계

협약 제2조는 1970년 협약이 문화재를 정의함에 있어서 각국의 재량에 맡긴 것과는 달리 각국법에 대한 연계규정을 두고 있지 않다. 문화재 범위와 보호의 수준을 각국이 재량으로 정하게 하면서 이를 다른 나라 법원으로 하여금 승인·집행하도록 요구하는 것은 적절하지 않기 때문이다. 즉 반환청구를 받은 국가의 법원이나 관할당국이 문화재가 유출된 국가의 법을 고려하는 것은 가능하지만 그 효력을 승인하고 집행하도록 요구하는 것은 국가주권의 문제로서 수용되기 어려웠기 때문이다.

나아가 국가별 문화재지정시스템은 협약의 통일적 성격을 약화시키고 각국에 의해서 지정되지 않은 문화재에 대해서는 협약의 보호대상으로부터 제외되는 부작용이 있다는 점도 고려되었다.

5) 문화재의 구체적 열거

협약 부록에 열거되어 있는 문화재는 다음과 같다.[79]

79) (a) Rare collections and specimens of fauna, flora, minerals and anatomy, and objects of palaeontological interest;
(b) property relating to history, including the history of science and technology and military and social history, to the life of national leaders, thinkers, scientists and artists and to events of national importance;
(c) products of archaeological excavations (including regular and clandestine) or of archaeological discoveries;
(d) elements of artistic or historical monuments or archaeological sites which have been dismembered;
(e) antiquities more than one hundred years old, such as inscriptions, coins and engraved seals;
(f) objects of ethnological interest;

(a) 희귀 콜렉션과 동물, 식물, 광물과 해부학 표본과 고생물학적인 관심사가 되는 유물;

(b) 과학, 기술, 군사, 사회와 국가의 지도자, 사상가, 과학자, 예술가의 생애, 그리고 국가적으로 중요한 사건에 관련된 역사적 유품;

(c) (정규 또는 비밀을 포함한) 고고학적인 발굴의 산물;

(d) 해체된 예술적인 또는 역사적인 기념물, 또는 고고학적인 유적지의 일부분;

(e) 명문, 동전과 도장과 같이 100년 이상된 골동품;

(f) 민족학적인 관심사가 되는 물건;

(g) 다음과 같은 예술적인 관심사가 되는 문화재:

(i) 어떤 바탕이나 어떤 자료(산업 디자인과 손으로 장식한 제조품을 제외)를 가지고 손으로 만든 그림과 뎃상;

(ii) 소재를 불문한 소상(塑像)과 조각 작품;

(iii) 원본 조판(彫版), 판화와 석판화;

(iv) 자료를 불문한 원본 예술적인 집합체와 몽따지;

(h) 유일본 또는 콜렉션 형태의 희귀 필사본과 고판본, 고서, 문서와 특별한 관심사가 되는 출판물 (역사, 예술, 과학, 문학 등);

(i) 유일본 또는 콜렉션 형태의 우표와 수입인지와 그와 비슷한 스탬프;

(j) 음성, 사진과 영화를 포함하는 고문서;

(k) 100년 이상된 가구와 악기.

(g) property of artistic interest, such as:

(i) pictures, paintings and drawings produced entirely by hand on any support and in any material (excluding industrial designs and manufactured articles decorated by hand);

(ii) original works of statuary art and sculpture in any material;

(iii) original engravings, prints and lithographs;

(iv) original artistic assemblages and montages in any material;

(h) rare manuscripts and incunabula, old books, documents and publications of special interest (historical, artistic, scientific, literary, etc.) singly or in collections;

(i) postage, revenue and similar stamps, singly or in collections;

(j) archives, including sound, photographic and cinematographic archives;

(k) articles of furniture more than one hundred years old and old musical instruments.

4. 도난문화재의 회수

(1) 총 설

도난문화재의 회수와 관련한 최대의 쟁점은 문화재를 상실한 자(보통은 소유자)의 이익과 그러한 이를 선의로 취득한 자의 이익을 어떻게 조화시킬 것인가 하는 것이다. 앞에서 설명한 바와 같이 대륙법은 선의취득자 보호에 기울어진 반면 영미법은 원소유자 보호 경향이 두드러지게 나타나고 있는데, 이러한 선의취득 법리의 차이는 문화재거래자로 하여금 자신에게 유리한 법정지를 선택할 수 있는 여지[80]를 제공하고 따라서 문화재의 반환을 어렵게 하는 원인이 되어 왔다. 이에 따라 협약의 초안자들은 기존의 법원칙을 출발점으로 하지 않고 문제된 거래대상물의 특수성이라는 관점에서 새로운 해결책을 찾는 방식으로 접근하였다. 즉 어떤 법체계를 다른 법체계보다 선호하는 방식이 아니라 불법거래를 차단한다는 목적을 위해서 새로운 법원칙을 만들어 낸다는 취지에서 도난 문화재의 무조건 반환원칙을 확립하였다.

(2) 도난문화재의 무조건 회수원칙 - 제3조(1)

1) 취 지

협약 제3조 (1)은 "*도난된 문화재의 점유자는 이를 반환하여야 한다*"라고 규정함으로써 도난문화재의 반환에 관한 일반원칙을 선언하고 있다.[81] 이 조항은 공공재산과 사유재산, 선의취득자와 부정취득자에 대한 구분 없이 무조건 반환원칙을 정하고 있으며 다만 취득자의 선의여부는 보상권과 관련해서만 의미가 있다. 또한 문화재의 소재지,

80) 이른바 forum shopping
81) Art.3 (1) The possessor of a cultural object which has been stolen shall return it.

도난발생지 및 소유자의 거주자와 체약국간의 어떠한 연계도 반환원칙의 적용 요건으로서 요구하지 않는다.

자동반환원칙에 대해서는 일찍부터 합의가 이루어졌다. 이는 문화재 도난의 급격한 증가에 직면하여 도난당한 소유자의 취득자에 대한 보호를 개선하는 것이 불법거래를 차단시키는 유일한 현실적인 해결책으로 여겨지기 때문이다. 비교법적인 관점에서 볼 때 정당한 대가를 지급하고 취득한 선의자를 전통적으로 보호하여 온 국가들에 대해서는 이를 수용하는 것은 혁명적인 법리적 변화를 의미하는 것이다.

2) 요 건

도난문화재의 점유자는 그 물건이 도난당했다는 증거만 제시되면 무조건 반환해야 한다. 나아가서 불법반출문화재 회수의 경우와는 달리[82] 도난문화재의 경우에는 청구자는 자신의 청구에 필요한 요건의 구비여부에 대한 법적, 사실적 정보를 법원에 제공할 것이 요구되지 않는다.

3) 해석상의 쟁점

자동반환 원칙조항의 해석과 관련해서 다음과 같은 두 가지 쟁점이 있다. 첫째는 반환의무를 부담하는 '점유자(possessor)'를 어떻게 보아야 할 것인가 하는 점이다. 대륙법계에서는 '점유(possession)'와 '소지(holding)'의 차이를 인정하기 때문에 점유라는 개념보다는 소지라는 용어를 사용할 것인지가 문제되었다. 그러나 점유를 넓게 해석하여야 문화재 반환 촉진이라는 협약의 목표에 부합한다는 취지에서 양자를 모두 포괄하는 넓은 의미에서의 점유 개념을 채택하였다.[83]

두 번째는 문화재가 반환되어야 할 대상자가 구체적으로 누구인지가 문제되는데 본 조항에는 이에 관한 언급이 없다. 보통은 '점유를 상실한 소유자(dispossessed owner)'를 의미하지만 제3자가 될 가능성도

82) 제5조(4)와의 비교
83) Explanatory Report, 502.

배제할 필요는 없을 것이다. 가령 은행에 담보로 되어 있는 예술품은 당연히 채권자에게 반환되어야 하고 또 박물관이나 갤러리에 대여되어 있는 문화재의 경우에는 그 박물관이나 갤러리에 반환되어야 한다. 본 협약은 문화재의 권원(title)에 대한 다툼이 있는 경우에 대해서는 규정을 두고 있지 않은데 이는 國際私法의 규정에 따라 적용될 준거법(governing law)에 의해 法庭地 법원이 결정할 문제이기 때문이다.

(3) 도난문화재 간주규정 - 제3조(2)

1) 취 지

협약 제3조(2)는 "*이 협약의 목적을 위해서는, 어떠한 문화재가 발굴이 이루어진 국가의 법에 의할 경우 불법적으로 발굴되었거나 합법적으로 발굴된 물건이 불법적으로 소지되고 있는 경우에는, 도난문화재로 간주된다*"라고 규정하고 있다.[84] 앞에서 살펴본 대로 1970년 협약은 이미 발굴되어 소장되고 있는 문화재의 반환만을 대상으로 하기 때문에 새롭게 불법적으로 도굴된 문화재에 대해서는 적용되지 않는 한계가 있고, 이러한 규제의 공백이 불법도굴을 부추긴다는 비판을 받아왔다[85]. 이에 따라 본 협약은 이러한 공백을 메워야 할 필요성 때문에 협약 전문 제4항에서는 이에 관한 원칙을 선언하고, 본 조에서 회수대상 문화재의 범위에 도굴되었거나 합법적으로 발굴된 문화재를 불법적으로 소지하고 있는 경우를 포함시킨 것이다.

2) 규정의 위치

불법 도굴된 문화재에 대한 반환규정을 협약 제2장의 '도난문화재 회수부분'에 포함시킬 것인지 아니면 제3장의 '불법반출문화재의 반환

84) Art.3(2) For the purposes of this Convention, a cultural object which has been unlawfully excavated or lawfully excavated but unlawfully retained shall be considered stolen, when consistent with the law of the State where the excavation took place.

85) Explanatory Report, 504.

부분'에 넣을 것인지에 대해서는 논란이 있었지만 최종적으로는 제3조(2)로 채택되었다. 다만 협약 제5조(3)a-c까지의 반환청구를 위한 규정은 주로 불법 도굴된 문화재를 위해 마련된 규정이다. 따라서 반환 또는 회수청구자는 그들이 확보한 증거의 유형에 따라 제2장의 규정에 기한 청구(도난문화재의 회수청구)를 할 것인지 아니면 제3장의 청구(불법반출문화재의 반환청구)를 할 것인지를 선택할 수 있다. 그러나 수출면허가 없으면 바로 불법반출 문화재가 되기 때문에 불법 반출된 문화재라는 입증이 본조에 의한 불법 도굴 문화재라는 입증보다 훨씬 용이할 것으로 생각된다.[86]

3) 준거법

유출문화재가 도난당한 것으로 간주되는 여부는 유출이 발생한 지역의 법[87]에 의한다. 이는 자의적 준거법선택(forum shopping)을 방지하기 위해 그 준거법을 협약에다 명시한 것이다.

(4) 회수청구권의 시효

1) 일반시효 - 제3조(3)

① 규정의 내용

협약 제3조(3)은 "*청구자가 문화재의 소재지 및 그 점유자의 신원을 알게 된 때로부터 3년 이내, 그리고 문화재를 도난당한 때로부터 50년의 기간내에 회수청구를 위한 소송을 제기해야 한다*"라고 규정하고 있다.[88] 이 시효기간은 도난품이나 불법 반출된 문화재에 대해 동일

86) Explanatory Report, 502.
87) 주로 형사법의 절도관련조항과 문화재보호법 등이 이에 해당한다.
88) Art.3(3) Any claim for restitution shall be brought within a period of three years from the time when the claimant knew the location of the cultural object and the identity of its possessor, and in any case within a period of fifty years from the time of the theft.

하다. 또한 본 협약에 의해 시효가 만료된 경우에도 무력 충돌중에 반출된 문화재의 경우에는 1954년 헤이그협약에 의해 그 반환을 유네스코의 정부간위원회에 제기할 수 있다.

초안심의과정에서는 반환청구소송에 대해 시효를 둘 것인가, 둔다면 어느 정도의 기간으로 할 것인가에 대해 현격한 견해 차이를 보였다. 문화재 유출국에서는 가급적 시효를 길게 하거나 시효를 설정하지 않는 편을 지지하였고, 반대로 문화재 거래에 대한 법적안정성을 확보함으로써 자국 예술시장의 활성화를 꾀하는 국가들은 보다 단기간으로 정할 것을 주장하였다. 시효제도의 취지는 '법은 게으른 자를 보호하지 않는다'는 명제에 기해 가급적 빨리 권리실행을 독려하는 한편 장기간의 점유상실로 인해 야기될 권리입증의 어려움을 회피하게 하자는 데 있다.

이에 따라 청구자의 주관적 요건에 기해 결정되는 시효기간과 도난시부터 진행되는 시효기간의 두 가지로 나누어 정하기로 합의하였으나, 구체적인 기간에 대해서는 외교회의에서 정하도록 하였다.

② 청구자의 인지

상대적 시효기간은 청구자의 인지를 기초로 진행되는 시효로서 목적물의 소재지 및 점유자를 안 때로부터 3년이다. 3년의 기간은 외국에 소재하는 목적물에 대한 증거를 수집하는데 필요한 최소한의 기간으로서 청구자가 목적물과 그 소재지에 대해 알지 못하는 한 시효가 개시되지 않기 때문에, 그렇게 짧은 기간이라고는 할 수 없다. 다만 체약국이 이보다 더 긴 시효를 정하는 것은 무방하다.

시효기간의 개시는 목적물의 소재지와 점유자를 안 때로부터 진행한다. 목적물의 소재는 모르지만 점유자를 아는 것만으로 시효가 개시된다면 점유자가 목적물을 감추거나 또는 소재지 파악을 방해하면 반환청구가 불가능해질 우려가 있어 양자를 모두 안 때로부터 시효가 개시되도록 한 것이다.

③ 알 수 있었을 경우

인지(know)는 목적물의 소재와 그 점유자를 실제 아는 것이다. 이와 관련해서 청구자가 이를 알지는 못하였으나 합리적으로 판단할 때 알 수 있었을 경우에 시효가 개시될 것인가 하는 점이 문제된다. 초안심의 과정에서는 청구자로 하여금 도난문화재를 찾기 위한 합리적인 노력을 할 것을 촉구하는 취지에서, 목적물의 소재지 및 점유자를 합리적으로 알 수 있었을 경우를 시효개시원인으로 포함시키자는 제안이 있었다. 그러나 그 요건이 너무 모호하고 다의적으로 해석될 여지가 있다는 이유에서 협약문에는 삽입되지 않았다. 그러나 반환청구의소를 심사할 법원이 그 청구를 인용함에 있어서는 도난목적물의 소재를 발견하기 위한 합리적인 노력을 하였는지 여부를 고려해서 판단할 것이기 때문에 그 조항이 명문화된 여부는 큰 차이가 없다고 하겠다.[89]

④ 절대적 시효기간

청구자의 인지여부에 관계없이 진행되는 시효기간은 도난시부터 개시되는데 이 기간의 만료로 청구자의 회수청구권은 소멸하게 된다. 다만 제3조(4)에서 정하는 특정 유형의 물건에 대해서는 예외로 하고 있다.

⑤ 청구권자

본 조항은 누가 소를 제기할 것인가에 대해서는 아무런 언급이 없다. 보통 도난의 결과 점유를 상실한 사적 당사자 또는 국가가 제8조나 16조에 기해 소송을 제기할 것이다.[90] 다만 사적당사자가 소송을 제기할 수 없거나 제기를 원하지 않을 경우 국가가 대신 회수청구의 소를 제기할 수 있다.

89) Explanatory Report, 508.
90) 다만 불법반출의 경우에는 국가에 의해서만 반환청구소송이 제기될 수 있다.

2) 고고학적유적지, 공공콜렉션의 특수시효

① 50년 시효의 철폐 - 제3조(4)

협약 제3조(4)는 "*동일한 무리로 인정된 고고학적 유적지를 형성하거나 공공콜렉션에 속하는 문화재의 회수는 청구자가 그 문화재의 소재지와 점유자를 안 때로부터 3년 이외의 시간적 제한을 받지 아니한다*"라고 규정하고 있다.[91] 각국의 문화유산에 있어서 가장 핵심적인 역할을 하거나 각국의 정체성에 밀접한 연계를 가지는 문화재에 대해서는 그 회수청구의 시효기간을 특별히 정해야 한다는 국가들의 요구를 수용한 것이다. 이러한 문화재에 대한 시효기간의 특별취급은 1970년 협약 제7조나 EC Directive 93/7/EEC 제7조(1)에서도 수용되고 있다. 이에 따라 이 부류의 문화재반환에 대해서는 그 소재지 인지후 3년의 시효만을 두고 절대적 시효는 없애기로 한 것이다.

② 대상문화재

특수한 시효기간이 적용되는 문화재의 범주는 협약 제4조(7)에 규정된 유형인 공공콜렉션에 속하거나 또는 고고학적 유적지의 분리될 수 없는 한 부분을 구성하는 것으로 '인정된' 문화재로 제한하고 있다. 여기에서 "인정되었다(identified)"라는 용어는 "수록된(inventoried)"이라는 표현과는 다르다는 점을 의도적으로 나타내기 위해 사용된 것이다. 이에 따라 아직 유적지의 한 부분을 이루지만 적절한 등록목록을 갖추지 못한 국가들도 유적지의 확인 및 인정만 되면 그 부장품에 대해서는 특별시효기간의 적용을 받을 수 있다. 그러므로 일단 유적지

91) Art.3(4) However, a claim for restitution of a cultural object forming an integral part of an identified monument or archaeological site, or belonging to a public collection, shall not be subject to time limitations other than a period of three years from the time when the claimant knew the location of the cultural object and the identity of its possessor.

로 인정되면 그 소장품이 개별적으로 알려지지 않아도 그 반환에는 특별시효가 적용된다.

③ 75년 시효 - 제3조(5)(6)

협약 제3조(5)는 "*전항의 규정에도 불구하고 체약국은 청구권이 75년의 기간제한이나 그 국가의 법에 규정된 바에 따라 더 오랜 기간의 제한을 받는다고 선언할 수 있다. 그러한 선언을 한 체약국의 기념물, 고고학적 유적지나 공공콜렉션으로부터 이전된 문화재의 회수를 다른 체약국에게 청구하는 경우에도 위 기간이 적용된다*"고 규정하고 있다.[92] 이 규정은 주로 문화재 수입국의 주장에 의해 삽입된 것인데, 이들은 자국의 헌법상 특정부류에 속하는 문화재에 대한 시효철폐를 받아들일 수 없다는 입장을 고수하였기 때문이다. 그러므로 시효를 철폐하는 체약국과 75년 또는 그 이상의 기간으로 시효를 정하는 국가들로 나누어지게 되므로 그 적용은 상호주의에 따르게 하였다. 즉 75년 시효를 선언한 체약국은 자국의 문화재 반환을 다른 체약국에 청구하는 경우에도 동일한 시효제한을 적용받게 된다.

75년 시효적용을 위한 선언은 이 협약을 서명·비준·수락·승인 또는 가입할 때에 하여야 한다(제3조(6)). 2001년 12월까지 75년 시효를 채택한 국가는 네델란드와 중국이다.

④ 공공콜렉션 - 제3조(7)

제3조(7)은 "*이 협약의 목적을 위해서 "공공콜렉션"은 다음과 같은 기관이 소유하는 등록목록에 기재되어 있거나 아니면 동일한 무리로*

92) Art.3(5) Notwithstanding the provisions of the preceding paragraph, any Contracting State may declare that a claim is subject to a time limitation of 75 years or such longer period as is provided in its law. A claim made in another Contracting State for restitution of a cultural object displaced from a monument, archaeological site or public collection in a Contracting State making such a declaration shall also be subject to that time limitation.

인정된 하나의 집단으로 구성된다: (a) 체약국 (b) 체약국의 지역 또는 지방정부 (c) 체약국의 종교기관, 또는 (d) 근본적으로 문화적, 교육적, 또는 과학적 목적을 위해서 체약국에 설립되어 그 나라에서 공공 이익에 봉사한다고 인정된 기관이다'라고 규정하고 있다.[93] 공공콜렉션에 대해서는 각국법에서 특별한 보호조치를 받고 있을 뿐 아니라 시효기간에 대한 제한을 받지 않기 때문에 이에 대한 명확한 정의가 필요해서 도입된 규정이다.

공공콜렉션의 제1기준은 문화재를 소장하고 있는 집단에 대한 "인정(identification)"이다. 즉 공공콜렉션은 위에서 열거한 4가지 유형의 기관이 보유하는 등록목록에 기재되어 있거나 동일한 무리로 인정된 하나의 집단이어야 한다. 이로써 각 박물관으로 하여금 자신들의 콜렉션에 대한 기록을 보존하여 도난 발생시 도난 사실을 국제적으로 등록하게 하였다.[94] 이 규정은 협약 제3조(4)에서 규정된 기념물 또는 유적지의 '인정'과 함께 문화재보호를 위한 특별조치를 언급한 前文규정과 관련을 가지며, 특히 인벤토리는 국제적인 문화협력 강화에도 도움이 된다.[95] 유의할 점은 공공콜렉션으로 인정받기 위해서 반드시 공공의 접근가능성이 높아야 할 필요는 없다는 것이다. 종교적 기구에 속하는 소장품의 경우에는 반드시 일반적으로 공개되지 않은 경우가 많은 점을 고려한 것이다.

제2기준은 소유자의 지위이다. 소유자는 체약국이거나 체약국의 지

93) Art. 3(7) For the purposes of this Convention, a "public collection", consists of a group of inventoried or otherwise identified cultural objects owned by:
(a) a Contracting State
(b) a regional or local authority of a Contracting State;
(c) a religious institution in a Contracting State; or
(d) an institution that is established for an essentially cultural, educational or scientific purpose in a Contracting State and is recognised in that State as serving the public interest.

94) ICOM publication: Handbook of Standards- Documenting African Collections, 1996.

95) Preamble para. 8,9.

역 또는 지방정부이거나 종교기관이어야 한다. 여기에서 종교(religion)란 모든 믿음을 의미하며 반드시 확립되거나 주류적인 종교에 한정되는 것은 아니다. 따라서 주술적인 것이라고 하더라도 토속적인 신앙에 기초한 가치가 있으면 여기에 포함된다. 마지막으로 사적기구에 속하는 것이라도 체약국내에서 공공의 이익에 제공되는 것으로 인정되는 것은 포함된다. 이러한 '인정(recognition)'이 구체적으로 어떠한 형태를 취해야 하는가에 대해서는 구체적인 규정을 두고 있지 않다. 다만 이는 법적인 인정을 의미하는 것으로 보아야 하는데, 가령 법에 의해 부여된 면세혜택 등이 이러한 인정의 한 형태가 될 것이다.[96]

3) 전통적, 토착문화재의 특별시효

협약 제3조(8)은 "*그 밖에 체약국에서 전통적 또는 의례적으로 사용하는 물건의 일부분으로서 부족이나 토착민 집단이 소유하거나 사용하는 종교적인 또는 공동체의 중요한 문화재의 반환(restitution) 청구 소송은 공공 콜렉션에 적용되는 기간 제한을 받아야 한다*"라고 규정하고 있다.[97]

종족 공동체의 통합성이나 문화적 생존에 중요한 것으로 고려되는 문화재에 대해서도 시효의 예외를 인정해야 한다는 주장이 반영된 조항이다. 이러한 문화재의 중요성에 대해서는 협약 前文 제4항에도 언급되어 있고 불법반출문화재에 관한 제5조(3)에도 특별한 규정을 두고 있다. 이 유형의 문화재에 대해서는 체약국이 제3조(5)의 선언을 하지 않는 한 공공콜렉션과 동일하게 시효의 제한을 받지 않게 되었다. 이 규정은 토착민 집단에 의해 사용되는 소수의 문화적 목적물에 적용된다.

96) Explanatory Report, 512.

97) Art.3(8) In addition, a claim for restitution of a sacred or communally important cultural object belonging to and used by a tribal or indigenous community in a Contracting State as part of that community's traditional or ritual use, shall be subject to the time limitation applicable to public collections.

(5) 선의취득자에 대한 보상

도난문화재의 무조건 반환원칙은 선의취득자에 대한 상당한 보상과 균형을 이루고 있다. 협약 제4조는 성실한 점유자의 보호를 위한 규정으로서 각국법상의 차이를 극복하기 위한 타협의 소산이다.

1) 상당한 보상 - 제4조(1)

① 개 관

협약 제4조(1)은 "*도난 문화재의 반환을 요구받은 점유자는, 그 문화재가 도난된 것임을 몰랐거나 또는 합리적으로 볼 때 모를 수 없었을 경우에는 그 물건을 구입할 당시에 상당한 주의를 다하였다는 것이 증명되면 그 반환시에 공정하고 상당한 보상을 받을 권리가 있다*"고 규정하고 있다.[98]

보상청구는 첫째, 도난품의 점유자가 그 문화재가 도난당한 것이라는 사실을 몰랐거나 모르는 것이 합리적일 것 둘째, 목적물을 취득할 때 상당한 주의를 다 하였다는 점을 입증할 수 있어야 한다. 즉 점유자는 대상물이 도난물이라는 사실을 몰랐고 그 모른 것이 자신의 과실에 기인한 것이 아니라야 한다.

② 합리적으로 알았을 것

'합리적으로 볼 때 알았을 것(ought reasonably to have known)'이라는 문언은 문화재를 취득하는 당사자가 그 출처에 대해 신중한 검토를 하지 않은 것에 대한 제재로서의 성격을 가지고 있다. 이와 같이 취득한 문화재를 아무런 보상도 받지 못하고 돌려줄 위험이 있다는 사실을 알

98) Art.4(1) The possessor of a stolen cultural object required to return it shall be entitled, at the time of its restitution, to payment of fair and reasonable compensation provided that the possessor neither knew nor ought reasonably to have known that the object was stolen and can prove that it exercised due diligence when acquiring the object.

게 되면 문화재의 신상에 대한 적절한 정보가 없는 경우에는 그 구매를 꺼리게 될 것이다. 이는 도난을 억제하고 동시에 현재와 같은 문화재 거래시 매도인의 신원과 매수인의 신원을 서로 알리지 않는 관행도 바꾸게 될 것이다. 이 규정은 대가를 지급하고 취득한 매수인에게 적용되며 무상으로 취득한 경우에는 제4조(5)가 적용된다.

본 항에서 정하고 있는 '합리적으로 알았을 것'이라는 주관적 요건은 제3조(3)에서 정하고 있는, 점유를 상실한 소유자가 문화재의 소재를 '알았을 것'이라는 요건에 비해 엄격하다. 이는 청구자측의 회수청구 요건을 완화하는 한편 점유자측의 보상청구 요건을 강화함으로써, 결과적으로 문화재도난에 강력히 대처하고자 하는 협약의 기본정신에 기반을 둔 것이다. 이러한 양자간의 불균형은 제5조(5)와 제6조(1)항에서 보는 바와 같이 청구국의 의무와 점유국의 의무에서의 차이에도 그대로 반영되고 있다.

③ 상당한 주의의 입증

점유자에게 상당한 주의를 다하였다는 입증을 부담시키는 것은 문화재 불법거래에 대처하기 위한 중요한 법적 수단으로서 점유자의 선의를 추정하는 법체계와는 결별을 의미하는 것이다.[99] '상당한 주의(due diligence)'는 기존의 각국법에서도 사용하고 있는 개념이지만 본 협약에서는 이와는 다른 독자적인 의미를 가지는 것으로서, 일반적인 상거래 계약에서 요구되는 것보다 더 고도의 주의의무를 말한다. 그 구체적인 내용은 제4조(4)에 규정되어 있다.

④ 공정하고 합리적인 보상

무엇이 '공정하고 합리적인 보상(fair and reasonable compensation)'에 대해서는 구체적인 규정을 하지 않고 1970년 협약의 내용을 그대로

99) 스위스민법 제3조 2항 등

따르고 있다. 이는 공정하고 합리적이라는 개념은 각국의 국내법에서 잘 확립되어 있기 때문에 협약에서 가령, '지급된 가액' 또는 '상업적 가치'와 같은 특정한 기준을 제시하기 보다는 법원의 재량에 맡겨두는 것이 더 낫다는 판단에 따른 것이다.

보상에 포함되어야 할 내용과 관련해서는 불법반출문화재의 경우와는 달리 반환을 위한 비용(운송비, 보험료 등)과 같은 특별한 언급을 하지 않고 있다. 결국 보상은 점유자에게 문화재 반환에 따른 손실의 보상을 예정하고 있으므로 그가 문화재를 취득할 때 지급한 대가, 문화재의 복구와 보존비용, 반환에 따른 운송비와 보험료 등이 고려될 수 있을 것이다. 그러나 반환소송을 위한 법적 비용은 절차법적 문제이므로 보상비를 정하는 법원에 의해 판단되어야 할 문제이다.

점유자의 보상청구권은 문화재의 반환이 이루어지는 시기에 인정되는데 이는 문화재반환과 보상청구가 동시이행의 관계에 있음을 의미한다.

2) 보상금 지급자 - 제4조(2),(3)

① 규정의 내용

협약 제4조(2)는 "*전항에 언급한 점유자의 보상권을 침해함이 없이, 점유자에게 문화재를 이전한 자 또는 그 전에 이전한 자가 보상금을 지급하는 것이 소송이 제기된 국가의 법에 합치할 경우, 그렇게 하기로 합당한 노력을 해야 한다*"고 규정하고 있다.[100] 또 제4조(3)은 "점유자에 대한 청구권자의 보상금 지급이 요구되는 경우에도 청구권자의 타인에 대한 구상권을 침해해서는 안 된다"고 규정하고 있다.[101]

100) Art.4(2) Without prejudice to the right of the possessor to compensation referred to in the preceding paragraph, reasonable efforts shall be made to have the person who transferred the cultural object to the possessor, or any prior transferor, pay the compensation where to do so would be consistent with the law of the State in which the claim is brought.

101) Art.4(3) Payment of compensation to the possessor by the claimant, when this is required, shall be without prejudice to the right of the claimant to recover it from any

② 취 지

누가 선의취득자에게 보상비용을 지급해야 하는가에 대해서는 초안 성안과정에서 많은 논의가 이루어졌는데, 외교회의에 회부된 최종안에는 문화재의 회수청구자에게 보상금 지급의무가 있는 것으로 되어 있었다. 그러나 선의구매자와 청구권자 모두 제3자의 불법행위로 인해 피해를 입은 자들이기 때문에 그 원인을 제공한 행위자로부터 다시 보상을 받아야 한다는 점에서 이 안은 비판을 받았다.

이에 따라 청구자가 자신의 사적 자금으로 보상금을 지급할 것을 반드시 요구할 것이 아니라 스폰서나 기타 방법에 의한 자금으로 지급할 가능성도 열어 놓아야 한다는 데에 합의가 이루어졌다. 나아가 구상권에 관한 조항을 삽입하여 점유자에게 문화재를 이전한 자를 상대로 하는 구상청구를 제기할 수 있도록 하자는 합의가 이루어져 현재와 같은 규정으로 채택되었다.

이와 같이 이 규정은 문화재거래의 도덕성과 투명성을 높이기 위한 취지로서 성안된 것으로 문화재를 구입하는 사람은 자신에게 문화재를 판매한 자의 신용상태나 신원을 보다 면밀하게 확인하여 만일의 경우 구상권을 확보할 수 있도록 해야 할 것이다.

3) 상당한 주의의 개념 - 제4조(4)

① 규정의 취지

협약 제4조(4)는 "*점유자가 상당한 주의를 다 하였는지를 판단함에 있어서는 거래 당사자들의 성격, 지급한 대가, 점유자가 합리적으로 접근할 수 있는 도난문화재 목록과 합리적으로 입수할 수 있는 기타 관련 정보와 문건들을 조사한 여부, 그리고 점유자가 당해 상황에서 합리적인 자라면 당연히 취했어야 할 접근가능 기관에 대한 조회 또*

other person.

는 필요한 조치를 포함해서 문화재의 취득에 관련된 제반 상황을 고려해야 한다'고 규정하고 있다.[102]

보상청구는 문화재를 취득할 당시에 상당한 주의를 다 하였는가에 달려 있는데 선의(good faith) 즉, '상당한 주의(due diligence)'의 개념은 각국법에 따라 다양하게 해석되므로 이를 법원의 재량에 맡겨져 둘 경우 협약의 통일적 적용을 기대하기 어렵다. 이에 따라 LUAB 제7조 (2)를 참조하여[103] 그 해석의 기준을 제시하게 된 것이다. 본 조에서 사용된 '포함하여(including)'라는 문언으로부터 볼 때 여기에 제시된 기준은 제한적인 것은 아니고 열거적인 성격의 기준이라고 하겠다.[104]

② 도난문화재 목록 조회

당사자의 특성과 지급된 가격외에 매수인이 합리적으로 입수가능한 도난문화재의 목록과 기타 입수할 수 있는 관련 정보와 문건의 조사 여부 등이 '상당한 주의'의 판단에 중요한 기준이 된다. 이러한 목록은 최근에는 많이 축적되고 있는데 특히 공공 또는 사적기관에 의해 관리되는 전자데이터베이스의 형태로 존재한다. 그리고 인터폴에 의해 운용되는 도난작품 데이터베이스도 이러한 도난문화재에 대한 정

102) Art.4(4) In determining whether the possessor exercised due diligence, regard shall be had to all the circumstances of the acquisition, including the character of the parties, the price paid, whether the possessor consulted any reasonably accessible register of stolen cultural objects, and any other relevant information and documentation which it could reasonably have obtained, and whether the possessor consulted accessible agencies or took any other step that a reasonable person would have taken in the circumstances.

103) Art.7 LUAB; (2) The transferee must have taken the precautions normally taken in transactions of that kind according to the circumstances of the case.
(3) In determining whether the transferee acted in good faith, account shall, inter alia, be taken of the nature of the movables concerned, the qualities of transferor or his trade, any special circumstances in respect of the transferor in acquisition of the movables known to the transferee, the price, or provisions of the contract and other circumstances in which it was concluded.

104) Explanatory Report, 520.

보를 입수할 수 있는 좋은 자료가 된다.

현재까지는 전세계를 모두 커버하는 데이터베이스가 충분히 구축되어 있지 않고 또한 특수한 데이터베이스의 경우에는 일반인들의 접근이 언제나 가능한 것도 아니다. 다만 유네스코에서는 서로 다른 네트워크간의 인터페이스를 높이기 위한 노력이 큰 성과를 거두고 있어서 이러한 문제점들은 조만간 해결될 것으로 기대된다. 그러므로 매수인이 어떠한 데이터베이스를 검색하였는지, 그리고 그의 지위가 어떠한 성격을 가진 것인지가 중요하다. 가령 전문적인 골동품상인 경우에는 보다 권위 있는 소스를 참조해야 할 것이고 만일 단순한 여행객이 관광시에 외국에서 문화재를 구입한 경우에는 전문적인 조사를 기대하기 어려울 것이다. 따라서 단지 하나의 목록만을 검색해서 도난품인 여부를 확인하지 못하였다면 상당한 주의를 하였다고는 할 수 없을 것이다.

③ 기타 문건 및 관련 기관조회

상당한 주의를 다한 여부는 합리적으로 입수할 수 있는 정보와 문건에 대한 조사를 하였는가에 의해서도 판단된다. 여기에서 말하는 '기타 관련 정보와 문건'은 특정 종류의 문화재를 다루는 전문적인 출판물이나 문화재 발굴 또는 특정한 지역에서 출토된 문화재에 관한 출판물을 지칭하는 것이다.[105] 그리고 당해 상황에서 합리적인 자이면 당연히 취하여야 할 기관조회나 다른 조치를 취하였는지도 고려해야 한다.

④ 상당한 주의와 윤리강령

협약에서 제시된 상당한 주의의 판단 기준은 각국 판례법에서 추출된 내용을 종합한 것이다. 그리고 취득자의 행동을 평가함에 있어 원

105) ICOM에서 전세계적으로 널리 출간하고 있는 "사라진 문화재"와 같은 자료를 지칭한다. 이 시리즈는 최근 아프리카, 캄보디아의 앙코르 및 라틴아메리카의 문화재 훼손에 관한 좋은 참고자료가 된다.

용되는 기준은 그들이 속해있는 전문가 집단에 원용되는 윤리기준과 밀접한 관련을 가진다. 가령 취득자가 박물관일 경우에는 국제박물관협회(ICOM)에서 제정한 윤리강령이 참고가 되며, 옥션하우스나 딜러의 경우에는 유네스코가 제정한 문화재 거래자를 위한 윤리강령(International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property)의 준수 여부가 판단의 기준이 될 것이다.[106]

4) 무상취득자 - 제4조(5)

협약 제4조(5)는 "*상속 또는 무상에 의해 취득한 점유자는 문화재를 이전해준 자보다 더 유리한 위치에 있지 않다*"[107]고 규정하고 있다. 문화재를 상속 기타 무상으로 취득한 경우에는 점유자는 그에게 문화재를 이전한 자의 취득 당시 상황에 대해 알 수 없기 때문에 불법적으로 취득하였다는 사실을 모르는 경우가 많을 것이다. 이 조항은 문화재를 무상으로 취득한 당사자는 문화재를 이전해준 사람보다 더 유리한 위치에 있지 않다는 점을 명확히 하고 있다. 따라서 만일 전자가 악의로 문화재를 취득한 경우에는 그 승계인은 문화재 반환시 보상과 관련해서 자신이 선의였다는 것을 주장하지 못한다. 반대로 이 규정을 엄격하게 적용할 경우 문화재의 이전자가 선의였고 최종취득자가 악의인 경우에는 보상청구권이 생기는 것으로 해석될 수 있다. 다만 그 가능성이 거의 없기 때문에 그 점에 관한 규정을 두지는 않았다.

이 규정은 박물관 등이 세제혜택을 수단으로 해서 문화재를 기증받는 사례가 많은 점을 고려해서 불법문화재의 취득을 봉쇄하기 위한 것이다.

106) 영국의 『1999년 상당한 주의의무이행강령』(Code of Due Diligence under the auspices of Council for the Prevention of Art Theft(CoPAT)도 그러한 예가 된다.

107) Art.4(5) The possessor shall not be in a more favourable position than the person from whom it acquired the cultural object by inheritance or otherwise gratuitously.

5. 불법반출문화재의 반환

(1) 총 설

협약 제3장에서는 특정 유형의 문화재에 관한 각국의 수출제한조치를 다른 국가가 이를 승인하고 집행하는 예민한 문제를 다루고 있다. 국제사회에서는 아직까지 法庭地의 법원이 수출규제를 포함한 다른 국가의 公法을 적용해야 할 의무를 부여하고 있지 않다. 國際私法의 영역에서는 법정지의 저촉규정은 다른 국가의 私法만을 적용하도록 하고 있다.[108] 이와 같이 외국 공법의 승인과 집행에 관한 국제적인 합의가 없는 상태에서는 외국의 규정을 위반해서 문화재를 반출한 것은 많은 국가에서는 불법으로 간주되지 않고 따라서 그 자체로 그 물건의 취득에 대한 법적 장애가 되지 아니한다.

그러나 이러한 전통적인 법적 태도는 국제간의 협력 필요성을 방해하고 합리적인 근거가 없다는 이유에서 국제법협회(International Law Institute)가 1975년 비스바덴에서 채택한 결정[109]에 의해 처음으로 제동이 걸리게 되었다. 이러한 법적인 변화는 「1980년 계약의무의 준거법에 관한 유럽공동체협약(1980 Convention of the European Communities on the Law Applicable to Contractual Obligation)」 제7조와 1989년 스위스국제사법 제19조에 반영되었으며 영미법계의 법원은 문화재와 관련된 국제적인 협력의 필요성을 감안해서 외국의 강행규정을 존중하는 판결들을 하고 있다. 그리고 EEC Regulation 3911/92와 Directive 93/7/EEC에도 명시적으로 채택되었으며 범세계적인 차원에서는 본 협약 제3장에서 처음으로 도입되었다.

---

108) 국제사법 제9조가 규정하는 反正 또는 轉定의 경우

109) Annuaire de Institute de droit international, 1975, Session de Wiesbaden 1975, pp. 551, 553.

다만 본 협약에 도입된 외국 공법에 대한 승인 조건은 매우 제한적이다. 이는 한편으로는 문화재 유출국의 이해와 다른 한편으로는 원활한 국제예술품교역을 선호하는 국가들의 이해관계를 조절하여 되도록이면 많은 국가들이 협약을 채택할 수 있도록 배려한 것이다. 즉 도난품의 경우에는 도난이 범죄를 구성하는 것은 전 세계에 공통적이므로 반환을 위한 충분한 근거를 가지는 것임에 비해, 불법반출은 그 자체로는 반환의 요건을 충족하지 않기 때문이다.

(2) 불법반출 문화재의 반환청구

1) 반환청구의 요건 - 제5조(1)

협약 제5조(1)은 "*체약국은 자국의 영토에서 불법적으로 반출된 문화재의 반환을 다른 체약국의 법원 또는 다른 관할당국에 요청할 수 있다*"고 규정하고 있다.[110] 이러한 요청은 문화재보호를 위한 공법 위반을 근거로 제기하는 것이므로 절차개시에 관한 이해관계를 가지는 것은 국가이며 따라서 문화재가 국유인가 사유재산인가를 불문하고 국가만이 요청권을 가진다. 국가는 도난된 후 불법적으로 해외에 반출된 문화재의 경우에도 직권 또는 사적 소유자의 청구에 의해 그 반환을 요청할 수 있다.

요청국가와 요청을 받은 국가는 모두 체약국이어야 한다. 도난품의 경우에는 반드시 체약국에서 도난된 문화재만으로 그 대상이 제한되지 않음에 비해 불법반출의 경우에는 체약국가에 대해서만 적용된다는 차이가 있다. '불법반출(illegally exported)'의 의미는 협약 제1조 b에 의하면 "체약국의 문화유산을 보호할 목적으로 문화재의 반출을 규제하는 법에 반해서 체약국의 영토에서 이전된 문화재"를 말한다.

110) Art.5(1) A Contracting State may request the court or other competent authority of another Contracting State to order the return of a cultural object illegally exported from the territory of the requesting State.

그러므로 이와 같은 특별한 규정에 의해 문화재를 보호하지 않는 국가는 협약에 기해 반출문화재의 반환을 요청할 수 없다. 왜냐하면 협약은 문화재의 원소재지국에서 누리는 보호보다 더 많은 보호를 다른 국가로부터 승인받게 하는 것은 아니기 때문이다. 법 위반에 대한 증거 제출에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않은데 요청국은 당해 사안을 심사하는 법원에 자국의 문화재수출규제법에 대한 정보를 제공하는 것은 당연하다고 하겠다.

도난의 경우와 같이 문화재를 누구에게 반환해야 하는가에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않은데 이는 소유권의 문제는 각국법에 맡기는 것이 타당하기 때문이다.

2) 미반환 문화재 - 제5조(2)

협약 제5조(2)는 "*문화유산의 보호를 위해서 반출을 규제하는 그 국가의 법에 따른 전시회, 연구 또는 복구의 목적으로 허가를 받아 일시 반출되었다가 허가조건대로 반환되지 않은 문화재는 불법적으로 반출된 것으로 간주한다*"라고 규정하고 있다.[111] 이는 EC Directive 93/7/EEC 제1조2를 모범으로 한 것으로서 합법적인 목적을 위해 일시 반출되었으나 반출허가조건을 위반해서 원상으로 돌아오지 않은 경우를 불법반출 문화재로 본다는 규정이다. 이 규정은 허용된 기간종료 후에 체약국의 영토내에 계속적으로 머무르고 있는 문화재의 반환청구를 위해 원용되는데, 수출허가기간 종료전에 제3국으로 다시 이전된 경우를 예정하고 있지는 않다. 이 경우에는 제8조(3)에 의해 해결하면 될 것이다.

문화재의 국제적인 순회전시 활성화에 협약이 장애가 되어서는 안

111) Art.5(2) A cultural object which has been temporarily exported from the territory of the requesting State, for purposes such as exhibition, research or restoration, under a permit issued according to its law regulating its export for the purpose of protecting its cultural heritage and not returned in accordance with the terms of that permit shall be deemed to have been illegally exported.

된다는 취지에서 도입된 규정이며 국제박물관협회(ICOM)의 윤리헌장[112]에서도 불법반출문화재나 출처가 의심스러운 문화재의 전시로 제한한다. 한편 문화재 딜러들에게도 전람회나 판매에 제공하기 전에 문화재 출처에 대해 검증전문기관의 서비스를 이용할 것을 요구하는 것도 동일한 취지이다.

3) 의무적 반환 - 제5조(3)

① 규정의 내용 및 취지

협약 제5조(3)은 "*요청을 받은 국가의 법원이나 관할당국은 요청국이 그의 영토에서 이전된 문화재가 다음과 같은 사항중 하나 이상을 중대하게 손상한다는 사실을 확실히 한 경우에는 불법적으로 반출된 문화재의 반환을 명령하여야 한다: (a) 문화재 또는 그 구조의 물리적 보존; (b) 복합 문화재의 통일성; (c) 예를 들면 과학적 또는 역사적인 성격을 갖는 정보의 보존; (d) 부족이나 토착민 집단이 전통적으로 또는 의례에 사용하는 문화재, 또는 그 문화재가 요청국에 심대한 문화적 중요성이 있다는 것을 확실히 한 때*"라고 규정하고 있다.[113]

불법반출 문화재의 반환요청을 받은 국가는 이를 반드시 반환해야 하는가, 반환해야 한다면 어떠한 요건하에서 그러한 의무가 발생하는가 하는 점이 문제되었고 이에 대해서는 초안심의 과정에서 각국마다 견해가 나뉘었다. 그 균형은 문화재보호를 위한 국제간의 협력을 최

112) 제3조 6항은 박물관은 수출조건을 검증할 것을 요구함.

113) Art.5(3) 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:
(a) the physical Preservation of the object or of its context;
(b) the integrity of a complex object;
(c) the preservation of information of, for example, a scientific or historical character;
(d) the traditional or ritual use of the object by a tribal or indigenous community, or establishers that the object is of significant cultural importance for the requesting State.

소한의 기준으로 하고, 특정상황에서 외국법 승인원칙으로부터 일탈할 수 있는 것을 최대한의 기준으로 하는 선에서 이루어졌다. 따라서 의무적 반환의 대상은 문화재가 반환되지 않으므로 요청국이 그 문화재에 대해 가지는 특정 이해관계가 훼손되는 경우 및 요청국에 특별한 문화적 중요성을 가지는 문화재로 제한하였다.

② 의무적 반환대상

제3항은 문화재의 해외반출로 인해 중대하게 손상될 이해관계를 다음과 같이 3가지로 유형화 하고 있다. (a) 문화재나 그 구조의 물리적 보존이다. 이는 기념물 또는 유적지에 대한 물리적 손상을 의미한다. (b) 복합문화재의 통일성이다. 가령 큰 佛像群과 같은 기념물중 일부를 반출하였거나 프레스코 벽화중 일부를 손상하였거나 역사적 건축물의 부분을 훼손한 경우이다. (c) 과학적 또는 역사적 성격을 갖는 정보의 보존이다. 이는 주로 불법 도굴을 상정한 것으로서, 도굴로 인해 당해 고분군의 정확한 역사적 정보를 상실할 우려가 있는 경우 그 반환의무를 정하고 있다.

또한 제3항은 요청국에 특별한 문화적 중요성을 가진 문화재에 대한 의무반환을 정하고 있다. 여기에는 2가지 유형이 포함되는데 (d) 부족이나 토착민집단이 전통적으로 또는 의례에 사용하는 문화재이거나[114] 그 문화재가 요청국에 심대한 문화적 중요성이 있는 것을 확실히 한 경우이다. '심대한 문화적 중요성'이 있는 문화재를 의무적 반환대상에 포함시킨 것은 가령, 뉴질랜드의 Taranaki 조각의 사례[115]에서 보는 것처럼 위의 (a)에서 (d)까지의 어느 유형에도 포함되지는 않지만 요청국으로서는 매우 희귀하고, 중요하며, 유일한 문화재의 반환을 확보하

114) '부족이나 토착민집단이 전통적으로 또는 의례에 사용하는 문화재'에 대해서는 협약 제3조(8)에 의해 절대적 시효가 폐지되었음.

115) Attorney General of New Zealand v. Ortiz, [1983] 2 Weekly Law Reports 809; [1984] Appeal Cases(Law Report) 1 (HL) United Kingdom.

기 위해 둔 포괄규정이다. 여기에서 '심대한 문화적 중요성(significant cultural importance)'은 문화재 일반에 관한 협약 제2조에 사용한 '문화적 중요성(importance)'보다 훨씬 제한적이다. 그리고 위 4가지 유형은 선택적이므로 그 어느 하나의 유형에 속하기만 하면 반환의무가 있다.

③ 요청국의 역할

요청국은 특별한 이해관계가 훼손되었거나 또는 목적물이 중요한 문화적 가치를 가진다는 것을 확실히 해야 한다. '확실히 한다(establish)'는 것은 문화재가 훼손되었다는 단순한 선언(declare)이면 충분하다는 입장과 훼손의 입증(prove)까지 요구해야 한다는 입장간의 타협으로 채택된 용어이다. 그러므로 반환요청국은 불법반출로 인해 야기된 피해를 평가하는데 필요한 사실 또는 법적 정보를 피요청국의 법원에 제공해야 한다. 제5조(4)는 당해 요청이 이러한 요건을 구비하였는지를 판단함에 있어 필요한 정보에 대해 규정하고 있다.

4) 요청국의 정보제공 - 제5조(4)

협약 제5조(4)는 "*제5조 1항에 따라 제출된 요청서는 1항부터 3항의 요건충족 여부를 결정함에 있어서 요청을 받은 국가의 법원이나 관할 당국에 도움이 되는 사실적 또는 법적인 정보를 포함하거나 첨부해야 한다*"고 규정하고 있다.[116] 이는 요청국이 일반적으로 제공해야 할 정보의 내용을 기술하는 규정일 뿐 입증의 부담을 지우는 것은 아니다. 대개는 불법반출된 문화재의 인벤토리와 카타로그의 존재, 문화유적지와 콜렉숀의 공표만으로도 불법문화재의 반환을 위한 충분한 입증자료가 될 수 있을 것이다.[117]

116) Art.5(4) Any request made under paragraph 1 of this article shall contain or be accompanied by such information of a factual or legal nature as may assist the court or other competent authority of the State addressed in determining whether the requirements of paragraphs 1 to 3 have been met.

117) Explanatory Report, 532.

5) 시효기간 - 제5조(5)

제5조(5)는 "*반환의 요청은 요청국이 문화재의 소재지와 그 점유자를 안 때로부터 3년 이내에, 그리고 제5조 (2)항에 언급된 허가대로 반출된 때로부터 또는 그 문화재가 반환되었어야 할 때로부터 50년의 기한 이내에 제기해야 한다*"고 규정하고 있다.[118] 이는 불법 반출된 문화재 반환소송의 시효기간으로서 도난품의 경우와 동일하다. 다만 임시 수출허가기간의 경과를 이유로 한 불법반출의 경우에는 반환되어야 할 시점부터 시효기간이 개시된다.

불법반출의 경우에는 도난의 경우와는 달리 특정 유형의 문화재에 대한 예외적인 시효가 마련되어 있지 않다. 그러므로 이러한 유형의 문화재가 불법반출 이전에 이미 도난된 경우에는 도난에 관한 예외규정을 적용하면 된다.

(3) 선의취득자에 대한 보상

1) 총 설

반환 요청국이 첫째, 문화재가 불법적으로 수출되었고 둘째, 수출이 제5조(3)에 규정된 당해 국가의 이해관계를 심각하게 손상하거나 셋째, 목적물이 그 국가의 중대한 문화재라는 것을 입증하고 또 소송이 제5조(5)에 규정된 기간내에 제기된 경우에는 요청을 받은 국가의 법원과 관할 당국은 제6조에 정해진 보상절차에 따라 그 문화재의 반환을 명해야 한다.

118) Art.5(5) Any request for return shall be brought within a period of three years from the time when the requesting State knew the location of the cultural object and the identity of its possessor, and in any case within a period of fifty years from the date of the export or from the date on which the object should have been returned under a permit referred to in paragraph 2 of this article.

2) 상당한 보상 - 제6조(1)

① 취 지

협약 제6조(1)은 "*불법적으로 반출된 뒤에 그 문화재를 취득한 점유자는 취득할 당시에 그 문화재가 불법적으로 반출되었다는 사실을 몰랐거나 합리적으로 몰랐을 경우에는 반환시에 청원국가로부터 공정하고 합리적인 보상금을 받을 권리를 갖는다*"고 규정하고 있다.[119] 반환의무를 지는 선의취득자의 손해를 전보하기 위한 상당한 보상의 취지와 그 내용은 도난의 경우와 다를 바 없다. 제6조(3)은 요청국의 동의를 전제로 하여 보상금 지급에 갈음을 대안을 제시하고 있다.

② 공정하고 합리적인 보상

공정하고 합리적인 보상에 대해서는 아무런 정의 규정을 두고 있지 않은데, 도난의 경우와는 달리 불법반출 문화재에 있어서는 반드시 구입시 지급한 금액에 상응하는 수준을 요구하는 것은 아니라는 점을 유의할 필요가 있다. 근래에 나타나는 예술작품의 이례적인 가격 상승을 고려할 때 만일 이러한 수준의 보상을 요구하게 되면 많은 국가들은 부족한 문화재반환 예산으로 인해 자칫 반환 요청자체가 불가능해질 우려가 있기 때문이다. 그러나 요청국과 소재지국에서의 목적물의 상업적 가치를 포함한 모든 관련 상황들은 법원이 보상 수준을 정하는데 있어서 고려요소가 됨은 도난의 경우와 다를 바 없다고 하겠다.

119) Art.6(1) The possessor of a cultural object who acquired the object after it was illegally exported shall be entitled, at the time of its return, to payment by the requesting State of fair and reason compensation, provided that the possessor neither knew nor ought reasonably to have known at the time of acquisition that the object had been illegally exported.

③ 보상의 지급자

선의점유자에 대한 보상 책임은 반환 요청국에 있다. 이 점은 보상의 주된 지급책임자를 따로 명시하고 있지 않은 도난의 경우와는 다른 점이다. 요청국을 대신해서 제3자로 하여금 보상금을 지급할 수 있도록 허용하자는 제안이 있었으나 협약문에는 채택되지 않았다.[120]

④ 상당한 주의의무

점유자가 문화재를 취득할 당시에 불법반출 사실을 몰랐거나 이를 아는 것이 합리적으로 불가능하였을 경우에만 보상을 청구할 수 있다. 상당한 주의를 기울인 여부를 판단하는 시점이 취득시인 점은 협약 제4조(2)와 같지만 다음과 같이 두 가지 점에서 차이가 있다. 첫째, 도난의 경우와는 달리 취득자가 상당한 주의를 기울였음을 확실히 할(establish) 필요가 없으므로 도난품 취득시보다 낮은 정도의 주의를 요구한다는 점이다. 둘째로는, 점유자가 불법반출임을 알았거나 알 수 있었을 것이라는 사실에 대한 입증의 부담이 누구에게 있는가에 대해서는 규정이 없다는 점이다. 청구자 측에 그 입증의 부담이 있는지 아니면 보상을 청구하는 자 측에 있는지는 결국 당해 사건에 적용될 국가의 법에 맡길 수밖에 없다.

3) 상당한 주의의 판단 - 제6조(2)

협약 제6조(2)는 "*점유자가 그 문화재가 불법적으로 반출되었는지를 몰랐거나 합리적으로 몰랐는지의 여부를 결정함에 있어서, 요청국의 법상 요구되는 반출 확인서의 부재 등을 포함한 취득의 상황을 고려하여야 한다*"고 규정하고 있다.[121] 취득자가 상당한 주의를 다 하였는지

120) Explanatory Report, 536.
121) Art.6(2) In determining whether the possessor knew or ought reasonably to have

를 판단함에 있어서는 취득당시 상황, 특히 매수인이 주요 예술품에 적용되는 수출제한조치나 대다수 국가에서 쉽게 입수할 수 있는 정보 등을 조사하였는지를 포함해서 모든 상황을 고려해야 할 것이다. 이와 관련해서 본조는 요청국의 법상 요구되는 반출확인서의 존재 여부를 고려하도록 하는 특별규정을 두고 있다. 이는 각국으로 하여금 문화재의 수출허가 시스템을 운용하도록 하는 인센티브로 작용하게 된다.

이는 1970년 협약 제6조를 보완하는 것으로서 동조에 의하면 반출증명서가 없이는 문화재를 해외로 이전시킬 수 없고 이를 일반에게 공지하는 제도인 반출증명서제도를 도입할 것을 체약국에 요구하고 있다. 또 EEC Regulation No. 3911/92는 유럽 외에로 소정의 문화재를 반출할 경우 이러한 수출면허를 받도록 하고 있다.

4) 보상의 대안 - 제6조(3)

① 취 지

협약 제6조(3)은 "*문화재의 반환을 요구받은 점유자는, 청원국과의 합의하에, 보상에 대신하는 다음 대안을 선택할 수 있다; (a) 문화재의 소유권을 계속 유지하거나; 아니면 (b) 반환요청국의 거주자로서 필요한 보증을 하는 자에게, 대금을 받거나 또는 무상으로, 소유권을 양도하는 일*"이라고 규정하고 있다.[122] 이 규정은 한편으로는 선의 취득자의 권리를 보장하는 동시에 다른 한편으로는 보상비용의 마련이 어려운 국가들의 문화재반환을 촉진시키기 위한 대안으로 채택된 것이다.

---

known that the cultural object had been illegally exported, regard shall be had to the circumstances of the acquisition, including the absence of an export certificate required under the law of the requesting State.

122) Art.6(3) Instead of compensation, and in agreement with the requesting State, the possessor required to return the cultural object to that State may decide:
(a) to retain ownership of the object; or
(b) to transfer ownership against payment or gratuitously to a person of its choice residing in the requesting State who provides the necessary guarantees.

② 2가지 대안

첫째 대안은 점유자로 하여금 소유권을 계속 유지하도록 하는 것이다. 즉 반환은 하되 법적인 소유권만 유보하는 절충방식의 해결책이다. '소유권'(ownership)이라는 문언은 본조에서 처음 사용되고 있는데 이는 관할법원으로 하여금 이 규정을 이유로 문화재에 대한 법적 권리를 부여할 수 있다는 의미이고 소유권의 인정문제는 요청국과 선의 점유자간에 적용될 준거법에 의해 정해질 것이다.

둘째 대안은 대금을 받거나 또는 요청국에 거주하는 자로서 필요한 보증을 하는 자중에서 점유자가 선정한 자에게 무상으로 소유권을 양도하도록 하는 것이다. 이러한 사람은 법인 또는 자연인으로서 요청국에 의해 신뢰할 수 있는 자로 인정되어야 하며 다른 불법반출에 연루되지 않아야 할 것이다. 보통은 박물관이나 갤러리와 같은 기구가 이에 해당할 것이다.

5) 반환비용 - 제6조(4)

① 취 지

협약 제6조(4)는 "*본 조에 의한 문화재 반환비용은, 요청국이 이를 타인으로부터 회수할 권리를 침해하지 않는 한, 요청국이 부담해야 한다*"라고 규정하고 있다.[123] 여기에서 말하는 비용(cost)은 제1항의 점유자에 대한 '보상(compensation)'과는 관련이 없는 것으로서 순수히 문화재 반환에 소요되는 행정적, 실질적인 비용을 의미하며 주로 운송비나 보험료 등을 가리킨다. 이에 반해 문화재반환소송과 관련한 비용은 소송이 제기된 국가의 관련 절차법에 따라 그 부담이 결정되며 여기에서

123) Art.6(4) The cost of returning the cultural object in accordance with this article shall be borne by the requesting State, without prejudice to the right of that State to recover costs from any other person.

말하는 비용에는 포함되지 아니한다. 비용을 지급한 요청국 정부는 불법반출에 책임이 있는 제3자에게 구상을 할 수 있음은 당연하다.

② 반환비용의 지원

유네스코가 1999년에 설립한 「문화재의 원소재지반환 또는 불법 몰수의 경우 반환을 위한 국제기금」(International Fund for the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation)[124] 문화재의 운송이나 기타 전시시설 또는 박물관 전문가의 훈련 등에 대한 재정지원을 함으로써 상실된 문화재의 회수를 위한 필요한 자원을 지원하고 있다.

6) 무상취득자의 지위 - 제6조(5)

협약 제6조(5)는 "*상속 또는 무상에 의해 취득한 점유자는 문화재를 이전해준 자보다 더 유리한 위치에 있지 않다*"[125]고 규정하고 있다. 도난문화재의 경우와 동일하다.

(4) 불법 반출의 예외

1) 규정의 내용 - 협약 제7조(1)

협약 제7조(1)은 "*제3장의 규정은 다음의 각 사항에는 적용하지 아니한다: (a) 반환이 요청된 당시에는 문화재 반출이 이미 불법이 아니게 된 경우; 또는 (b) 문화재창작자의 생존기간 또는 그 사후 50년의 기간 이내에 반출된 문화재*"라고 규정한다.[126] 협약 제7조는 불법반출문화

124) 유네스코총회 30차 총회결의에 의해 1999년 설립됨.

125) Art.6(5) The possessor shall not be in a more favourable position than the person from whom it acquired the cultural object by inheritance or otherwise gratuitously.

126) Art.7(1) The provisions of this Chapter shall not apply where:
(a) the export of a cultural object is no longer illegal at the time at which the return is requested; or

재의 반환에 관련된 다음과 같은 두 가지 예외를 규정하고 있다.

2) 반출의 합법화

반출 당시에는 그 반출이 불법이었으나 반환요청시에는 합법화 된 경우에는 협약 제3장의 규정이 적용되지 아니한다. 반환요청을 받은 국가의 법원이나 관할 당국의 입장에서는 요청국에서 이미 그 반출제한을 폐기하였음에도 불구하고 반환을 요구하는 것은 존중할 필요가 없으며 만일 그것이 반환된 경우에도 바로 재수출 될 수 있기 때문에 이를 예외로 한 것이다.

3) 현존작가의 작품

① 취 지

문화재 창작자의 생존기간 동안 또는 그 사후 특정기간내의 반출된 문화재에 대해서는 제3장의 규정을 적용하지 아니한다. 이는 현대예술을 촉진시켜 생존예술가들로 하여금 해외에서의 명성을 획득할 수 있도록 할 필요에 따른 것이다. 그리하여 대부분의 국가들도 현존 예술가들의 작품을 문화재보호법의 영역에서 제외시키고 있다. 국가에 따라서는 현존 예술가들의 작품을 해외로 반출시키는 것을 금지하는 경우가 있지만 이는 본 협약에 의해 국제적으로 그 집행력을 보장받지 못한다.[127] 이러한 협약의 태도는 각국으로 하여금 현대예술을 보호하기 위해, 수출제한조치를 취함으로써 오히려 대상 작품의 국제적 가치를 떨어뜨리고 결과적으로는 작품의 국제적 이전을 제한하기 보다는, 국가가 이를 적극적으로 매수하는 정책을 취하도록 유도할 것으로 기대된다.

(b) the object was exported during the lifetime of the person who created it or within a period of fifty years following the death of that person.

127) 협약 제9조를 원용해서 작가의 생존기간이나 사후 50년이 안된 경우에도 반환을 금지할 수도 있다.

② 예외인정 기간

논의의 대상이 된 것은 이러한 예외가 인정될 기간이다. 협약의 준비과정에서는 예술가의 생존기간이면 충분하다고 보는 견해가 있는 반면 예술가의 사후 일정기간 동안에는 그 가족이나 상속인의 이익도 보호받아야 한다는 견해가 대립하였는데 작가의 사후 50년까지로 하는 안이 채택되었다. 이는 1886년 베른협약(Bern Convention) 등 저작권법을 유추한 것이다. 따라서 이 기간이 종료되면 그 문화재는 본협약의 적용범위에 들어오고 그 반환청구가 가능하다.

③ 작가불명의 경우

반환청구에 대한 예외인정은 문화재 자체의 연륜이 아니라 창작자의 생존기간을 고려하기 때문에 작품의 창작자를 알 수 없는 경우에는 이 규정은 적용되지 아니한다. 가령 동방정교회의 종교적 작품의 경우에는 창작자의 이름을 의도적으로 밝히지 않는 경우가 많은데 이와 같은 작가미상의 작품에 대한 특별한 보호가 필요하기 때문에 다음 항에서 특별규정을 마련하였다.

4) 토착 문화재의 예외 - 제7조(2)

협약 제7조(2)는 "*전항(b)의 규정에도 불구하고 이 장의 규정은 부족이나 토착민 집단이 전통적으로 또는 의례에 사용하는 문화재로서 그 집단의 일원에 의해 제작된 것에 대해서는 적용되며 그 문화재는 그 집단에 반환되어야 한다*"라고 규정하고 있다.[128] 이는 대부분의 작품이 작가 미상이고 그 연대를 결정하기 어려운 토착민 사회의 문화재

128) Art.7(2) Notwithstanding the provisions of sub-paragraph (b) of the preceding paragraph, the provisions of this Chapter shall apply where a cultural object was made by a member or members of a tribal or indigenous community for traditional or ritual use by that community and the object will be returned to that community.

에 대해서만 적용된다.

그러한 문화재의 불법반출은 공동체의 정체성을 해치게 된다는 측면에서 그 원래 공동체로의 반환을 규정한 것이므로 점유자는 제6조(6)에 따라 누구에게 반환할 것인가를 선택할 수 없고 그 원래의 공동체로 반환해야 한다. 이 규정은 부족이나 토착민사회를 보호하기 위한 특별규정으로서 전문 제4항, 협약 제3조(8)항 및 제5조(3)항과 그 취지를 같이 한다.

6. 일반규정

(1) 관할·중재조항

1) 소재지국의 특별관할 - 제8조(1)

제8조(1)은 "*제2장에 명시된 청구와 제3장에 명시된 요청은, 체약국에서 발효중인 법규정에 의해 사법권을 가지고 있는 법원 기타 관할 당국 외에, 문화재 소재지 체약국의 법원이나 관할 당국에 제기할 수 있다*"고 규정하고 있다.[129] 이 규정은 도난 또는 불법반출 문화재의 반환청구와 관련된 통일적인 관할권을 정하기 위한 규정이다. 즉 관할권은 문화재가 소재하는 국가의 법원이나 관할 당국이 가지며 그 외에 체약국의 법에 의해 달리 관할권을 가지는 법원 또는 당국이 가진다. 이와 같이 협약은 일반적인 관할권[130]이외에 문화재소재지국의 특별관할권을 인정하고 있는 점에서 중요한 의미를 가진다. 소재지국

129) Art.8(1) A claim under Chapter II and a request under Chapter III may be brought before the courts or other competent authorities of the Contracting State where the cultural object is located, in addition to the courts or other competent authorities otherwise having jurisdiction under the rules in force in Contracting States.

130) 국내민사소송법등에 의해 인정되는 관할권이나 유럽국가들간에 체결된 1968년 브뤳셀협정 또는 1998년 루가노협정, 범미협정(pan-American Convention) 과 같은 관할에 관한 국제협정에 의해 인정되는 일반관할.

의 특별관할을 인정하는 것은 청구자가 신속하게 소를 제기할 수 있고 또 법원도 그 판결의 이행인 반환명령을 다른 국가의 힘을 빌리지 않고 용이하게 집행할 수 있기 때문이다. 그러므로 외국판결의 승인 집행에 관한 조항은 따로 둘 필요가 없게 되었다.

2) 중재・관할 합의 -제8조(2)

협약 제8조(2)는 "*당사자들은 분쟁을 어떤 법원이나 또는 다른 관할권을 가지고 있는 당국이나 중재에 회부할 것에 동의할 수 있다*"고 규정하고 있다.[131] 이러한 선택권의 부여는 절차적 자유의 원칙에 기한 것이며 가급적 많은 국가들이 협약을 비준하도록 하기 위함이다.

반환청구에 대한 중재회부는 그 절차적 신속성과 중립성 및 비밀보장으로 인해 특히 권장되고 있다.[132] 중재에 있어서는 전문가들이 중재인으로 참여할 수 있어 각 문화재의 특성에 따른 신축성 있는 판단이 가능할 뿐 아니라 중재판정은 그 승인집행이 국제적으로 보장된다는 이점이 있다.

3) 소재지 이외의 법원에 제소된 경우 - 제8조(3)

협약 제8조(3)은 "*문화재의 반환(restitution, return) 소송이 문화재의 소재지 이외의 체약국 법원이나 관할 당국에 제기된 경우에도, 그 문화재의 소재지 체약국의 법률상 인정된 보호 또는 잠정적 보전조치를 원용할 수 있다*"고 규정하고 있다.[133] 이는 문화재 소재지 이외의 국가에 제기된 청구와 관련한 제1항의 일반관할을 보완하는 규정인데,

131) Art.8(2) The parties may agree to submit the dispute to any court or other competent authority or to arbitration.

132) Barbara T Hoffman, Art and Cultural Heritage: Law, Policy, and Practice, Cambridge University Press, 2005, 325.

133) Art.8(3) Resort may be had to the provisional, including protective, measures available under the law of the Contracting State where the object is located even when the claim for restitution or request for return of the object is brought before the courts or other competent authorities of another Contracting State.

이 경우에도 소재지법에 의한 처분금지 등 잠정적 보호조치를 원용할 수 있다. 1968년 브뤳셀협정 제24조와 동일한 취지이다.

(2) 체약국의 보호조치 확대

1) 체약국의 보호조치 확대 - 제9조(1)

협약 제9조(1)은 "*이 협약의 어떤 조항도 체약국이 도난 또는 불법적으로 반출된 문화재를 반환(restitution, return)받기 위해서 이 협약에 규정된 것보다 더 유리한 법 적용을 금하지 아니한다*"라고 규정하고 있다.[134] 협약은 문화재반환을 촉진시키기 위한 최소한의 공통적인 법원칙들을 정하는 것이므로 협약보다 그 보호의 폭을 확대하기를 원하는 체약국에게는 반환에 보다 유리한 법원칙의 적용을 금지할 필요가 없다고 하겠다.

다만 보다 유리한 조치의 구체적인 내용이 무엇인가에 대해서는 여러 제안이 있었는데 가령 문화재 개념 확대라든가, 시효기간의 연장, 선의취득자에 의한 보상청구의 제한, 협약의 소급효 인정 등과 같은 것들을 생각할 수 있다. 본문에는 그 구체적인 내용을 규정하지 않고 일반원칙만을 선언하기로 하였다.[135] 그 초점은 주로 당해 체약국이 다른 국제협약이나 또는 국제사법 규정에 의해 상대국의 법을 승인집행하는 것이 이 협약을 적용하는 경우보다 유리한 경우를 상정하고 있다.[136]

그리고 규정상으로 볼 때 이는 의무가 아니고 체약국의 선택에 맡겨진 것으로서 만일 어느 체약국이 이러한 선택을 한 경우에는 협약

134) Art.9(1) Nothing in this Convention shall prevent a Contracting State from applying any rules more favourable to the restitution or the return of stolen or illegally exported cultural objects than provided for by this Convention.
135) 전문 제5항과 6항 참조.
136) Explanatory Report, 546.

의 목적을 준수해야 할 것이다. 이러한 우대조치는 일방적인 것이기 때문에 상대국에 대해서도 상응하는 대응조치를 청구할 수 없다.

2) 협약의 규정 존중 - 제9조(2)

협약 제9조(2)는 "*본 조의 규정은 이 협약의 규정에 위배되는 다른 체약국의 법원 기타 관할당국의 결정을 인정하거나 강요할 의무를 지우는 것으로 해석해서는 아니된다*"라고 규정하고 있다.[137] 위 제1항의 규정에 의해 반환청구자에게 보다 유리한 법원칙을 적용하는 체약국이 많아질 경우에는 반환청구자들은 이러한 국가를 찾아 소송을 제기하는 이른바 "forum shopping"이 가능하고 따라서 선의취득자의 방어권보장이 어려워진다는 우려가 제기된바 있다. 그러나 이러한 상황이 발생하는 것은 각국법의 차이에서 기인하는 것이지 우대조치부여 때문은 아니며 또 물건반환소송의 관할권은 그 물건의 취득시 소재지로 정해지는 것이 보통이기 때문에 이러한 forum shopping의 우려는 현실적이지 않다고 하겠다. 그러나 이러한 우려를 불식시키기 위해 주의규정을 두게 된 것이다.

(3) 협약의 비소급효

1) 총 설

협약이 체결되기 이전에 도난 또는 불법 반출된 문화재의 반환에도 협약이 적용될 것인가 하는 점이 협상의 초기부터 큰 쟁점이었다. 만일 이러한 소급효를 인정한다면 반환소송을 당할 소지가 많은 선진국들이 대거 이 협약에 참여하지 않을 것이 분명하기 때문에 1969년 비엔나조약법협약상(Vienna Convention on the Law of Treaties)의 소급

137) Art.9(2) This article shall not be interpreted as creating an obligation to recognise or enforce a decision of a court or other competent authority of another Contracting State that departs from the provisions of this Convention.

효 부인원칙에 따라 불소급효를 명문으로 인정하는 조항을 두기로 하였다. 다만 이 협약이 그 이전의 도난 또는 불법반출문화재에 대한 면죄부를 부는 것으로 해석되어서는 안 된다는 조항도 함께 넣기로 하였다.

2) 도난문화재의 경우 - 제10조(1)

협약 제10조(1)은 "*제2장의 규정은 소송을 제기한 국가에서 이 협약이 발효된 후에 도난당한 문화재에 대해서만 적용되는데 체약국에서 (a) 이 협약이 발효된 후에 그 국가의 영토에서 도난당한 문화재 (b) 또는 이 협약이 발효된 후에 그 국가에 소재하는 문화재에 대해서만 적용된다*"라고 규정하고 있다.[138]

(a)의 경우에는 협약 발효 후에 문화재가 체약국에서 도난당한 경우이므로 소를 제기할 당시에 반환대상 문화재가 비체약국의 영토내에 소재하는 여부는 문제가 되지 아니한다. 다만 그럴 경우에는 반환을 명하는 판결 등의 집행상 어려움이 예상된다. (b)에서는 협약이 청구국과 피청구국에서 발효된 이후에 문화재가 체약국에 소재하게 된 경우로서, 이때에서 문화재가 비체약국에서 도난당하거나 또는 협약이 그 국가에 효력이 발생한 이후에 체약국에서 도난당한 여부를 불문한다.

3) 불법반출문화재의 경우 - 제10조(2)

협약 제10조(2)는 "*제3장의 규정은 요청국과 피요청국에서 이 협약이 발효된 후에 불법 반출된 문화재에만 적용된다*"고 규정하고 있

138) Art.10(1) The provisions of Chapter II shall apply only in respect of a cultural object that is stolen after this Convention enters into force in respect of the State where the claim is brought, provided that:
(a) the object was stolen from the territory of a Contracting State after the entry into force of this Convention for that State; or
(b) the object is located in a Contracting State after the entry into force of the Convention for that State.

다.[139] 협약은 엄격한 상호주의에 입각하여 소송은 체약국의 법원기타 당국에 제기하며 그 대상은 협약발효 후 불법반출된 문화재이다.

4) 불소급효와 기존상태의 불법성 - 제10조(3)

협약 제10조(3)은 "*이 협약은 이 협약이 효력을 발생하기 전에 이루어졌거나, 제10조의 (1)과 (2)에 의해 협약의 적용대상에서 제외된 어떠한 불법적인 거래도 결코 합법화하거나, 또 이 협약이 효력을 발생하기 전에 도난 또는 불법적으로 반출된 문화재의 반환(restitution, return)을 위해서 이 협약의 테두리 밖에서 이용할 수 있는 구제절차에 따라서 소송을 제기할 국가와 개인의 권리를 결코 제한하지 아니한다*"고 규정하고 있다.[140]

소급효의 불인정이 협약발효 이전의 도난이나 불법반출을 합리화할 것이라는 우려 때문에 협약의 전문 제7항에서는, 이 협약이 장래를 향해서 효력이 있다는 것은 이 협약의 효력이 발생하기 전에 이루어진 불법적인 거래를 승인 또는 합법화하지 않는다는 것을 확인한다는 선언을 하였고 동시에 본항에서 이와 동일한 내용의 규정을 두었다. 그러므로 이 협약의 존재가 과거문화재의 반환청구를 위한 관련국간의 쌍무협상에 대해 장애가 되는 것은 아니다. 이러한 취지에서 현재 유네스코 정부간위원회를 통한 문화재반환노력이 중요하다.

---

139) Art.10(2) The provisions of Chapter III shall apply only in respect of a cultural object that is illegally exported after this Convention enters into force for the requesting State as well as the State where the request is brought.

140) Art.10(3) This Convention does not in any way legitimise any illegal transaction of whatever which has taken place before the entry into force of this Convention or which is excluded under paragraphs (1) or (2) of this article, nor limit any right of a State or other person to make a claim under remedies available outside the framework of this Convention for the restitution or return of a cultural object stolen or illegally exported before the entry into force of this Convention.

제 3 장 주요 체약국의 1970년 협약 이행

제 1 절 미 국

1. 1970년 협약과 미국

문화재보호와 관련된 근본적인 이해상충은 "시장국가(market nation)"[141]와 "원천국가(source nation)"[142]간에 존재한다. 대부분의 시장국가는 선진국 또는 문화재에 대한 수요가 국내적인 공급을 초과하는 나라들이다. 이들은 대부분 문화국제주의를 지지하며 문화재의 자유거래와 문화재의 유통을 원한다. 이에 대해서 원천국은 대부분 개발도상국으로서 문화재 공급이 국내적 수요를 초과한다. 시장국가의 문화재에 대한 높은 수요는 원천국으로부터 문화재 유출을 촉진하기 때문에 원천국은 문화재의 불법적인 수출을 예방하고, 문화재의 국내 유보를 정당화하기 위해 문화 국가주의 입장을 지지한다.[143]

미국과 멕시코는 시장국가와 원천국가간의 갈등을 가장 잘 보여주는 예에 속한다. 미국은 부유한 국가로서 국제적으로 가장 규모가 큰 예술품과 문화재 구매시장을 가지고 있으며 따라서 도난 문화재가 유통되는 장이 된다. 반대로 멕시코는 개발도상국으로서 세계에서 가장 풍부한 골동품과 문화재의 보유국이다. 더 나아가서 두 국가는 국경

141) "시장국가"라는 용어는 자국 국민이 많은 외국 예술품을 구매하는 국가를 의미한다. 또 다른 용어예로는 "구매국가(purchaser nation)", "수집국가(collector nation)", "예술품 빈곤국(artifact-poor nation)", "수요국(demand nation)"등이 사용된다. Lisa J. Borodkin, *The Economics of Antiquities Looting and a Proposed Legal Alternative,* 95 Colum. L. Rev. 377, 385 (1995).

142) "원천국가"라는 용어는 골동품이 풍부하게 출토되는 국가를 가리킨다. 다른 용어로는 "예술품 풍요국(artifact-rich nation)", "nation of origin", and "공급국(supply nation)." 등이 사용된다.

143) Merryman, *Two Ways*, 846-47.

을 마주하고 있어서 이런 불법적인 문화재 교류가 손쉽게 이루어질 수 있는 지리적인 관련성을 가지고 있다. 이에 따라 미국과 멕시코간에는 “콜럼버스 시대 이전의 문화재(pre-Columbian artifacts)”의 불법거래가 활발하였고, 어떻게 하면 효과적으로 이에 대처할 수 있는 방안을 모색할 수 있는가에 대한 국제적인 모범사례가 되고 있다. 두 국가는 1970년 협약의 채택에 있어서 가장 중요한 역할을 하였음은 앞에서 본바와 같다.

2. 문화재협약이행법(CPIA)

(1) 협약의 비준

미국은 세계최대의 문화재 시장을 가지고 있고 또 초강대국으로서 미국의 참여 여부는 문화재 불법거래 관련 협약의 성공에 지대한 영향을 준다. 그런데 위에서 본 사정으로 인해 미국은 다른 유네스코 협약에서 보였던 소극적인 입장과는 달리 1970년 협약의 경우에는, 그 채택과정에서도 적극적인 역할을 하였을 뿐 아니라 이를 국내적으로 이행하는 데에 있어서도 다른 어느 시장국가보다 더 진취적인 태도를 보였다. 이리하여 미국은 협약이 채택된 직후인 1972년 상원의 만장일치 승인을 받아 동 협약을 비준한 바 있는데, 다만 1개의 유보(reservation)와 6개의 양해(understanding)를 부과하였다.[144] 양해는 이 협약은 자력 집행력(self-executing)이 없고 따라서 미국 내에서 효력을 발휘하기 위해서는 이행법의 제정이 필요하다는 것이다.[145] 그러나 이 이행법이 의회에서 통과되기까지는 10여년의 시간이 소요되었다.

144) 118 Cong. Rec. 27,924-25 (1972).

145) The United States understands the provisions of the Convention to be neither self-executing nor retroactive.

(2) CPIA의 주요내용

1983년에 문화재협약이행법(Convention on Cultural Property Implementation Act: CPIA)[146]이 통과됨으로써 미국은 1970년 협약의 국내이행법을 제정한 최초의 문화재수입국이 되었다.[147] 그 주요내용을 살펴본다.

1) 정의규정 - § 2601

CPIA § 2601(Definitions)은 동 법상 사용되는 여러 용어에 대한 定義규정을 두고 있는데, '문화재'에 대해서는 1970년 협약의 문화재 개념을 그대로 수용하였다.

2) 국제협력 - § 2602

1970년 협약 제9조는 CPIA 제2602에 반영되었다. 협약 제9조에 의한 공식적인 요청이 있으면, 미국 대통령은 도난 위험에 처한 고고학 또는 인종학적 물품의 수입에 적용될 양자 협상에 들어갈 수 있고, 또한 이를 위한 다자 협상에 들어갈 수도 있다.[148] 그러나 이행법에 의해서 부여된 대통령의 협상권한은 다음과 같은 몇 가지 제한을 받는다.[149]

즉 대통령은 i) 국가적 문화유산이 고고학 또는 인종학적 물품의 도난에 의해서 위협에 처하고, ii) 당해 국가가 협약에 따른 보호조치를 취하고 있고, iii) 수입제한 조치가 중대한 도굴사항을 지연시키고, iv) 다른 특별한 구제 조치가 불가능하고, v) 수입 제한 조치가 문화재 교류에 대해서 국제사회가 가지는 이익과 일치해야 한다는 5가지가 보

146) Convention on Cultural Property Implementation Act, 19 U.S.C. ss 2601-13 (2000).
147) S. Rep. No. 97-564, 23 (1982).
148) 19 U.S.C. s 2602(a)(2)(A)-(B)
149) 캐나다의 경우에는 이러한 제한이 부과되지 않는다. Lyndel V. Prott, *International Control of Illicit Movement of the Cultural Heritage: The 1970 UNESCO Convention and Some Possible Alternatives*, 10 Syracuse J. Int'l L. & Com. 343 (1983).

장된다고 판단하면, 양자 또는 다자간 협상에 임해야 한다. 이와 같이 CPIA의 요건이 매우 엄격하기 때문에 대부분 국가들은 이를 원용하여 미국과의 반환협상에 들어가는 것을 주저하고 있다고 한다.[150]

3) 긴급수입제한 조치 - § 2603

CPIA § 2602의 엄격한 요건을 완화하기 위해 비상상황에서의 수입제한조치가 허용된다. CPIA § 2603은 문화재 도굴이나 훼손, 멸실의 인센티브를 줄일 수 있을 경우에는 임시적인 긴급수입제한조치를 허용한다. 긴급수입제한 조치를 취하기 위해서는 긴급상황이 존재한다는 것이 입증되어야 하기 때문에 긴급제한조치를 요청한 국가는 이를 입증할 만한 문서를 제공해야 한다.[151] 수입제한 조치는 5년을 한도로 하지만 비상상황이 계속될 경우에는 3년에 한해서 연장될 수 있다.

일단 협정이나 비상조치가 효력을 발생하게 되면 국무장관은 보호대상 고고학, 인종학적 물품 명부를 공고해야 한다.[152] 이렇게 수입제한조치의 대상 물품으로 지정되면 그 물품의 수입은, 출처국의 법을 위반해서 수출되지 않았음을 증명하는 서류를 구비하지 않는 한, CPIA § 2606에 의해 금지된다.

4) 수입제한 및 반환조치 - § 2607

CPIA는 1970년 협약 제7조(b)에 의한 의무를 이행하기 위해 미국정부로 하여금 다음과 같은 두 가지 방향에서 노력하도록 권한을 부여하고 있다. 첫째, 대통령으로 하여금 고고학적, 인종학적 물품들이 도굴되어서 수출됨으로써 손해를 입게될 다른 국가의 요청에 의해서 특정 유형의 예술품에 대한 수입제한 조치를 부과하는 것. 둘째, 다른

150) Jamison K. Shedwill, *Is The "Lost Civilization" of the Maya Lost Forever?: The U.S. and Illicit Trade in Pre-Columbian Artifacts*, 23 Cal. W.Int'l L.J. 227, 245 (1992).
151) 19 U.S.C.A. s 2603(c)(1).
152) 19 U.S.C.A. s 2604

국가의 공공 컬렉션으로부터 도난당하거나 등록된 문화재의 미국내 반입을 금지시키는 것이다. 이 법에 의한 수입제한 조치를 이행할 책임은 미국세관 당국이다.

CPIA § 2607의 내용은 1970년 협약 제7조(b)(i)와 거의 동일하다. 즉 이 조항은 박물관이나 기타 공공기관으로부터 도난된 물품의 수입을 금지하고 있는데, 다만 그 물건이 그러한 기관의 보유물이라는 증명이 있어야 한다. 앞에서 본 대로 미국정부는 1970년 협약을 비준하면서 제7조(b)(i)와 관련한 양해(understanding)를 유네스코에 제출하였는데 이에 의하면 상호주의에 입각해서 다른 국가들이 미국박물관으로부터 도난된 문화재의 반환과 회복에 관한 상응하는 조치를 취할 경우에만 미국도 동일한 조치를 취한다.[153] § 2607은 CPIA가 미국내에서 발효된 시점이후에만 적용된다. §2606과 2607을 위반해서 반입된 문화재는 몰수되고, 몰수된 외국 문화재는 원출처국에 반환된다.

실제로 위 CPIA의 조항에 의해 몰수되고 반환된 사례는 1996년 페루정부로 반환된 금동조각들이 처음이었으며[154] 이후로 불법 문화재들이 미국내에서 몰수되어 그리스・이탈리아・멕시코・터키 정부로 반환되었다. 이를 위해 CPIA에 의해 이들 국가와 행정 협정이 체결되거나 긴급조치들이 원용되었다.[155] 미국에 대해 불법문화재 반환청구가 가장 많았던 멕시코와는 CPIA 제정 전에 이미 그 반환을 위한 쌍

153) The United States is further prepared to take the additional steps contemplated by Article 7(b)(ii) for the return of covered stolen cultural property without payment of compensation, except to the extent required by the Constitution of the United States, for those states parties that agree to do the same for the United States institutions; 118 Cong. Rec. 27, 925

154) 1996년 5월 CPIA의 긴급수입제한조치에 의해 금장식품들이 처음으로 페루정부에 반환되었다.

155) 현재 미국과 양자협정이나 긴급수입제한조치들이 발효중인 국가는 Bolivia, Cambodia, Canada, Cyprus, El Salvador, Guatemala, Italy, Mali, Nicaragua, and Peru. 이다. U.S. State Dep't, Bureau of Educational and Cultural Affairs, Chart of Current and Expired ImportRestrictions Under the Convention on Cultural Property Implementation Act, at http://exchanges.state.gov/education/culprop/chart.html (last updated Sept. 30, 2002).

무협정이 체결되었으며, CPIA 이후에는 추가적인 협정을 체결한 바 없다. 나아가 미국과 멕시코는 1970년 협약 제9조의 취지에 부합하게 콜럼버스시대 이전문화재(pre-Columbian artifacts)의 불법거래에 관련된 조치를 취하고 있다.[156]

5) CPIA와 법원의 결정

CPIA가 주로 행정기관의 조치를 통해서 적용이 되도록 예정되어 있지만 미국 法院은 문화재 보호에 있어서 1970년 협약과 CPIA의 기본 취지를 존중하고 있다. 미국 법원이 CPIA에 기해 도난 문화재의 반환 명령을 처음으로 발령한 것은 1996년이다.[157] 이어 제7항소법원(Seventh Circuit)은 키프러스에 있는 그리스 정교회에서 도난된 모자이크의 반환을 명령했다.[158] 그 사건은 인디애나 주법에 의해 결정되었기 때문에 직접적으로 CPIA가 적용되지는 않았지만 재판부는 미국이 당사자가 되어있는 국제협약의 정신을 미국 사법당국이 존중해야 한다는 점을 분명히 하였다. 즉 재판부는 CPIA와 1970년 협약을 인용하면서 "이는 문화재를 존중하고 모든 인류의 문화유산을 존중하려 하는 노력을 구성한다"고 보았다.

1999년 뉴욕법원은 멕시코시티의 국립전시관으로부터 도난당한 18세기 멕시코 문헌의 반환을 명령했다.[159] 미국정부는 CPIA § 2609에 의해서 그 문서의 몰수를 청구하는 소송을 제기하였는데, 몰수대상 문헌이 멕시코 국립전시관의 소장목록에 속한다는 증거가 CPIA § 2607에 의해 제출되고, 또 도난 문헌이 유출된 것이 CPIA의 발효 이

156) U.S. Pre-Columbian Act에 기한 Bilateral Treaty of Cooperation.
157) 뉴욕지방법원이 이탈리아의 한 수도원으로부터 도난당한 marble torso의 반환을 명하였다. Nafziger, Seizure and Forfeiture, 19.
158) Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg and Feldman Fine Arts, Inc., 917 F.2d 278, 286-94 (7th Cir. 1990).
159) United States v. Original Manuscript, No. 96 Civ. 6221, 1999 WL 97894 (S.D.N.Y. Feb. 22, 1999).

후라는 점이 입증이 되어, 법원은 피고측의 보상청구를 기각하고 미국 정부의 몰수 명령을 승인하였다.

(3) 양자협정

1) 취 지

1970년 협약은 문화재 불법거래와의 투쟁에 있어서 중대한 진전을 이룩한 계기가 되었다. 그러나 문화재 불법거래와 관련한 이해관계는 각 국가간에 매우 다양하고 그에 대한 요구도 서로 다르기 때문에 이를 모두 다 추상적인 국제협정에 담을 수는 없다. 따라서 개별 당사국의 특별한 요구에 맞는 양자 협정이 필요하고 이러한 양자협정이야 말로 특정국가의 문화재를 보호하기 위한 가장 효과적인 수단일 수 있다.[160]

현재 문화재 유출국과 유입국간에는 이러한 문화재 반환과 유출방지를 위한 국제협정들이 다양하게 모색되고 있는데, 특히 국경을 맞대고 있다거나 과거 식민지 지배의 역사적 배경으로 인해 문화재 반출입이 심한 국가들간에 활발하다.[161] 이중에서 가장 긴밀하게 협력이 이루어지고 있는 모범적인 사례가 앞에서 본 대로 미국과 멕시코간의 협력이다.

2) 미국/멕시코 협력 협정

① 주요 내용

미국과 멕시코는 1970년 유네스코협정이 체결된 직후인 1970년 7월 17일에 「고고학적, 역사학적, 문화적 재산의 반환에 관한 미국/멕시코 협력협정」[162]을 체결하였다. 이 협정은 문화재의 불법반출을 방지하고

160) Abramson & Huttler, 942.
161) Abramson & Huttler, 948-49.
162) Treaty of Cooperation Between the United States of America and the United Mexican States Providing for the Recovery and Return of Stolen Archaeological,

도난 문화재 반환과 회수를 위한 양국간의 협력 증진을 기본적인 목표로 하고 있다. 이 협정은 고고학, 역사학, 문화적 재산에 적용되는데 특히 멕시코의 콜럼버스이전 문화유산(pre-Columbian artifact)과 고고학적 보물을 대상으로 하고 있다. 다만 적용대상 목적물을 정함에 있어서는 1970년 협약의 방식을 따르고 있는데, 그 대상을 양국의 문화 전통에 있어 중요한 목적물로서 양국 정부가 상호 협의를 거쳐 지정하는 문화재로 하기로 하였다.[163]

미국/멕시코 협정 제3조는 1970년 협약 제7조(b)(ii)와 유사하지만 보다 구체적인 절차를 규정하고 있다. 즉 1970년 협약은 문화재의 반환과 회수를 위한 적절한 조치를 취할 것을 요구하고 있고 반환과 회수가 성공적이지 못할 경우에 취할 그 다음 단계의 조치에 대해서는 아무런 규정이 없다. 이에 비해 미국/멕시코 협정에서는 반환요청을 받은 국가는 자국 영역 내에 존재하는 도난 문화재의 반환과 회수를 위해서 그 재량으로 필요한 법적 절차를 취하도록 하고 있다. 즉 상대국으로부터 이러한 공식적 요청이 있을 경우에는 요청을 받은 당사국에서는 자동적으로 반환을 위한 집행절차를 취해야 한다. 나아가 미국/멕시코 협정은 피 요청국의 법무장관으로 하여금 관할 법원에 민사소송을 제기하도록 하고 있다. 미국/멕시코 협정이 불법문화재 몰수와 반환에 관련되는 기존의 양국 국내법을 대체하는 효력을 가지고 있다. 미국/멕시코 협정에 의해 반환되는 문화재의 점유자에 대한 보상청구는 허용되지 않지만 요청국은 그 반환과 회수와 관련된 비용을 지급할 책임이 있다.

② 성 과

미국/멕시코 협정은 그 적용범위가 비록 제한되어 있기는 하지만 상

Historical and Cultural Properties, July 17, 1970, U.S.- Mex.,22 U.S.T. 494.

163) Treaty of Cooperation, 136.

당한 성과를 거두고 있다고 평가된다.[164] 이 협정은 1972년에 미국과 멕시코간 국경 너머로 116점의 예술품을 운반한 운반업자에게 처음 적용되었는데, 미국정부는 사법절차를 취하지 않고 요청된 물품들을 전부 반환하였다.[165] 1981년에 한 미국박물관은 멕시코로부터 불법으로 반출된 약 70개의 아즈텍 발굴물을 자원해서 반환하였다.[166] 1986년에는 이 협정에 근거해서 약 1200개의 고고학적 물건이 반환되었다.[167] 이러한 성공에도 불구하고 미국/멕시코 협정은 박물관 등에 소장되었다가 분실된 문화재 반환에만 초점이 맞춰져 있었기 때문에 미발굴된 매장물의 불법도굴에 대해서는 효과적인 보호를 제공하지 못하는 한계를 가지고 있다.

(4) 일방적 조치의 승인집행

1) 멕시코의 국유화조치

양자협정에 의한 상호협력 외에도 미국과 멕시코는 자국의 국내법에 기한 일방적 조치를 통해서 문화재 불법거래와 투쟁을 벌이고 있다. 이를 위해 멕시코는 1972년 「고고학적, 예술적, 역사적 기념물과 지역에 관한 연방법」[168]을 제정하여 콜럼버스 이전 문화재(pre-Columbian artifact)에 대한 전면적인 수출금지와 국유화조치를 취하였다. 앞에서 설명한 대로 1970년 협약에서는 보호대상 문화재를 각국이 정하도록 재량권을 주고 있기 때문에 멕시코 정부는 모든 pre-Columbian artifact를 국유재산으로 선언하고 이를 상업적 거래의 범위에서 제외시킨 것이다.

164) Prott & O'Keefe, 670.
165) Marlene Alva Gonzalez, New Legal Tools to Curb the Illicit Traffic in Pre-Columbian Antiquities, 12 Colum. J. Transnat'l L. 316, 322 (1973).
166) Jote, 169-70.
167) Jote, 169.
168) Ley Federal Sobre Monumentos y Zonas Arqueologicos, Artisticos e Historicos [Federal Law on Archaeological, Artistic and Historic Monuments and Zones], D.O., 6 de mayo de 1972 (Mex.)

미국은 멕시코와 같은 문화재국유화 조치를 취하고 있지 않지만 불법적인 문화재들이 미국 내로 유입되는 것을 억제함으로써 다른 나라의 문화재에 협력하고 있다.

2) 미국 법원의 멕시코 법 승인과 집행

이와 같이 문화재유출국들이 자국으로부터의 불법유출을 방지할 강력한 통제에도 불구하고 그러한 문화재가 유입되는 국가들이 상대국의 수출통제법을 승인하지 않거나 그 집행에 협력하지 않으면 큰 성과를 거둘 수 없다. 그런데 미국 법원은 콜럼비아 이전의 예술품에 대한 멕시코의 국유화 선언을 승인하고 집행하는데 적극적이다. 그 대표적 사례가 United States v. McClain[169]인데 이는 미국내 법인이 도난국유재산법(NSPA)위반으로 기소된 형사사건이다. 이들은 멕시코에서 유출된 것이 명확한 pre-Columbian artifact를 운송하기 위한 모의를 하였다는 혐의로 기소되었다. 피고인들은 운송품이 멕시코 국유화법을 위반한 것은 분명하지만 동법은 미국내에서는 효력이 없고 따라서 미국의 NSPA의 적용대상이 아니라는 항변을 제출하였다. 이에 대해 제5항소법원(Fifth Circuit)은 멕시코 정부의 국유화 선언과 수출제한조치는 NSPA의 적용대상이 됨이 충분하다는 이유로 항변을 기각하였다. 이 사례에 대해서는 다음에서 다시 다루기로 한다.

3. 도난국유재산법(NSPA)

(1) NSPA의 주요내용

불법문화재가 미국내로 반입되는 것을 차단하는데 원용되는 또 하나의 중요한 법이 1948년 제정된 「도난국유재산법」(National Stolen Property Act: NSPA)이다.[170] 앞에서 본 CPIA가 주로 민사적 구제수단

169) United States v. McClain, 545 F.2d 988, 1000-01 (5th Cir. 1977) (McClain I); United States v. McClain, 593 F.2d 658, 670-71 (5th Cir. 1979) (McClain II).

을 제공함에 대해 NSPA는 원천국의 국유화법(patrimony law)을 고려하고 또 형사제재를 가하는 근거가 된다는 점에서 차이가 있다.[171] 이 법은 “도난 또는 사기에 의해 취득된 것이라는 사실을 알면서도 5,000달러 또는 그 이상의 가치를 지닌 물품을 수입하거나 州간에 이동하는 자는 벌금 또는 10년 이하의 징역에 처한다”라고 규정한다.[172] 또 “도난이나 불법적으로 취득된 물품임을 알면서도 州간 또는 미국 국경을 넘어 불법적으로 유입된 물품을 수령・점유・은닉・저장・보관・판매하는 자는 벌금 또는 징역에 처한다”라고 규정하고 있다.[173]

미국 법원은 이 법이, 1970년 협약을 위시한 모든 불법문화재의 국제적 통제를 미국내에서 집행할 수 있는 법적 수단을 제공하고, 미국정부로 하여금 외국정부가 미국내에서 제기하는 불법반출 문화재 반환에 관한 소송상의 이익을 대변할 수 있도록 한다고 해석하고 있다.[174]

미국법원은 이 법을 적용함에 있어서 문화재 유출국의 국유화법이 당해 문화재에 대한 확실한 국가 소유권을 부여하고 있는 여부를 먼저 검토한다.[175] NSPA는 외국의 수출법을 위반하여 불법적으로 반출된 문화재를 미국내에서 매매한 경우에 적용되므로 피고가 유출국의 국유화법을 알고 있었다는 사실을 입증하는 것이 기소의 요건이 된다. 그런데 많은 경우 대상물의 반출과 출처를 둘러싼 상황이 모호해서 그 입증이 어렵거나 불가능하다는 점이 반환청구에 큰 장애가 되고 있다.[176]

---

170) National Stolen Property Act, 18 U.S.C. §§ 2314-2315 (2001).

171) Kavita Sharma, *From the Mayan Machaquila Stele to Egyptian Pharaoh Amenhotep's Head: United States Courts' Enforcement of Foreign National Patrimony Laws After United States v. Schultz*, 56 HASTINGS L.J. 749, 750 (2005).

172) National Stolen Property Act. 18 U.S.C. § 2314 (2001).

173) National Stolen Property Act. 18 U.S.C. § 2315 (2001).

174) Joshua E. Kastenberg, *Assessing the Evolution and Available Actions for Recovery in Cultural property Cases*, 6 DEPAUL-LCA J. ART & ENT. L., 39, 48-49 (1995).

175) Sharma, 756.

176) James E. Sherry, U.S. *Legal Mechanisms for the Repatriation of Cultural Property: Evaluating Strategies for the Successful Recovery of Claimed National Patrimony*, 37

(2) NSPA 적용사례

1) 국유화법에 대한 첫 번째 사례 - United States v. Hollinshead

NSPA에 의해 외국의 국유화법을 심사한 첫 번째 케이스가 1974년의 United States v. Hollinshead이다.[177] 피고는 과테말라 정글의 폐허에서 발견된 콜럼비아 돌기둥을 미국으로 반입하였는데 도난 문화재의 국경간 운송 모의를 하였다는 혐의로 기소되었다. 제9항소법원(Ninth Circuit)은 이들의 유죄를 인정하면서 돌기둥들이 과테말라법에 의해 국가소유이며 정부의 허가 없이는 반출할 수 없다는 전문가들의 증언을 받아들였다. 또한 법원은 피고들이 그 돌기둥들을 옮기는 것이 과테말라 정부의 법을 위반한 것이고 따라서 도난품이라는 사실을 알고 있었다는 충분한 증거가 있다고 판시하였다. 이 케이스는 원천국인 과테말라 정부가 충분한 입증자료를 제시함에 따라 법원이 과테말라의 국유화법에 대한 검토를 하지 않고 바로 범죄를 인정한 사례이다.[178]

2) NSPA상 유죄평결의 요건: United States v. McClain

1977년 United States v. McClain[179]에서 피고들은 pre-Columbian artifact를 멕시코에서 절취해서 미국에 판매하였다는 혐의로 연방대배심에 의해 기소되었다. 피고들은 문제된 문화재가 실제로 멕시코정부의 국유재산으로 소유된바가 없다는 항변을 제출하였다. 사건을 심리한 제5항소법원(Fifth Circuit)은 피고의 유죄를 인정하기 위해서는 이러한 품목이 멕시코법에 위반하여 반출되었고 반출당시 멕시코정부의 소유

GEO. WASH. INT'L L. REV. 532-33 (2005).
177) 495 F.2d 1154, 1155 (9th Cir. 1974); Sharma, 757.
178) Sharma, 757-58.
179) United States v. McClain, 545 F.2d 988, 996 (5th Cir. 1977) [McClain I]

라는 사실을 알고 있어야 한다고 판단시하였다. 그리고 문제된 품목이 실제 정부에 의해 물리적으로 소유된바가 없다고 하더라도 멕시코 정부 선언에 의해 국유화된 경우에는 NSPA가 적용된다고 판시하여 멕시코 정부의 국유화법을 승인하였다.

1979년에 피고들은 멕시코의 국유화법은 극소수의 멕시코 정부관리들에게만 접근가능해서 문화재를 거래하는 상인들이 그 존재와 내용을 알 수 없을 만큼 모호하다는 이유로 동인사안에 대해 두 번째 항소하였다.[180] 그러나 제5항소법원은 피고들이 공동품 전문가로서 최근 멕시코 국유법을 알고 있었다고 추정될 뿐 아니라 당해 물품의 기원에 대한 위증자료를 만들어 그 행동을 숨기려 기도하였다는 점에서도 실제로 국유임을 알고 있었다고 판단하였다. 이 케이스는 NSPA에 의해 기소하기 위해서는 첫째, 피고가 도난품이라는 사실을 알고 있었고 둘째, 적용될 국유화법이 명확해야 한다는 기준을 명확히 하였다.[181]

3) NSPA의 향후 전개방향 : United v. Schultz

2003년 United v. Schultz에서[182] 제2항소법원(Second Circuit)은 NSPA 적용요건 중의 하나인 외국 국유화법을 해석함에 있어 이전보다 유연한 입장을 취하였다. 뉴욕의 유명한 예술품 딜러인 Schultz는 이집트의 국유화법을 위반해서 이집트 예술품을 반출하여 미국에 판매하려 하였다는 죄목으로 NSPA에 의해 기소되었다. 피고는 목적물의 출처에 대한 위조라벨을 만들어 모조품으로 위장한 후 뉴욕에서 판매하려고 하였다. 제2항소법원은 1983년에 제정된 이집트 국유화법은 동년 이후에 이집트에서 발견된 모든 문화재에 대한 이집트정부의 소유권을 확립하는데 있어서 충분히 명백하다고 판시하였다. Schultz에 대한 기소는 미국법원이 형사사건에서 이들 국가의 이익을 반영하고 외국의 국유화법

180) United States v. McClain, 593 F.2d 658, 660-63 (5th Cir. 1979) [McClain II]
181) Sharma, 759-60.
182) 333 F.3d 393, 402 (2d Cir. 2003).

을 승인집행하려는 의지를 보여주는 표현이라고 하겠다.[183]

이와 같이 NSPA 적용의 객관적 요건인 국유화법의 존재는 해결되었지만 동법 적용에서 여전히 걸림돌이 되는 것은 피고가 대상물이 도난품이라는 사실을 알았는가 하는 주관적 인지요건의 입증이다.

(3) NSPA의 분석

1) 도난사실에 대한 악의 입증

NSPA에 의래 유죄가 인정되려면 피고가 도난을 하였거나 원천국의 국유화법 위반인줄 알면서도 물품을 수입해야 한다. 이와 같이 피고의 인지여부에 대한 무거운 입증책임을 반환요청국에 부담시키는 것은 과연 이 법의 입법목적이 도난 문화재의 반환에 있는가 아니면 위반행위자에 대한 형사처벌에 있는가 하는 의문이 들게 한다.[184] 주관적 요건을 완화한다면 더 많은 도난품의 반환이 실현될 수 있을 것이다.

2) 국유화법의 존재와 내용에 대한 입증

법원은 제출된 여러 정황증거에 기초하여 피고인의 인지여부를 심사하지만 피고가 외국의 국유화법을 충분히 알고 있었다는 점을 입증하는 것은 현실적으로 매우 어렵다.[185] 그리고 대상물이 도난품, 즉 도난 전에 원천국에 의해 국유재산임임을 나타내는 증거가 제시되어야 한다는 점도 이를 입증할 수 없는 미발굴 매장물의 경우에는 거의 불가능하다고 하겠다. Schultz사건은 피고들이 모조품컬렉션을 위장해서 거래하였다는 사실이 밝혀졌으므로 그들이 이집트 문화재국유법 위반

183) Laura M. Siegle, *United States v. Schultz: Putting Cultural Property in its Place*, 18 TEMP. INT'L & COMP. L.J. 453, 456 (2004).

184) Siegle, 464.

185) Ildiko Pogany DeAngelis, *How Much Provenance is Enough? Post-Schultz Guidelines for Art Museum Acquisition of Archaeological Materials and Ancient Art,* in LEGAL PROBLEMS OF MUSEUM ADMINISTRATION 241, 248 (ALI-ABA COURSE OF STUDY) (Mar. 30-Apr. 1, 2005)

사실을 알고 있었다는 점이 명확하여 큰 문제가 없었지만, 대부분의 경우에는 피고들은 이들이 불법적으로 수출되었거나 또는 원천국이 국유화 선언을 통해 소유권을 가지고 있었다는 사실을 모르고 거래하였다고 항변한다.

이러한 상황에서 반환요청국이 국유화법의 존재와 그 내용에 대한 피고의 인지를 입증하는 것은 매우 어렵다. 특히 대부분의 개도국에 있어서는 국유재산법은 특정 소수인들에게만 접근이 가능하고 또 전문가들만 그 내용을 이해할 수 있는 경우가 많다. 이에 따라 미국법원은 상당기간동안 외국의 국유재산법이 너무 모호해서 이를 근거로 미국 내에서 형사처벌하는 것이 어렵다는 입장을 취하여 왔다.[186] 따라서 NSPA에 기해 도난품 반환을 보다 성공적으로 수행하기 위해서는 문화재를 풍부하게 보유하는 국가들은 그들의 문화재국유화법을 명확하게 하고 일반인들이 쉽게 접근할 수 있도록 하여야 한다.

3) NSPA의 개정방향

이러한 지적에 따라 문화재를 유출당한 국가들이 미국내에서 반환청구를 성공적으로 수행하기 위해 필요한 사항들을 가이드라인 형식으로 보완하는 NSPA의 개정필요성이 제기되고 있다.[187] 가이드라인은 반환 요청국들이 자신의 문화재 국유화법을 어떻게 디자인하고 어떠한 입증자료를 준비할 것인가를 보여주어야 한다. 이 가이드라인에 따라 국유화법을 제정하게 되면 피고인들은 그 내용을 알고 있었다는 추정이 보다 쉽게 성립하여 피고인측에서 이러한 사실을 몰랐다는 입증을 하지 않는 한 그 책임을 면하지 못한다. 입증책임의 전환은 미국정부가 문화재 원천국의 이익을 대변하는 반환소송을 활발하게 제기하여 그 불법적인 거래를 억제하는데 크게 기여할 것으로 예상된다.[188]

186) McClain II, 593 F.2d 670.
187) Sharma, 756.
188) DcAngelis, 248-49.

제 2 절 영 국

1. 1970년 협약의 가입

(1) 협약가입을 위한 준비

1) ITAP의 설치

영국은 세계최대의 문화재 보유국이지만 그 대부분이 과거 식민지배나 전쟁을 통해 획득한 것으로서 그 반환 압력을 받고 있다. 이러한 이유 때문에 영국은 1995년 협약은 물론이고 1970년 협약에 가입하지 않고 있었다. 그러나 영국의 이러한 소극적인 태도는 문화재불법거래를 부추긴다는 비난을 크게 받았고 또 현실적으로 세계에서 중요한 문화재거래시장을 가지고 있는 영국으로서도 불법거래에 단호하게 대처할 필요가 있었다. 이리하여 2000년 7월 영국하원의 문화체육위원회(The Culture, Media and Sports Committee of the House of Commons)는 「문화재: 반환과 불법거래」라는 보고서[189]를 제출하면서 영국의 형사법이 특정국으로부터 불법반출, 도굴 또는 도난당한 문화재거래에 관련된 범죄에 대처하는 데에는 부적합하여 개정이 필요하다는 제안을 하였다.[190]

문화부(DCMS) 장관은 2000년에 런던대학 Norman Palmer교수를 위원장으로 하는 문화재불법거래자문위원회(Ministerial Advisory Panel on the Illicit Trade in Cultural Objects: ITAP)를 설치하고 첫째, 예술품의 국제적인 불법거래 정도와 영국의 관련에 대한 검토 둘째, 법적 또는 비법적 수단을 통해 이러한 불법거래를 방지하고 문화재를 보호하기 위해 영국이 어떠한 조치를 취해야 하는지에 대한 검토를 위임하였다.

189) Cultural Property; Return and Illicit Trade, TSO 0-10-251200-0

190) Department for Culture, Media and Sports(DCMS), Dealing in Cultural Objects (Offences) Act of 2003, Explanatory Notes, 1

2) ITAP의 제안

ITAP는 2000년 12월에 다음과 같은 3가지 제안을 하였다. 첫째, 기념물이나 난파선등으로부터 불법적으로 도굴·추출·도난된 문화재라는 사실을 알았거나 믿고서 부정하게 거래한 자를 처벌하는 새로운 형벌규정의 도입이 필요하다. 둘째, 문화재불법거래에 대처하기 위해서는 1970년 협약에 가입할 필요가 있으며, 가입한 경우협약의 이행을 위해 추가적인 입법조치 없이 현행법만으로도 협약을 이행할 수 있다. 셋째, 그러나 영국의 1970년 협약 이행을 위한 의지를 명확히 하고 현행 형사법의 미비점을 보완하기 위한 형벌규정의 도입이 필요하다.

3) 영국정부의 대응

영국정부는 ITAP의 제안을 받아들여 1970년 협약에 가입하기로 하였다. 그리고 가입에 따른 추가적인 입법조치는 요구되지 않지만 1970년 협약 이행에 대한 영국의 의지를 분명히 하기 위해 문화재불법거래를 처벌하는 새로운 형벌조항을 제정하기로 하였다.

(2) 협약가입과 유보

영국은 2002년 10월 31일 1970년 협약의 가입국이 되었다. 영국은 협약에 가입하면서 첫째, 영국은 협약 제1조의 규정에 따라 '문화재'를 1992년 Council Regulation(EEC)의 부속서 목록에 기재된 물품에 한정하는 것으로 해석하며[191] 둘째, 영국은 1970년 협약의 적용사항과 관련해서 EU회원국간에는 EU법을 우선 적용하며 셋째, 영국정부는

191) 회원국 영역으로부터 불법반출된 문화재의 반환에 관한 1993년 5월의 Council Directive 1993/7/EEC에 의해 수정됨.

1970년 협약 제7조(b)(ii)에 기한 문화재의 반환과 회수청구에 기존의 규칙들을 그대로 적용한다는 세 가지 유보를 하였다. 이와 같은 유보조항 때문에 EU회원국 영역으로부터 불법적으로 반출된 문화재의 반환에 관해서는 1970년 협약이 아닌 이사회규칙(Council Regulation)이 적용되고 유럽지역 이외에 대해서만 1970년 협약이 적용된다.[192]

(3) 1970년 협약과 영국법

1) 1970년 협약과 행정・형사법

영국에서는 문화재 도난과 불법거래에 대해 「1968년 절도법」(Theft Act) 제22조가 일반적으로 적용되며 해외에서의 도난품의 경우도 마찬가지이다. 앞에서 본 대로 이집트를 포함한 많은 원천국들은 특정 문화재를 국유로 선언하고 이들의 불법수출은 절도가 된다는 것을 선언하는 국유화법을 가지고 있다. 그러므로 이러한 국유화법을 위반해서 유출된 물품을 영국내에서 거래하면 위 절도법에 의해 도난품거래범죄를 구성하고 형사책임이 있다.

불법거래되는 도난품은 「1984년 경찰 및 형사증거법」(Police and Criminal Evidence Act)에 의해 증거물로 경찰에 압수된다. 이와 유사한 권한이 HM세관에도 부여되고 있다. 즉 문화재의 영국 반입시 제시되는 서류가 허위로 기재된 경우에는 세관은 「1979년 세관법」(Customs and Excise Management Act)에 의해 이를 몰수할 수 있다. 이와 같이 불법문화재가 경찰이나 세관에 의해 압수될 경우에는 이 물품은 원천국으로 반환된다.[193] 나아가 영국은 「2003년 문화재거래범죄법」을 새로 제정하여 영국내 또는 해외에서 기념물이나 건축물로부터 불법적으

192) DCMS, The 1970 UNESCO Convention - Guidance for Dealers and Auctioneers Cultural Property, 2003.12, 1-2,
193) DCMS, The 1970 UNESCO Convention, 3.

로 유출되었거나 분리된 문화재의 거래(수출입 포함)를 처벌하고 있다.

2) 1970년 협약과 민사법

1970년 협약 제13조(a)는 각 체약국에 문화재의 불법수출입을 촉진시킬 문화재의 소유권이전을 방지할 적절한 수단을 강구하도록 하고 있다. 영국정부는 영국의 기존 민사관련 법들이 이러한 협정상의 의무 이행에 충분하여 별도의 입법적 조치를 취하지 않았다. 이는 영국법이 “nemo dat quod non habet” - 매도인이 정당한 권리를 가지지 못하면 매입자도 정당한 권리를 행사할 수 없다 - 라는 법원칙에 입각하여 도난품에 대한 선의취득을 인정하지 않기 때문이다.

그러므로 외국의 문화재 국유화법을 위반해서 불법적으로 수출된 문화재를 비록 선의로 구매하였다고 하더라도 회수당할 수 있고 또 취득당시 상당한 주의를 다하였다는 것을 입증하지 못하면 지급한 대가를 보상받지 못하게 된다. 그러므로 이러한 민사소송의 위험을 감소시키기 위해 거래품목에 대한 출처를 확인할 필요가 있다.

3) 1970년 협약과 수출통제법

1970년 협약 제6조에 의하면 가입국은 (a) 대상문화재의 수출이 합법적이라는 사실을 명시할 적절한 증명서제도를 도입할 것 (b) 이러한 수출증명서를 구비하지 않을 경우에는 수출을 금지시킬 것 (c) 문화재 수출입에 관련된 사람들에게 이러한 내용을 공지할 것을 요구하고 있다. 영국정부는 기존의 수출면허제도가 이러한 협약상의 의무 이행에 충분하다고 판단하였다.[194]

한편 1970년 협약 제10조(a)에 의하면 문화재 딜러들은 구입자에게 문화재에 적용되는 수출금지에 대한 정보를 제공하고 이를 이행하지

194) DCMS, Export Controls on Object of Cultural Interest, 2005.11

않을 경우 벌금 또는 행정적 제재를 받게 된다. 그러므로 영국내 문화재딜러들은 그 매수인에게 문화재 원천국의 반출증명서 등 반출허가에 관한 정보를 제시해야 하고 이를 하지 않았을 경우에는 민사책임, 즉 「1979년 매매법」(Sale of Goods Act)에 의한 묵시담보(implied warranty) - 매매대상물이 그 목적에 적합한 품질과 타인의 권리주장으로부터 자유롭다는 담보-에 위반할 가능성이 있다.

4) 1970년 협약과 세법

1970년 협약 제10(a)는 각 체약국은 골동품딜러에게, 벌금과 행정제재를 수단으로 하여, 거래하는 문화재의 출처와 가격, 공급자의 주소와 성명 등의 기록을 보존하도록 요구하고 있다. 영국에서는 딜러들이 정기적으로 하는 부가세(VAT)신고를 위한 영업기록에 이러한 사항들이 포함되어 있기 때문에 새로운 입법이 없이도 협약상의 의무를 이행할 수 있다고 본다. 나아가 문화재 딜러들은 내국세(Inland Revenue) 납부를 위해 준수해야할 회계처리를 위해서도 거래내역에 대한 적절한 기록을 유지해야 한다.[195]

5) 1970년 협약과 윤리강령

1970년 협약 제5조(e)는 체약국들로 하여금 문화재거래에 관련하는 큐레이터나 수집상, 골동품상들을 위한 윤리규정을 마련하고 이를 준수할 조치를 취하도록 요구하고 있다. 영국은 1970년 협약 가입전에도 이미 국제박물관위원회(ICOM)의 영국지부, 영국 보존위원회(UK Institute of Conservation) 등 기구와 문화재거래에 종사하는 개별회사들이 내부적 행동강령을 마련하고 있다.

이러한 강령이나 회사의 내부규칙들은 출처가 미심쩍거나 불법수출된 문화재의 취득에 관한 규정들을 포함하고 있으며 영국의 문화체육

195) DCMS, The 1970 UNESCO Convention, 5.

부(DCMS)는 행동강령의 준수여부를 감독하고 필요한 경우 개선을 위한 추천한다.

2. 2003년 문화재 거래범죄법

(1) 연혁 및 구성

1) 제정배경

앞에서 본 바와 같이 영국은 1970년 협약에 가입하면서 그 효율적인 집행을 위해 ITAP의 제안에 따라 문화재거래범죄에 대한 특별법을 제정하기로 하였다. 이는 기존 1968년 도난법(Theft Act) 제22조에 의한 문화재불법거래의 규제에는 다음과 같은 몇 가지 한계가 있기 때문이다. 첫째, 도난법 제22조는 토지나 건축물소유자의 동의를 받았거나 또는 소유자가 없는 곳으로부터 발굴되었거나 반출된 문화재 거래에는 적용되지 않는다. 둘째, 불법문화재 거래과정에 단절이 생기거나 자신의 비용으로 이를 구매한 경우에는 기소가 용이하지 않다.[196]

따라서 문화재 불법 훼손에 효과적으로 대응하고 영국의 1970년 협약 이행 의지를 분명히 하기 위해 「2003년 문화재거래범죄법」(Dealing in Cultural Objects(Offences) Act)을 제정하였다.[197] 이에 따라 영국에서는 2003년 12월 30일부터 훼손된 문화재라는 사실을 알거나 믿고서 부정하게 거래하는 것은 범죄로서 처벌받게 된다. 즉 이법을 위반한 자가 왕립법원(crown court)에 기소된 때에는 7년 이하의 징역형과 무제한 벌금에 처해지고, 치안법원(magistrate court)에 기소된 경우에는 6월 이하의 징역과 5000파운드 이하의 벌금에 처해진다.

196) DCMS, Dealing in Cultural Objects(Offences) Act 2003, Explanatory Notes, para. 7.
197) Royal Assent - 30 October 2003, House of Lords Hansard Vol 654 Col 375; House of Commons Hansard Vol 412 Col 415.

2) 구 성

이 법은 6개 조항으로 구성된 간단한 내용의 법이다. 제1조 훼손문화재거래범죄(Offence of dealing in tainted cultural objects)에서는 특정 문화재가 훼손되었다는 사실을 알았거나 훼손된 것으로 믿고 부정하게 거래한 자를 처벌하는 규정이며 제2조와 제3조는 제1조에서 범죄의 대상이 되는 '문화재'와 문화재가 '훼손'되기 위한 요건 및 '거래'에 관해 규정하고 있다.

이 법이 대상으로 하는 범죄유형에는 2가지가 있다. 제1유형은 고의범으로서 그 처벌을 위해서는 대상문화재가 훼손된 것이라는 사실과 자신의 거래가 부정하다는 것을 알았거나 믿어야 한다는 두 가지 요건을 구비해야 한다. 고의범에 대해서는 왕립법원에 의해 7년 이하의 징역 또는 벌금에 처해진다.[198] 제2유형은 과실범으로서 대상물이 훼손문화재라는 사실을 알았거나 믿을 필요는 없으며 치안법원에 의해 6월 이하 또는 5,000파운드 이하의 벌금에 처해진다.[199]

(2) 훼손문화재(tainted cultural objects)

1) 문화재의 훼손

이 법에서 말하는 문화재는 역사적・건축학적・고고학적 가치를 가진 물건이다.[200] 문화재 훼손은 문화재를 불법적으로 i) 발굴하였거나, ii) 역사적・고고학적・인종학적 가치를 지닌 빌딩이나 건축물의 일부분을 분리하거나 iii) 기념비로부터 제거하는 것을 말한다.[201]

역사적 건축물은 城이나 사원에서부터 오래된 술집 또는 마을입구의 펌프에 이르기까지 다양한 형태를 가진다. 건축물(building and structures)

198) Dealing in Cultural Objects(Offences) Act, Section 1. subsection(1).
199) Dealing in Cultural Objects(Offences) Act, Section 1. subsection(2).
200) Dealing in Cultural Objects(Offences) Act, Section 2. subsection(1).
201) Dealing in Cultural Objects(Offences) Act, Section 2. subsection(2).

의 훼손은 역사적・건축학적・고고학적 가치를 가진 건축물의 일부를 구성하고 있다가 그 건축물의 일부분을 제거한 경우에 생긴다.[202] 즉 그러한 제거가 행해진 시점에서 범죄를 구성한다. 이는 건축물의 일부로 되었던 것을 제거하는 것이어야 하고 가령, 건축물내에 있던 의자나 책상 또는 벽에 걸려 있던 미술품 등을 가져가는 것은 비록 그 건축물이 역사적 가치를 가진 것이라고 하더라도 '훼손'으로 간주되지 않는다.[203]

기념물(monuments)은 다양한 형태를 취하는데 예술작품이나 오래된 동굴 또는 그로부터 발굴된 문화재 기타 역사적 건축지등 포함한다.[204] 이러한 역사・건축・고고학적 가진 가치를 가진 유적지로부터 동전이나 기타 도자기 등의 조각을 불법적으로 반출할 때 '훼손'이 성립한다.[205]

2) 훼손의 발생지

이 법이 적용대상이 되는 문화재의 훼손은 반드시 영국내에서 발생할 필요는 없다.[206] 가령 중국의 유적지로부터 불법반출된 문화재 거래도 이 법에 의해 범죄를 구성한다. 이 규정이 특히 의미를 가지는 것은 공해상의 난파선에서 유출되는 문화재와 관련된 불법거래이다. 그러므로 이집트 연해에 있는 공해상에서 발견된 난파선에서 문화재가 불법적으로 반출된 경우 이집트법에 의해서는 처벌대상이 아닐 수 있지만 이것이 영국내에서 거래될 경우에는 본 법에 의해 처벌된다.[207]

영국의 현행법상 이러한 문화재 발굴이나 유출을 불법으로 규정하는 경우는 다음과 같다. i) 특정지역에 소재하는 선박으로부터 선박의

202) Dealing in Cultural Objects(Offences) Act, Section 2. subsection(4)(a).
203) DCMS, Explanatory Notes, para. 23.
204) Dealing in Cultural Objects(Offences) Act, Section 2. subsection(4)(b).
205) DCMS, Explanatory Notes, para. 24.
206) Dealing in Cultural Objects(Offences) Act, Section 2. subsection(3).
207) DCMS, Explanatory Notes, para. 25.

일부 또는 그 부장품을 제거하는 것[208], ii) 목록에 등재된 기념물에 영향을 주는 작업[209], 보호기념물을 파괴하거나 훼손하는 행위[210], 고고학적 중요성을 가진 지역의 개발[211], 보호지역에서의 금속탐지기를 이용한 문화재탐색 및 이전[212], 군함 및 비행기 잔해의 이전[213], 목록에 기재된 건물의 변경 또는 파괴[214], 난파물 제거[215]이다.

(3) 문화재 거래(deals in cultural objects)

1) 거 래

본법에 의해 처벌대상이 되는 행위는 훼손문화재의 "거래"이다. 여기에서 거래라고 함은 문화재의 (a) 취득・처분・수출・수입 (b) 위의 행위를 하기로 하는 합의 (c) (a) 또는 (b)의 주선이다.[216] 이 법은 훼손문화재의 수출입 자체를 금지하는 것은 아니며 훼손문화재의 부정거래를 구성하는 행위를 그 처벌대상으로 할 뿐이다.

2) 합 의

문화재의 부정거래에 관한 대부분의 합의는 謀議法(law of conspiracy)의 적용을 받지만 이 법이 적용되기 위해서는 양자 모두에게 고의가 있어야 한다. 그러므로 가령, A와 B가 훼손문화재를 취득하기로 합의를 하였지만 B는 훼손된 문화재라는 사실을 모르고 있었을 경우에는

208) 1973년 난파물제거법(Protectin of Wrecks Act) Sec. 1(3).
209) 1979년 고기념물 및 고고학적 지역법(Ancient Monuments and Archaeological Areas Act: AMAAA) Sec. 2.
210) AMAAA Sec. 28.
211) AMAAA Sec. 35.
212) AMAAA Sec. 42(3)
213) 1986년 군사유적법보호법(Protection of Military Remains Act) Sec. 2.
214) 1990년 건축물 및 보존지역계획법(Planning(Listed Buildings and Conservation Areas) Act) Sec.9
215) 1995년 상선법(Merchant Shipping Act) Sec 246(3).
216) Dealing in Cultural Objects(Offences) Act, Section 3. subsection(1).

A와 B 모두 모의법에 의해서는 처벌이 되지 않는다. 이 경우 A는 문화재거래범죄법에 의해 처벌된다.[217]

그리고 문화재거래의 합의가 영국내에 있었을 경우에는 그 취득이 외국에서 행한 경우에도 처벌된다. 이는 인터넷을 통한 훼손문화재 거래나 거래 알선이 본법에 의해 처벌됨을 의미한다.

3) 부정한 거래

거래는 부정하게(dishonestly) 이루어져야 한다. '부정하다'라는 의미는 절도범의 일반적인 기준에 의하는데, 합리적이고 정직한 사람의 일반적인 기준에 따라 행하였는가에 의해 판단한다. 따라서 대상 문화재를 경매소에서 鑑定의 목적으로 취득한 경우라든가, 훼손된 그림의 복구를 위해 취득한 경우에는 비록 목적물이 불법적으로 훼손된 것이라는 사실을 알았다고 하더라도 부정하게 취득한 것은 아니다.

4) 고 의

문화재거래범죄가 성립하기 위해서는 대상물이 훼손된 문화재라는 사실을 알았거나 믿어야 한다. 인식과 믿음에 대한 입증책임은 검사에게 있으며 이러한 입증은 합리적인 모든 의심을 넘는 것이어야 한다. 따라서 출처에 대한 적절한 조사를 하지 못하였다는 것만으로는 고의가 성립하지 않는다. 그러나 고의는 거래 상황으로부터 추정할 수 있는데 이러한 추정에는 i) 목적물의 역사와 조건, 정체성, 기간, 성질, ii) 이전소유자의 정체성, iii) 대가, iv) 목적물에 관한 증빙서류의 내용과 존재, v) 목적물 수출의 적법성, vi) 관련수출서류의 내용과 존재 등이 고려된다. 도난 또는 불법이전된 문화재의 데이터베이스가 만들어지면 이러한 자료를 검색하지 않은 것은 부정거래에 대한 중요한 증거가 될 것이다. 나아가 행위자의 전문성도 고려의 대상이다. 즉 문제된 문화재

217) DCMS, Explanatory Notes, para. 28.

와 동일한 종류의 물품매매 전문가인 딜러는 여행객들이 여행지역의 풍물시장에서 물품을 구입한 경우와는 그 판단기준이 다를 것이다.

(4) 기타 조항

1) 수색·몰수 압류 권한

이 법은 훼손문화재의 수출입자체를 금지하고 있지는 않지만 문화재 수출입에 관련된 범죄가 발생할 경우에는 세관당국은 압류 등 필요한 조치를 취할 권한이 있다.[218]

2) 법인에 의한 범죄

범죄가 법인 또는 법인의 이사, 지배인 등이나 그와 동등한 권한을 가지고 행동하는 사람에 의해 이루어진 경우에는 행위자와 법인에게 양벌규정이 적용된다. 조합의 경우에도 마찬가지이다.[219]

3) 경과규정

이 법은 발효된 이후의 범죄에 대해서만 적용된다. 다만 현지의 법에 의하면 도굴이나 불법반출 일자에 관계없이 불법적인 문화재가 될 경우에는 발효전에 도굴된 것이라도 이를 영국 내에서 거래하면 범죄가 성립한다.[220]

3. 2003년 문화재 수출통제령

2002년 수출통제법 제9조는 내무장관으로 하여금 이 법에 의해서 제정된 수출명령 행사에 관한 지침을 제공하도록 요구하고 있다. 이에

218) Dealing in Cultural Objects(Offences) Act, Section 4.
219) Dealing in Cultural Objects(Offences) Act, Section 5.
220) Dealing in Cultural Objects(Offences) Act, Section 6.

의해 「2003년 문화재수출통제령(The Export of Object of Cultural Interest(Control) Order)」[221]이 제정되었다. 그 중요한 내용은 다음과 같다.

(1) 수출통제품목

누구든지 당국의 면허를 받은 경우를 제외하고는 수출일로부터 역산하여 50년 이상된 문화적 가치를 가진 물건의 수출이 금지된다. 다만 i) 우표와 같이 수집적 가치가 있는 물건 ii) 수출자 또는 그 배우자의 개인적인 사정에 관련된 문서라든가 사망증명서·출생증명서·혼인증명서 iii) 수출자 또는 그 배우자가 쓴 편지나 기타 기록물 iv) 제작자의 개인재산이거나 그에 의해서 수출되는 물건은 예외이다.

(2) 수출면허

1) 오픈 라이센스

내무장관은 수출자들의 부담을 줄이기 위해 특정물품에 대해서는 개별적인 수출면허를 받을 필요 없이 일반적으로 수출을 허가하는 오픈 라이센스를 발행할 수 있다. 오픈라이센스에는 일반 오픈라이센스(Open General Export License: OGEL)와 개별 오픈 라이센스(Open Individual Export License: OIEL)의 2가지 유형이 있다.

① 일반 오픈 라이센스(OGEL)

OGEL을 받은 수출자들은 그 품목에 해당하는 물품 중 일정 가액 이하의 물품은 수출면허 없이 영구적인 수출을 수 있다. 또 3개월 내에서는 위 가격 이상의 물품도 통상적이고 일시적인 수출과 수입을 할 수 있다. EU규정에 기해서 라이센스를 받은 자가 영국에서 OGEL을 받게 되면 따로 개별적 라이센스를 받을 필요가 없다. 내무부장관

221) S.I. 2003/2759.

은 OGEL을 연장하거나 수정하기 전에 관련당사자들과 충분한 협의를 통해 견해를 청취해야 한다.

② 개별적 오픈 라이센스(OIEL)

OIEL은 특정물의 영구적 또는 일시적 수출을 허가하기 위해서 발급하는 면허이다. OIEL을 받게 되면 EU규정에 의해서 요구되는 개별수출라이센스의 신청에 있어서 국가적 중요성에 관한 엄격한 심사를 받지 않아도 된다. OIEL은 모든 수출에 대한 기록 보존을 조건으로 부여된다.

OIEL을 부여함에 있어서는 전문거래협회의 회원 자격이나 행정부담의 감소 등 여러 요소들을 고려하여야 한다. OIEL은 전문자문가단의 동의 없이 부여된다.

2) 개별수출허가

OGEL이나 OIEL이 커버하지 않는 물건에 대해서는 내무부 장관으로부터 개별적 수출면허를 받아야 한다. 이때에는 대상물이 국가적 중요성이 있는지가 수출면허 심사의 기준으로 고려된다. 그 외에도 대상물의 가격, 제작기간이 50년 이상인 여부가 '국가적 중요성'을 판단하는데 고려된다.

(3) 수출면허심사

1) 전문자문가단의 심사

개별수출허가시에는 내무부의 전문자문가단의 심사를 받는다. 자문가단의 구성원은 대부분 국영박물관, 갤러리의 디렉터 또는 큐레이터들로 구성된다. 이들은 대상물품이 첫째, 영국의 역사와 삶에 긴밀히 연결되어서 이를 수출하는 것이 국가적인 손해가 되는가 둘째, 미술적 관점에서 탁월한 중요성을 가지는가 셋째, 특정 예술, 학문 또는 역사의 학습에 있어서 주목할 만한 중요성을 가지는가를 심사한다.

2) 국가적 중요성 심사

첫 번째 심사기준인 국가적 중요성 기준은 주로 영국의 국보급 문화재 심사에 적용된다. 이 기준은 만일 이들 물품을 해외로 반출할 경우에는 그들이 가지고 있는 뛰어난 예술적・역사적・고고학적 가치로 인해서 국가적인 손실이 될 수 있는가를 심사하는 것이다. 이 카테고리에는 외국에서 제작되었지만 특정 주요 인물이나 지역또는 사건과의 관련에 있어서 영국의 국가적 중요성을 가지게 된 작품도 포함한다. 이 기준은 가령 'Alfred's Jewel'이나 'Gray's Elegy'와 같은 작품을 예상한 것이지만 현재로선 이보다 더 넓은 의미로 해석된다.

3) 예술적 중요성 심사

두 번째 기준은 영국의 국가적 정체성과는 관련이 없지만 그 예술적 가치 때문에 수출통제를 받는 문화재에 적용된다. 물론 이 기준은 렘브란트와 같은 위대한 화가의 작품이나 조각을 대상으로 하지만 반드시 그런 것만은 아니며 별로 잘 알려지지 않은 작품이라도 그 예술적 가치가 높을 경우에는 수출이 통제된다. 심사위원회는 작가의 유명성 여부에 의해서만 판단하지 않고 문제된 작품의 가치와 그것의 유출이 가져올 영향 등을 고려한다.

4) 학습적 중요성 심사

세 번째 기준은 문화재가 가지고 있는 특정 사람・지역・사건 또는 콜렉션,앙상블에 대한 학습적 가치 판단요소로 한다. 문화와 관련된 학습적 가치는 넓은 범위에서의 교육과 연구 등을 커버할 수 있는 것이어야 한다. 예를 들면 예술・역사・고고학・인류학・과학・공학・건축학・문학 등과 같은 넓은 범위의 학습과 관련된 것이어야 한다.

제 3 절 캐나다

1. 개 관

문화를 꽃피우기 위해서는 문화의 뿌리를 튼튼히 해야 한다는 것이 캐나다 문화정책의 기조로서 캐나다는 일찍부터 문화유산자원의 관리를 위한 종합적인 대책을 마련하여 추진하고 있다. 캐나다 문화유산 정책의 초점은 광대한 영토에 산재하고 있는 풍부하고 다양한 문화·자연·역사 유적을 캐나다인들로 하여금 누리게 하는데 맞추어지고 있다. 가령 문화부가 스폰서를 하고 있는 캐나다 순회전시회는 캐나다 모든 지역 사람들로 하여금 보다 쉽게 문화유산을 접할 기회를 제공하고 있다. 이러한 문화유산의 공유를 통해 캐나다인의 국가적 일체감과 정체성을 보다 확고히 하려는 것이다.

캐나다 문화유산 보존과 이용에 관련된 법에는 1990년 박물관법(Museums Act), 2004년 도서관 및 문서보존소법(Library and Archives Act), 1985년 국립예술센터법(National Arts Center Act), 1999년 캐나다 순회전시회보상법(Canada Travelling Exhibition Indemnification Act)과 1970년 협약의 이행을 위해 제정한 1977년 문화재수출입법(Cultural Property Export and Import Act)[222]이 있다.

2. 1977년 문화재 수출입법

이 법은 캐나다의 문화유산을 보호하기 위해 문화적 가치가 있는 물품의 수출과 불법적으로 반출된 외국 문화재의 수입을 통제하기 위재 제정된 법이다.[223] 이 법은 문화재수출통제 리스트를 정하고, 전문

222) Cultural Property Export and Import Act,(R.S., 1985, c. C-51).
223) Joseph, *D. Canada and International Trade in Culture,* Minnesota Journal of Global

심사인의 심사 등의 수출허가절차, 통제해당품목에 대한 정부의 구매, 관련 분쟁을 심사할 위원회에 관한 규정을 두고 있다.

(1) 수출통제리스트(control list)

캐나다 총독은 외교부장관과의 협의와 문화부장관의 추천에 의해 캐나다 문화재 수출통제리스트를 정할 수 있다. 총독은 목적물의 원래 소재지, 등급여부를 불문하고 다음 사항에 정하는 대상을 통제리스트에 포함시킬 수 있다.[224]

(a) 고고학적, 선사시대, 역사적, 문화적, 과학적 가치를 가지고 캐나다 땅에서 출토된 물품 (b) 500달러 이상의 가치를 가지는 원주민이 만든 물품 (c) 100년 이상된 캐나다에서 생산된 공예품으로서 i) 500달러 이상의 유리제품, 세라믹, 섬유, 목가공품, 금속공예 제품 ii) 1,000달러 이상의 가구, 목제공예, 금속공예 제품 (d) 500달러 이상의 서적, 레코드, 문서, 사진, 음향녹음 제품 (e) 1,000달러 이상의 회화, 조각, 수채화 (f) 3,000달러 이상의 물품. 다만 생존한 자연인이 제작한 50년이 되지 않은 물품은 통제리스트에 포함되지 아니한다.

(2) 수출허가기관(permit officer, expert examiner)

문화부 장관 및 공공안전부 장관의 동의를 얻어 캐나다 국경 서비스기관(Canada Border Services Agency) 소속 공무원을 문화재수출허가 신청의 접수 및 허가증 발급 공무원(permit officer)으로 지정할 수 있다.[225] 문화부장관은 캐나다 주민 또는 캐나다 기관을 이 법의 목적을 위한 전문심사인(expert examiner)으로 지정할 수 있다. 전문심사인은 캐나다의 국가 또는 지방공무원은 아니며, 제공한 서비스에 따르는

Trade(2004), 177.

224) Cultural Property Export and Import Act, 4.

225) Cultural Property Export and Import Act, 5.

적절한 보수를 지급받을 수 있다. 전문심사인은 필요한 여행경비와 생활비를 지급받을 수 있다.[226]

(3) 자동 수출허가(immediate issue of export permits)

수출허가기관이 캐나다 주민으로부터 수출허가 신청서를 받은 경우에 신청 대상물품이 i) 신청일로부터 35년 이내에 캐나다로 수입되었고, 그 수입 이전에 이 법에 기하여 발급된 허가에 기해서 캐나다로부터 수출된 적이 없거나, ii) 외국인으로부터 캐나다의 기관 또는 공공기관에 대여하였거나, iii) 권한 있는 기관에 의한 규정상의 목적을 위한 정당한 반출이라는 사실이 입증된 경우에는 허가서를 발급해야 한다.[227]

(4) 수출허가절차(permits procedure)

수출허가신청 대상품이 제7조에 규정된 사항에 해당하지 않는 경우에는 허가기관은 그 대상목적물이 통제리스트에 포함되는 여부를 결정해야 한다. 허가기관이 신청대상품이 통제리스트에 포함되지 않는 것으로 판단한 경우에는 수출허가서를 발급해야 한다. 허가기관이 수출신청대상물품이 통제리스트에 포함되는 것으로 판단하는 경우에는 그 허가 여부에 대한 전문심사 검토를 요청해야 한다.[228] 전문심사에 대한 의뢰가 있는 경우에는 전문심사인은 신청대상품이 통제리스트에 포함되는 여부를 결정해야 한다.[229]

전문심사인이 통제리스트에 해당하지 않는다고 판단하는 경우에는 전문심사를 의뢰한 허가공무원에게 서면의견서를 제출하고, 이 의견

226) Cultural Property Export and Import Act, 6.
227) Cultural Property Export and Import Act, 7.
228) Cultural Property Export and Import Act, 8.
229) Cultural Property Export and Import Act, 9.

서 사본은 문화부 장관의 심사위원회(Review Board)에도 첨부되어야 한다.[230]

신청대상품이 통제리스트에 해당하는 여부에 대한 전문심사인의 판단에 있어서는 i) 대상품이 캐나다의 역사, 자연생활, 문화적 가치, 예술과 과학연구에 있어서 '현저한 중요성(outstanding significance)'이 있는 여부, ii) 대상품을 반출할 경우, 캐나다의 자연유산에 중요한 훼손이 생길 정도로 '국가적인 중요성(national importance)'을 가진 여부에 관해 검토해야 한다. 전문심사인이 신청대상품이 위 i)에서 규정하는 '현저한 중요성'이 없거나, ii)에서 정하는 '국가적 중요성'이 없다고 판단하는 경우에는 전문심사위원은 그러한 의견서를 허가공무원에게 서면으로 송부해야 하고, 그 사본을 심사위원회에 제출해야 한다. 대상품이 i) 또는 ii)에 해당한다고 판단할 경우에는 수출허가 공무원에게 서면으로 이를 통지해야 한다(제11조).[231]

허가공무원이 전문심사인으로부터 신청대상물품이 수출통제리스트에 포함되지 않는다는 의견서를 받거나 심사위원회로부터 그러한 취지의 지시를 받은 경우에는 수출허가서를 발급해야 한다.[232] 허가공무원이 전문심사인으로부터 신청대상물품이 수출통제리스트에 포함된다는 의견서를 접수하고, 수출허가를 거절할 경우에는 허가공무원은 신청인에게 거절 통지서를 송부해야 하며, 그 통지서에는 전문심사인의 검토의견을 명기하여야 한다.[233]

(5) 일반허가 및 변경권(general permits to exports)

문화부장관은 심사위원회의 판정에 의해 수출허가서가 발급된 이외에는 수출허가를 변경하거나, 연기하거나 처리할 수 있다.[234] 문화부

230) Cultural Property Export and Import Act, 10.
231) Cultural Property Export and Import Act, 11.
232) Cultural Property Export and Import Act, 12.
233) Cultural Property Export and Import Act, 13.

장관은 통제리스트에 포함된 물품의 수출에 관한 일반허가를 신청한 캐나다 주민에 대해서 문화부장관이 부과한 조건에 따라 일반허가서를 발급할 수 있다. 다만 문화부장관은 언제든지 이를 변경하거나, 철회할 수 있다.

(6) 심사위원회(review board)

문화재수출심사를 위해 1인의 위원장과 9인 이하의 위원으로 구성되는 캐나다문화재 수출심사위원회(Canada Cultural Property Export Review Board)를 둔다. 위원장과 위원 1인은 캐나다 주민[235]에서 선출된다. 나머지 위원중 3인은 캐나다 주민으로써 공무원, 미술전시장, 박물관, 도서관, 기타 캐나다의 수집기관이었던 자 중에서 선출된다. 나머지 위원중 4인은 캐나다 자연유산을 형성하는 기타 물품이나 골동품, 예술품에 수집 또는 딜러인 캐나다 주민에서 선출된다.[236]

심사위원회는 신청에 기해 i) 제29조에 따른 수출허가 신청에 대한 심사, ii) 제30조에 따른 구매의 결정, iii) 제32조에 따르는 소득세법상의 '종합문화기부(total cultural gifts)'에 관한 결정을 해야 한다.[237]

(7) 수출허가 심사절차(review procedure for export permit)

이 법 제13조 및 제15조에 의한 수출허가 거부통지를 받은 자는 30일 이내에 그 적법성 여부에 대한 심사를 서면으로 심사위원회에 청구할 수 있다. 심사위원회는 심사신청서가 접수된 날로부터 4월 이내에 이를 심사에 회부해야 한다.

---

234) Cultural Property Export and Import Act, 15.

235) 이 법에서 말하는 캐나다주민(residents of Canada)은 자연인의 경우 통상적으로 캐나다에 거주하는 사람을 가리키고, 법인의 경우에는 캐나다에 주된 사무소를 두거나 캐나다에 하나 이상의 사무소를 두고 일상적인 업무처리를 위해 사람들을 고용하는 자를 말한다.

236) Cultural Property Export and Import Act, 18.

237) Cultural Property Export and Import Act, 20.

심사위원회는 심사청구대상물품이 i) 통제리스트에 해당하는 여부, ii) 제11조(1)(a)에서 규정하는 '현저한 중요성'이 있는 여부, iii) 제11조(1)(b)에서 규정하고 있는 '국가적 중요성'이 있는 여부에 대해 심사해야 한다.

심사위원회가 심사 대상물이 위에서 정하는 하나 이상의 기준에 해당하지 않는다고 판단할 경우에는 허가 공무원에게 수출허가서 발급을 지시해야 한다. 심사위원회가 심사 대상물이 위에서 정하는 모든 기준에 해당한다고 판단할 경우에는 i) 만일 대상물을 캐나다의 관련 기관으로 하여금 구매하기 위한 공정한 청약을 하는 것이 타당하다고 생각하면, 최저 2월에서 최장 6월의 기간에 걸치는 유예기간(delay period)을 설정하고 동 기간동안 수출허가거부결정을 유보하거나 ii) 그렇지 않은 경우에는 대상물에 관한 수출허가서를 발급하도록 허가공무원에게 지시해야 한다.

심사위원회가 위 규정에 따라 유예기간을 설정한 경우에는 이를 신청인과 장관에게 통지해야 하며 이 통지서에는 대상물이 심사기준에 해당한다고 판정한 이유를 기재해야 한다.[238]

(8) 공정구매결정(determination of fair offer to purchase)

심사위원회가 제29조(5)(a)에 정해진 유예기간을 설정한 경우에는 심사신청인이나 심사위원회로부터 공정구매청약인으로 지정받은 기관은 청약이 승낙되지 않은 경우에는 심사위원회에 공정 구매가액의 결정을 서면으로 신청할 수 있다. 이러한 신청에 대해 심사위원회는 가액을 결정하여 이를 신청인에게 통지해야 한다.

심사위원회가 제29조(5)(a)에 정해진 유예기간을 설정하였으나 동 기간 중에 구매청약이 이루어지지 않은 경우에는 심사신청인의 청구에 의해 수출허가서 발급을 허가공무원에게 지시해야 한다.[239]

238) Cultural Property Export and Import Act, 29.
239) Cultural Property Export and Import Act, 30.

(9) 군사분쟁시 문화재보호에 관한 협약

문화재수출입법 제36조는 '군사분쟁시 문화재보호에 관한 1954년 헤이그협약'(Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict)[240]과 1999년 개정협약[241]에 따른 캐나다 정부의 의무를 이행하기 위한 규정이다.[242]

헤이그협약 제1조(a)에 규정된 문화재[243]를 협약의 체약국인 점령지로부터 수출하거나 기타의 방법으로 반출하는 것은, 점령지의 법에 따른 반출 또는 문화재의 보호와 보존을 위해 필요한 경우를 제외하고는 금지된다. 캐나다시민이나 거주민 또는 영주권자가 캐나다 밖에서 위의 행위를 한 때에는 본법상의 의무를 위반한 것으로 간주한다.

체약국정부가 문화부장관에게 당해 체약국인 점령지로부터 반출된 문화재가 캐나다 내에 소재하거나 캐나다 주민이나 기관의 점유아래 있다는 이유로 그 반환을 청구한 경우에는 캐나다 법무장관은 연방법원이나 주 상급법원에 문화재의 반환을 요구하는 소송을 제기할 수 있다.

문화재반환청구소송이 제기된 법원은 이 소송의 모든 이해당사자에게 기일에 참여해서 진술할 기회를 부여한 후, 당해 문화재가 협약당사국인 점령지의 법에 위반해서 수출되었거나 또는 문화재의 보호와

240) 1954년 5월 14일 헤이그에서 채택.

241) 1999년 3월 26일 채택된 제2차 수정협정(Second Protocol).

242) Simpson, T., *Claims of Indigenous Peoples to Cultural Property in Canada Australia and New Zealand,* 18 Hastings Int'l & Comp. L. Rev(1994), 195.

243) 헤이그협약에서 규정하는 문화재란 i) 건축기념비, 예술, 역사, 고고학적 유적지, 전체로서 역사적 예술적 가치를 가지는 건물, 예술작품, 저각, 서적 기타 예술적, 역사적 또는 고고학적 가치를 가지는 기타 목적물, 과학적 수집, 서적과 기록물의 주요 수집품 또는 그 재편품들을 포함하는 모든 국민들의 문화유산으로서 중요한 가치를 가지는 동산 또는 부동산 ii) 도서관, 대규모 도서관, 기록보존소, 전쟁시 보관소와 같은 동산형태의 문화재를 보존하기 위한 건물, iii) 대량의 문화재를 포함하는 센터를 말한다.

보존을 위해 캐나다에 수입되었고 그 대가가 지급되었다고 판단하는 경우에는 그 회수를 명할 수 있다.

소송이 제기된 법원은 만일 그 문화재의 보유자가 당해 문화재를 취득할 당시에 불법적으로 반출되었다는 사실을 알지 못하였거나 정당한 권리를 취득한 경우에는 회수의 대가로 보상지급 될 보상액을 정해야 한다.[244]

(10) 외국 문화재

문화재수출입법 제37조는 1970년 협약에 기해 캐나다 정부와 외국 정부간에 체결된 협정상의 의무를 규정하고 있다. 외국정부와 문화재 협정을 체결한 경우에는 상대국으로부터 불법적으로 수출된 문화재를 들여오는 것은 불법이다. 상대국정부가 문화부장관에게 당해국으로부터 불법적으로 반출된 문화재가 캐나다 내에 소재하거나 캐나다 주민이나 기관의 점유아래 있다는 이유로 그 반환을 청구한 경우에는 캐나다 법무장관은 연방법원이나 주 상급법원에 문화재의 반환을 요구하는 소송을 제기할 수 있다.

문화재반환청구소송이 제기된 법원은 이 소송의 모든 이해당사자에게 기일에 참여해서 진술할 기회를 부여한 후, 당해 문화재가 상대국의 법에 위반해서 불법적으로 수출되었고 그 대가가 보유자에게 충분히 보상되었다고 판단하는 경우에는 상대국에게 그 문화재를 반송하기 위해 충분하다고 생각되는 조치를 명해야 한다.

소송이 제기된 법원은 만일 그 문화재의 보유자가 당해 문화재를 취득할 당시에 불법적으로 반출되어 캐나다로 수출되었다는 사실을 알지 못하였거나 정당한 권리를 취득한 경우에는 회수의 대가로 상대국 정부가 지급할 보상액을 정해야 한다.[245]

244) Cultural Property Export and Import Act, 36.
245) Cultural Property Export and Import Act, 37.

제 4 절 일 본

1. 개 관

일본은 2002년에 1970년 협약에 가입한 후 이를 국내적으로 시행하기 위해 「문화재의 불법적인 수출입의 규제 등에 관한 법률」 및 「문화재보호법의 일부를 개정하는 법률」을 2002년 법률 제81호 및 제82호로 공포하고 동년 12월 9일부터 시행하고 있다. 이들 법률은 문화재의 불법적인 수입, 수출 및 소유권이전을 금지하거나 방지할 필요성에 기하여 체결된 1970년 유네스코 협약의 정확한 실시를 확보하고 협약상의 의무를 담보하기 위한 국내조치를 정하고 있다.

또 이 법률을 시행하기 위해 「국보, 중요문화재 또는 중요 유형민속문화재의 관리에 관한 서류 등에 관한 규칙 등의 일부를 개정하는 省令」을 2002년 10월 30일 일본의 문부과학성령 제43호로써 공포하였고 동년 12월 9일부터 시행하고 있다.

2. 문화재의 불법적인 수출입등의 규제등에 관한 법률

(1) 목 적

이 법률은 문화재의 불법적인 수입, 수출 및 소유권이전을 금지 및 방지하기 위한 수단에 관한 조약의 적확한 실시를 확보하기 위해 도취된 문화재의 수입, 수출 및 회복에 관한 필요한 조치를 강구할 것을 목적으로 한다(제1조). 이와 같이 일본은 기존의 문화재보호법의 일반규정만으로는 1970년 협약상의 체약국 의무를 제대로 이행할 수 없다는 판단하에 그 이행을 위한 특별법을 제정하였다. 다만 일본은

1995년 협약의 제정을 위한 외교회의에는 대표를 파견하여 참여하였지만 아직까지 이를 비준하지 않고 있다.

(2) 문화재의 개념

이 법률에서 「문화재」라고 함은 국내문화재 및 1970년 협약의 체약국인 외국이 협약 제1조의 규정에 기해 지정한 물건을 말한다. 그리고 이 법률에서 「국내문화재」라고 함은 동 협약 (a)부터 (k)까지에 게기한 분류에 속하는 물건중 문화재보호법[246] 제27조 1항의 규정에 기해 지정된 중요문화재, 동법 제78조 1항의 규정에 기해 지정된 중요민속문화재 및 동법 제109조 1항의 규정에 기해 정해진 사적명승천연기념물을 말한다.

(3) 특정 외국문화재의 수입규제

1) 특정외국문화재

체약국의 박물관 등으로부터 도취된 문화재를 '특정외국문화재'라고 하며 이는 외무대신의 통지를 받아 문부과학대신이 경제산업대신과 협의를 거쳐 지정한다. 특정외국문화재는 1970년 협약의 체약국이 지정한 물건으로서 협약 제7조(b)(i)에서 정한 시설로부터 도취된 물건이어야 한다. 그리고 특정외국문화재의 명칭, 원산국, 소장시설, 특징 등에 대해서는 문부과학성령에 규정하고 있다(제3조 2항). 다만 제3조의 규정은 이 법률 시행전에 도취된 문화재에 대해서는 적용되지 아니한다(부칙 제2항).

2) 수입규제

특정외국문화재를 수입하고자 하는 자는 외국환 및 외국무역법[247] 제52조의 규정에 의해 수입의 승인을 받을 의무가 부과된다. 수입승

246) 昭和 25년 법률 제214호
247) 昭和 24년 법률 제228호

인을 받지 않고 이를 수입한 자는 동법 및 관세법[248]에 의해 처벌된다.(제4조)

(4) 특정외국문화재에 관한 선의취득의 특칙

특정외국문화재의 도난 피해자에 대하여는 일본민법 제192조[249]에 의해 인정되는 선의취득자에 대한 회복청구기간인 2년간을(동법 제193조), 대가변상을 조건으로 하여 10년간으로 연장한다. 다만 당해 특정외국문화재가 일본국에 수입된 후 제3조 2항에 의해 지정된 때에는 선의취득의 특칙은 적용되지 아니한다(제6조). 특히 미술관, 박물관이 문화재를 취득하는 경우에는 박물관의 국제적인 민간조직인 국제박물관협회(ICOM)에서 정한 윤리에 관한 규정 등을 참고하여 충분한 주의가 필요하다.

(5) 국내문화재의 도난신고 및 통지

문화청장관은 국내문화재에 대하여 문화재보호법 제33조(동법 제80조, 118조 및 120조에서 준용된 규정을 포함)의 규정에 의한 신고(망실 또는 도난에 관련된 경우에 한정)가 있는 때에는 이 취지를 관보에 공시하는 동시에 당해 국내문화재가 1970년 협약 제7조(b)(i)에 규정된 시설로부터 도취된 때에는 외무대신에 통지해야 한다. 외무대신은 전항의 통지를 받은 때에는 그 내용을 지체 없이 동 협약의 체약국에 통지해야 한다.

다만 이 규정은 법률시행 전에 망실 또는 도취된 문화재에 대해서는 적용되지 아니한다(부칙 3).

248) 昭和 29년 법률 제61호
249) 明治 29년 법률 제89호

(6) 국민의 이해를 높이기 위한 조치

국가는 교육활동, 홍보활동 등을 통하여 문화재의 불법적인 수입, 수출 및 소유권이전의 방지에 관하여 국민의 이해를 높이기 위한 노력을 기울여야 한다.

3. 문화재보호법의 일부를 개정하는 법률

이 법은 중요유형민속문화재의 수출에 대하여 신고제를 허가제로 개정하는 동시에 당해 허가를 받지 않은 중요유형민속문화재를 수출한 자는 3년 이하의 징역 혹은 금고 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다(개정문화재보호법 제56조의13의2). 중요유형민속문화재의 수출이 신고제에서 허가제로 개정됨에 따라 관련 규칙을 재정하였다.[250]

250) 『국보, 중요문화재 또는 중요유형민속문화재의 관리에 관한 신고서 등에 관한 규정의 일부를 개정하는 省令』, 『중요유형민속문화화재의 현상변경 등, 수출시 공개신청 등에 관한 규칙의 일부개정하는 省令』등

제 4 장 문화재의 도난·불법반출과 국내법

제 1 절 문화재의 도난과 대책

1. 문화재의 도난 현황

최근 5년간('01～05년) 국내에서 발생한 문화재 도난사건은 총 139건 5,243점 이며 이중 지정문화재가 40건 738점(11%)이고, 비지정문화재가 99건 4,505점(89%)이다. 이와 같이 최근에 문화재도난이 급증하는 추세를 보이고 있으며, 특히 도난 문화재 중 약 90%가 회수가 어려운 고문서, 교지 등 전적류 문화재이다.

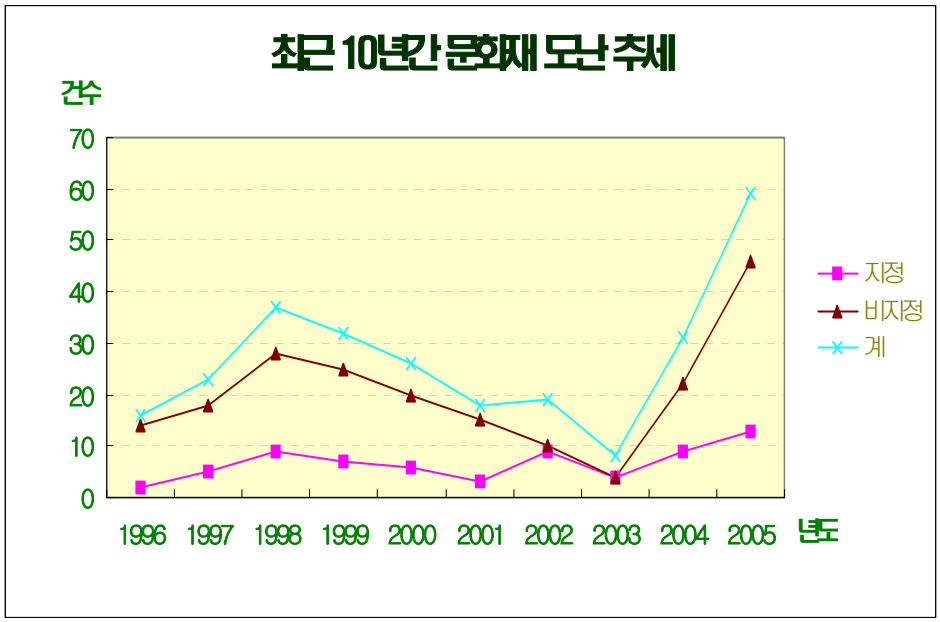
한편 도난문화재중 회수한 건을 보면 총 34건 663점이 회수(회수율 12.6%)되었는데, 이중 지정문화재가 161점이 회수되었고(회수율 22%), 비지정문화재가 502점이 회수되었다(회수율 11%). 이렇게 도난된 문화재는 대부분 암거래시장에서 거래되거나 외국으로 밀반출되는 것으로 추정된다.

<표 1> 문화재 도난 및 회수 현황(최근 5년간)[251]

구분 / 연도	지정문화재		비지정문화재		합 계	
	도난	회수	도난	회수	도난 합계	회수 합계
2001	3건 4점	1건 1점	16건 250점	3건 96점	19건 254점	4건 97점
2002	8건 459점	2건 54점	10건 1,369점	3건 245점	18건 1,828점	5건 299점
2003	4건 95점	3건 94점	6건 16점	3건 5점	10건 111점	6건 99점
2004	9건 17점	2건 9점	27건 502점	8건 102점	36건 519점	10건 111점
2005	16건 163점	2건 3점	40건 2,368점	7건 54점	56건 2,531점	9건 57점
계	40건 738점	10건 161점	99건 4,505점	24건 502점	139건 5,243점	34건 663점

251) 문화재청 동산문화재과, “문화재 도난 보호대책의 문제점과 개선방안”, 2006년 3월, 1면.

<표 2> 최근 10년간 문화재도난추세



2. 동산 문화재의 관리실태

문화재 도난 도굴, 밀거래 범죄는 전문화·지능화·조직화되어 있으며 범행대상도 사찰의 불상·부도·탱화와 서적류, 불상의 복장유물, 무덤 속의 부장품은 물론, 문인석 등 석장류 그리고 고택의 현판, 문짝, 석탑의 면석, 서원, 향교에 다량 소장된 고서화류 등으로 다양화되고 있다. 그러나 이에 대처하는 동산 문화재 관리실태는 취약한 구조를 개선하지 못하고 있다.

그 이유로는 동산문화재의 대부분을 보관하고 있는 사찰·향교·문중 등에 관리인이 상주하지 않거나, 관리인이 있더라도 보존 상태 등을 점검하지 않는 경우가 많아 전문 절취범에 매우 취약하기 때문이다. 또한 마을에서 멀리 떨어져 있는 사당·정자·석탑·묘지석 등은

절도에 거의 무방비 상태로 노출되어 있다. 그리고 일부 국가지정문화재를 제외하고 대부분 문화재는 첨단도난경보기나 금고 등 보호시설이 설치되어 있지 않거나 있더라도 정기적인 점검 및 보수가 이루어지지 않은 상태로 보관되는 경우가 많다.

문화재 도굴의 경우에는 외딴 곳에 있는 분묘를 대상으로 하기 때문에 감시나 방지대책 수립이 어렵고, 사건발생 오랜 기간이 경과 후 발견되어 유실 문화재의 실체를 파악하지 못하여 수사에 어려움을 겪으며, 도굴범을 검거한 경우에도 명백한 증거 확보가 안 되어 공소유지가 어려운 실정이다. 나아가 문화재 도난・도굴에 대한 주민 홍보도 부족하여 지역주민의 신고도 미미한 실정이다. 나아가 개인소장 문화재의 경우 평상시 유물에 관한 기록이나 사진 등이 없어 범인 검거는 물론 문화재 회수에 근본적인 어려움을 겪고 있다.[252]

3. 문화재 도난 예방을 위한 시・도 관리지침

문화재 도난에 대한 사후 대책보다 사전 예방이 중요하다. 그리하여 시・도(시・군・구)의 담당자들이 소관 지역내 문화재의 종류, 소장처 및 지역별 특색 등 안전상의 문제점을 파악하여 적절한 예방 조치를 취하도록 지침으로 통보하고 있으나 건조물에 비해 동산 문화재에 대한 관심의 부족과 과도한 업무로 인해 지도 감독이 충분하지 못한 실정이다.

관리지침의 내용을 보면 i) 관리인 배치・순찰강화, ii) 안전보호시설 점검 및 정비, iii) 사찰소장 문화재의 집중보관 - 특히 도난에 취약한 사찰소장 문화재의 경우 말사에 소장된 문화재는 본사에 설치된 유물전시관 등에 옮겨 집중 보관, iv) 개인소장 문화재의 경우 박물관 및 은행금고 등에 위탁 보관하거나 기증토록 권장, v) 사당의 영정, 서원 등의 현판 등은 복제품을 활용하고 원본은 안전한 장소에 별도 보관,

252) 문화재청 동산문화재과, “문화재 도난 보호대책의 문제점과 개선방안”, 4면.

vi) 평상시 소장 문화재 사진을 촬영하고 “소장유물현황표”에 문화재 정보를 기록·보존하여 문화재 도난 발생시 수사 자료로 활용, vii) 신고·포상 제도 홍보, viii) 소장자, 관리자에 대한 도난예방 교육, ix) 도난 발생시 신속한 신고 및 보고를 하도록 되어 있다.

4. 문화재 도난방지대책

이와 같은 문화재 도난방지대책의 추진 및 지속적 사범단속 활동에도 불구하고, 최근에 문화재 도난사건이 급증하고 있는데 그 원인과 대책으로는 다음과 같은 것이 지적된다.[253]

(1) 그릇된 문화재 가치 인식

최근 문화재 도난 사건이 급증하는 이유를 문화재의 수요와 공급 측면에서 파악할 필요가 있다. 즉 소득수준의 향상에 따른 문화재 가격의 상승과 대중매체의 영향으로 문화재를 재산적, 투기 가치로 인식하여 그 소장욕구가 증대하면서 수요가 급증하고 있음에 비해 문화재는 수요에 따른 생산이 불가능한 재화이기 때문에 그 도난·도굴·밀거래 및 위조 등의 범죄에 의하여 공급이 급증하는 현상으로 나타나고 있다.

특히 일부 방송매체가 장기간 방영해 온 문화재감정 프로그램에는 문화재를 금전적 가치로 인식케 하는 내용으로 되어 있어 예술적, 정신적 가치로 인식하던 국민의 기존 인식을 변화시키는 요인이 되어 문화재에 대한 수요와 공급(범죄)이 급증하게 된 요인으로 작용하고 있다. 문화재를 개인의 재산가치보다 국민이 공유하고 후손에게 물려주어야 할 공동의 자산적 가치임을 새롭게 인식토록 대국민 홍보를 전개할 필요가 있다.

253) 문화재청 동산문화재과, “문화재 도난 보호대책의 문제점과 개선방안”, 6면.

(2) 개인소장자 등에 대한 지원 미비

국공립 박물관・도서관・전시관 등 공공시설에는 세콤 등 도난방지 설비가 잘 되어 있으며, 개인・문중 등이 소장한 국가지정 문화재 등 일부에 대해서 첨단도난방지시설 및 보관용 금고를 지원하고 있으나 대부분 개인・향교・서원・문중이 소장한 비지정문화재에 대한 정책적 지원체계가 미비한 실정이다.

특히, 도난방지에 취약한 개인소장자 등에 대해서는 안전관리교육 프로그램을 제공하여 도난에 대비할 수 있도록 하는 방안이 필요하며, 소장자가 도난 위험에 처한 문화재의 보호를 정부에 요청할 경우 문화재 가치를 검토하여 국가나 지방정부가 매입 등의 안전대책을 세우거나 개인 소장자 등이 공공 박물관에 기증 또는 위탁 보관토록 하고 보상금 등 상응한 지원체계를 마련할 필요가 있다.

(3) 문화재 사범 수사조직 및 정보관리 체계 미비

보존관리의 취약성으로 절취가 용이하고 일반에 알려지지 않아 밀거래에 대한 적발 위험이 적기 때문에 비지정 문화재가 주로 도난의 표적이 되고 있다. 특히 비지정 문화재의 경우에는 그 목록에 대한 DB 등이 구축되어 있지 않아 문화재 회수율도 매우 저조함은 앞에서 본바 있다. 현재 사찰소장 문화재 일제조사 및 시도별 비지정문화재 일제조사를 장기 계획으로 추진하고 있으나 DB 구축까지는 요원한 실정이다.

문화재청 및 지방자치단체에 문화재 특별사법경찰관리가 지명(199명)되어 있으나 정보 수집 및 수사력의 전문성이 없으며 수사 활동도 전무한 실정이다. 최근 경찰청에서 문화재 전담수사반을 설치하였다고 통보하였으나 폭력전담반에 이름만 붙인 것이며, 경찰청의 네트워크를 활용한 정보수집 보다는 문화재청 단속반이 수집한 정보에 의존

하고 있어 장기적 집중 수사를 요하는 지능적 문화재 사범에 대한 효과적인 수사가 이루어지지 못하고 있다.

나아가 문화재 도난・도굴・밀매 전과자, 혐의자 및 매매업자에 대한 DB 및 정보검색 체계가 미비하고[254], 문화재청의 사범단속 인력 부족 및 정보수집 활동도 미진하여 지역적으로 동일범에 의해 반복되는 문화재 도난・도굴 행태에도 불구하고 효과적으로 대처하지 못하여 경찰청의 범인 검거율(약 25%)도 저조하다. 그러므로 경찰청의 문화재 수사를 지원하는 감정전문가 또는 문화재청 사범단속반 인력을 경찰청에 파견하여 경찰과의 정보 수집 및 공조수사를 강화함으로써 최소한 동일범에 의해 반복되는 문화재 도난・도굴 범죄를 효과적으로 수사하고 경찰청의 범인 검거율을 크게 향상시킬 수 있을 것이다.[255]

(4) 형사처벌 및 법적 체계의 미비

정부는 문화재 도난・도굴의 근간이 되는 불법유통을 차단하기 위하여 문화재보호법을 개정하여[256], 문화재 절취・도굴범이 공소시효(7년) 경과로 처벌받지 않는 경우에도 장물 은닉・보관자를 처벌토록 하였다. 그러나 법 개정에도 불구하고 도난 사건이 급증하고 있어 보다 근원적인 법제 정비가 필요하다.

(5) 문화재 매매업체의 감독과 윤리강령

1) 문화재매매업체에 대한 감독

문화재 도난・도굴・밀거래 행위가 문화재매매업체를 중심으로 이루어지고 있어 이들 업체를 감독하는 것은 거래의 투명성을 확보하여 범죄를 예방하는데 중요하다. 그러나 1999년 규제개혁의 일환으로 문

254) 한국형사정책연구원, 문화재범죄의 효율적 규제방안에 관한 연구, 2001, 112-113면.
255) 문화재청 동산문화재과, “문화재 도난 보호대책의 문제점과 개선방안”, 9면.
256) 2002.12.31 개정법률.

화재보호법이 개정되면서 매매업이 허가제에서 신고제로 전환되어, 관련 시설이나 자격요건이 미비한 문화재매매업체가 난립하고 있다. 이에 따라 이들 업체에 대한 정보수집 및 감독, 통제가 불가능하고, 고미술업계 차원에서 진행하는 건전유통 질서확립 구호에는 한계가 있어 일부 매매업체는 불법 문화재 거래의 온상이 되고 있는 실정이다.

그러므로 현행 문화재매매업체 신고제를 허가제로 환원토록 법령을 개정하여 문화재매매업체에 대한 지도 감독을 강화해야 한다. 이를 통해 문화재 유통구조를 투명화하고 문화재 도난・도굴・밀거래 등 불법유통에 적극 대처하는 정책적 전환이 필요하다.

2) 윤리강령

문화재매매업체에서도 불법거래를 차단하기 위한 자율적인 노력을 기울이고 있다. 현재 300여개 문화재 매매업체가 회원으로 가입하고 있는 (사)한국고미술협회는 유네스코가 제정한 문화재매매업자 윤리강령[257]의 기초하여 윤리강령을 제정하였다[258]. 그 내용은 다음과 같다.

"*우리 겨레의 삶의 예지와 숨결이 깃들어 있는 문화재는 미래 세대에 물려줄 소중한 보배이자 인류 공동의 자산이다. 문화재 매매업에 종사하는 우리는 바람직한 유통 문화를 조성하여 박물관・미술관 및 미술 애호가들이 문화재를 고이 간직할 수 있도록 함으로써 전통문화의 보존과 창달에 기여하는 것을 사명으로 여기며 이 강령을 준수하기로 결의한다.*

1. 문화재는 원래의 모습대로 보존하여 거래한다.

문화재를 훼손하거나 변형하여 거래하지 아니한다. 단, 보존을 위해 불가피한 경우에는 문화재 수리업자가 다루어야 하며 수리 사실을 기록한다.

257) 1999년 1월 정부간위원회의 제10회기에서 「문화재 거래상을 위한 국제윤리헌장」 (International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property).
258) 사단법인 한국고미술협회에서 2006년 12월 제정.

1. 불법적인 것으로 의심되는 문화재를 거래하지 아니한다.

도난품이거나 도굴 된 것 또는 출처를 은폐하기 위해 훼손한 것으로 의심되는 문화재는 거래하지 아니하며 매도자의 대리인 또는 중개인으로서 거래를 알선하지도 않는다.

1. 문화재 거래 과정을 투명하게 기록한다.

문화재의 거래 및 소유자 변경 과정에서 그 역사적 가치가 멸실되는 것을 방지하기 위하여 문화재의 취득·보관·매매 등의 거래사실을 기록하여 유지한다.

1. 문화재를 허위로 평가하거나 매매하지 않는다.

부당하게 영리를 취할 목적으로 위조된 문화재 등을 허위로 평가하거나 매매하지 아니하여 문화재 거래 시장에 대한 사회적 신뢰를 회복한다.

제 2 절 우리나라의 문화재보호제도

1. 중점보호주의

문화재보호제도는 각국의 역사적·정치적·사회적 여건에 따라 차이를 보이고 있으나, 일반적으로는 중점보호주의와 대장주의로 구분할 수 있다. 중점보호주의는 한정된 재원과 인력으로 문화재를 효율적으로 보존하기 위하여 문화재중 특히 중요하다고 인정되는 보호대상문화재를 선정·지정제도 또는 등록제도를 통하여 중점적으로 보호하는 것을 말한다. 그러나 보호대상문화재를 선정함에 있어서 조사자·선정자의 주관적가치관의 개입으로 중요한 문화재의 보호가 배제될 수 있는 가능성도 존재한다. 중점보호제도는 앞에서 설명한 classification

시스템으로서 우리나라를 위시해서 일본・프랑스・이탈리아・대만・독일・미국 등이 이를 채택하고 있다.

대장주의는 보호대상문화재 전부를 대장에 등재하고, 그 중에서도 특히 파괴・멸실 등의 위험이 큰 문화재를 중심으로 강력한 보호조치를 행하는 제도를 말한다. 대장주의는 보호대상문화재중 파괴・멸실 등의 우려가 있는 것에 한하여 보호조치를 행한다는 점에서 중점보호주의와 큰 차이가 있다. 영국・북유럽국가 등이 이를 채택하고 있다.

우리 문화재보호법은 중점보호주의에 입각하여 문화재의 지정제도와 등록 제도를 병행하고 있다. 종래의 문화재보호법은 보호대상문화재의 선정방법으로서 '지정제도'만을 인정하여 왔으나 문화재보호법의 개정[259]을 통하여 지정제도의 보완조치로서 '등록제도'를 도입하였다.[260]

2. 문화재의 개념과 분류

(1) 문화재보호법상 '문화재'

1970년 협약 제1조에 의하면 체약국에게 적용대상 문화재를 지정할 재량을 부여하고 있다. 이에 따라 1970년 협약의 이행을 위해서는 국내법에 의해 보호대상 문화재를 지정할 필요가 있는데 문화재보호의 기본법인 『문화재보호법』에 의해 구체적으로 그 범위가 정해진다. 문화재보호법은 문화재를 "인위적・자연적으로 형성된(문화유산과 자연유산) 국가적・민족적・세계적 유산으로서 역사적・예술적・학술적・경관적 가치가 큰 것(유형문화재・무형문화재・기념물 및 민속자료)을 말한다"고 규정하고 있다(법 제2조).[261]

259) 2001.3.28. 법률 제443호.

260) 문화재보호법상의 등록문화재에 대한 상세는 김창규, 『한국전통문화학보』 제7호, 한국전통문화학교 2001.4, 4면 참조.

261) 1999.1.29. 개정된 문화재보호법은 엄밀한 의미에서 문화재로 보기 어려운 자연물도 문화재로 볼 수 있다는 점을 분명히 하고 있다.

이와 같이 문화재는 역사성[262], 예술성[263], 학술성[264], 경관성[265]이 있는가의 가치판단에 따라 선택되며 이러한 선택의 대표적인 예가 지정제도이다.[266] 다만 보호대상 문화재는 그 지정여부를 불문하고 보호가치 있는 모든 문화재를 대상으로 한다.

이와 같이 문화재는 본래 인간의 창의에 의해서 만들어진 것으로서 자연물은 그대상이 아니지만 인간이 문화적인 생활을 영위하기 위해서는 자연 또한 그 중요한 요소로서 소중히 보존하지 않으면 안 된다는 취지에서 문화재에 자연유산을 포함하고 있다.[267]

(2) 문화재의 분류

1) 지정문화재와 비지정문화재

문화재는 문화재보호법에서 정하는 '지정문화재'와 문화재보호법 또는 시·도의 문화재보호조례에 의하여 지정하지 아니한 문화재 가운데 보존할 가치가 있는 문화재, 즉 '비지정문화재'로 대별할 수 있다. 지정문화재는 지정주체에 따라서 국가에서 지정하는 '국가지정문화재'와 시·도에서 지정하는 '시·도지정문화재'로 분류할 수 있다.

한편 문화재는 그 형태에 따라 유형문화재·무형문화재·기념물·민속자료[268]로도 분류할 수 있으며, 국가지정문화재 중 유형문화재에

262) 문화재가 어떤 역사적인 의미와 기록을 담고 있는가.
263) 문화재의 예술적 가치가 얼마나 있는가.
264) 과거 문화를 복원할 수 있는 이론과 체계, 정보 등을 내포한 가치가 있는가.
265) 자연적인 현상으로서 주변과의 조화와 함께 생성과정의 특이성, 자연의 경이성 등이 있는가.
266) 김수갑, "문화재보호법의 체계",『법과 사회』제19호(2000.11), 50면.
267) 자연유산을 문화재에 포함시키는 사례로는 세계유산협약(자연유산을 문화유산과 함께 등록대상으로 명시), 문화재불법반출입 예방협약(희귀 동·식물, 광물, 표본, 고생물자료), 일본(문화재보호법 : 명승·천연기념물), 중국(문물보호법 : 자연경관명승지), 대만(문화자산보존법 : 자연문화경관), 북한(문화유물보호법 : 천연기념물, 명승지)의 경우를 들 수 있다.
268) 의식주·생업·신앙·연중행사 등에 관한 풍속·관습과 이에 사용되는 의복·기구·가옥 등으로서 국민생활의 추이를 이해함에 불가결한 것.

는 국보・보물이 속하고 민속자료에는 중요민속자료가 속하며, 기념물은 사적・명승・천연기념물이 속하며, 무형문화재는 중요무형문화재로 각각 분류할 수 있다.

2) 등록문화재

등록문화재란 지정문화재(국보・보물・사적・천연기념물・시도기념물・시도유형문화재・문화재자료)가 아닌 건조물 또는 기념이 될 만한 시설물 형태의 문화재 중에서 보존 및 활용을 위해 조치가 특히 필요한 것으로 문화재위원회 심의 등을 거쳐 등록된 문화재를 말한다. 등록문화재는 국가지정문화재나 시・도지정문화재로서 보존가치가 없는 기타 문화재 중(건조물) 현대 산업사회의 개발과정에서 소유자나 관리자 등이 임의로 훼손하거나 용도변경을 하는 것을 제한하기 위한 보존조치로서 2001년에 신설된 제도이다.

<표 3> 문화재보호법상 문화재의 분류[269]

기준	명칭	정의	법적근거
형태	유형문화재	건조물・전적・고문서・회화・조각・공예품 등 유형의 문화적 소산으로서 역사적・예술적 또는 학술적 가치가 큰 것과 이에 준하는 고고자료(국보, 보물)	법 제2조①1
	무형문화재	연극・음악・무용・공예기술 등 무형의 문화적 소산으로서 역사적・예술적 또는 학술적 가치가 큰 것(중요무형문화재)	법 제2조①2
	기념물	다음 각 항목에서 정하는 것 가. 사지・고분・패총・성지・궁지・요지・유물 포함층 등의 사적지와 특별히 기념이 될 만한	법 제2조①3

269) 문화재보호법 제2조・제4조 내지 제7조・제42조 및 제55조 등.

		시설물로서 역사적 · 학술적 가치가 큰 것(사적) 나. 경승지로서 예술적 · 경관적 가치가 큰 것(명승) 다. 동물 · 식물 · 광물 · 동굴 · 지질 · 생물학적 생성물 및 특별한 자연현상으로서 사적 · 경관적 또는 학술적 가치가 큰 것 (천연기념물)	
	민속자료	의식주 · 생업 · 신앙 · 연중행사 등에 관한 풍속 · 관습과 이에 사용되는 의복 · 기구 · 가옥 등으로서 국민생활의 추이를 이해함에 불가결한 것	법 제2조①4

지정/등록여부	지정/ 등록문화재	지정주체	문화재청장	국가지정문화재	문화재청장이 지정한 문화재	법 제2조②1
				등록문화재	지정문화재가 아닌 문화재 중에서 보존 및 활용을 위한 조치가 특별히 필요한 것	법 제42조①
			시·도지사	시 · 도지정 문화재	국가지정문화재로 지정되지 아니한 것 중 시 · 도지사가 지정한 문화재	법 제2조②2 제55조①
				문화재자료	국가지정문화재나 시 · 도지정문화재가 아닌 것 중에서 향토문화보존상 필요에 의해 시 · 도지사가 지정한문화재	법 제2조②3 제55조②
	비지정	일반동산문화재			지정되지 아니한 문화재 중 동산에 속하는 문화재	법 제76조
		매장문화재			토지 · 해저 또는 건조물 등에 포장된 문화재	법 제43조

소유주체	국 · 공유 문화재	국가 또는 지방 자치 단체 소유 문화재	법 제50조①
	사유 문화재	개인 소유 문화재	

3) 동산문화재와 비동산문화재

동산문화재는 부동산문화재에 대칭되는 개념으로 이동이 가능한 유형문화재 중 보존할만한 가치가 있는 민족문화유산을 가리킨다.[270] 동산문화재의 개념은 문화재보호법상의 정의가 아니라 민법상 물건의 종류에 입각한 편의상의 정의에 불과하다.[271] 민법은 부동산 및 동산의 정의와 관련하여 토지 및 그 정착물을 부동산으로, 부동산 이외의 물건을 동산으로 정의하고 있다(민법 제99조).[272] 동산문화재의 종류로는 국가지정 동산문화재, 시・도지정 동산문화재, 시・도지사가 지정하는 문화재자료, 그리고 비지정문화재인 일반동산문화재가 있다.

(3) 일반동산문화재

1) 의 의

국가지정문화재, 시・도지정문화재 또는 문화재자료로 지정되지 아니한 문화재 중 동산에 속한 문화재로서 전적・서적・판목・회화・조각・공예품・고고자료・자연사자료 및 민속자료로서 역사상・예술상 보존가치가 있는 문화재를 말한다(법 제76조, 영 제44조). 문화재를 소장하는 자가 도난의 우려와 정부에 의한 관리・감독을 기피할 목적으로 공개하지 않은 문화재가 주로 여기에 해당한다.

문화재 지정은 이미 공개된 문화재에 한정될 수밖에 없고 따라서 '일반동산문화재' 중에는 지정문화재보다 역사상 또는 예술상의 가치가 더 큰 것도 있을 수 있다. 또한 문화재지정은 상당한 시일이 소요되므로 공개된 '일반동산문화재'라고 할지라도 그 것이 언젠가는 지정

270) 박상덕, "동산문화재 등록절차에 관하여", 『문화재』(1960.9), 169면.
271) 동산문화재와 부동산문화재의 비교 및 특징에 관하여는 김상봉, "동산문화재 관리제도의 비교고찰", 『문화재』제12호(1979.10), 3면.
272) 프랑스는 1913년 제정한 『역사적 기념물보호법』에서 동산문화재의 지정대상에 『부동산의 부속물건』을 포함시킨다는 입장을 취하고 있다.

문화재로 될 가능성을 배제할 수 없다. 그리하여 모든 문화재를 보존·활용하는 데 있어서 굳이 지정여부를 고집하여 그에 따른 차이를 둘 합리적인 이유가 없다고 하겠다. 도난과 불법반출의 주된 대상이 동산문화재임을 감안하면 동산문화재, 그중에서도 비지정인 일반동산문화재에 대한 도난방지와 반출규제가 주된 관심의 대상이 된다.[273]

2) 범 위

일반 동산문화재는 i) 전적·서적 또는 판각류로서 역사상·학술상 또는 예술상 보존가치가 있는 것, ii) 회화·조각 또는 공예품으로서 역사상·예술상 보존가치가 있는 것, iii) 문구류로서 역사상 희귀한 것, iv) 고고자료로서 학술상 보존가치가 있는 것, v) 민속자료로서 한국민속의 생활문화의 기본적 특색을 지녀 학술자료로서 보존가치가 있는 것, vi) 자연사자료로서 역사·학술·과학·교육·심미·관상상 보존가치가 있는 것, vii) 녹음·사진·영상으로 된 기록물로서 역사·예술 또는 학술상 보존가치가 있는 것, viii) 기타 외국에서 제작 또는 발굴된 작품으로서 우리나라 문화에 직접 영향을 주었거나 학술상 중요한 자료가 되는 것이다.

'역사상·학술상·예술상·관상상 등의 가치가 큰 것'이라 함은 입법 목적에 비추어 볼 때, 전통문화의 계승·발전과 민족문화창달을 기하고 국민의 문화적 향상을 도모함과 아울러 인류문화의 발전에 기여하기 위해 이를 보존하고 활용할 가치가 있는 유형의 문화적 소산을 가리키고, '고고자료·민속자료·자연사자료' 등도 역시 보존·활용의 가치가 있는 것만을 의미하는 것이다. 여기서 말하는 보존·활용의 가치가 있는지의 여부는 그 물건이 지닌 시대성, 희귀성, 예술성 및 화폐단위로 환산된 가치 등을 종합적으로 고려하여 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이 판단하는 바에 따르고, 구체적인 사

273) 박동석, 문화재보호법, 민속원, 401면.

건에서는 법관의 합리적인 해석(필요한 경우에는 감정도 할 수 있다)에 의하여 그 물건을 보존・활용할 수 있는 가치의 유무를 판단한다.

3) 수출・반출의 제한

일반동산문화재에는 국가지정문화재 규정이 준용되어 국외로 수출 또는 반출할 수 없다[274]. 다만 국외전시 등 국제적 문화교류를 목적으로 하는 경우에는 반출일부터 2년 이내에 다시 반입할 것을 조건으로 문화재청장의 허가를 받은 때에는 반출할 수 있다.[275] 반출을 허가받은 자가 그 연장을 신청한 때에는 부득이한 사유가 있다고 인정되는 경우에 한하여 2년 범위안에서 반출기간의 연장을 허가할 수 있다.[276] 문화재청장이 문화재의 국외반출을 허가하고자 하는 때에는 국무회의의 심의를 거쳐야 하지만(동법 제35조 제3항), 일반동산문화재의 경우에는 국무회의의 심의를 요하지 아니한다.

일반동산문화재는 문화재의 국외 전시 등 국제적 문화교류를 목적으로서 다음 각호에 해당하는 사항으로 문화재청장의 허가를 받은 때에는 (2년이상) 수출・반출할 수 있다(동법 제94조 제1항 단서). 첫째, 박물관및미술관진흥법에 의하여 설립된 박물관 등이 외국의 반물관 등에 일반동산문화재를 반출한 날로부터 10년이내에 다시 반입하는 경우(제1호), 둘째, 외국정부가 인증하는 박물관 또는 문화재관련 단체가 자국의 박물관등에서 전시할 목적으로 국내에서 일반동산문화재를 구입 또는 기증받아 반출하는 경우(제2호)이다.

일반동산문화재의 수출 또는 반출허가를 받고자 하는 자는 반출예정일 2월 전에 해외박물관 등 구입・기증문화재 국외반출허가신청서를 문화재청장에게 제출하여야 한다. 이 경우, 문화재청장은 신청에 대하여 문화재의 국외수출 또는 반출을 허가하고자 하는 때에는 문화

274) 문화재보호법 제35조 제1항 본문의 준용
275) 문화재보호법 제35조 제1항 단서의 준용.
276) 문화재보호법 제35조 제2항의 준용.

재위원회의 심의를 거쳐야 한다.[277]

4) 일반동산문화재로 오인가능성 있는 동산의 수출・반출

① 확인과 감정

일반동산문화재로 오인될 우려가 있는 동산을 국외로 수출 또는 반출하고자 하는 경우에는 미리 문화재청장의 확인을 받아야 한다.[278] 문화재청장이 확인을 하고자 하는 때에는 전문가의 감정을 받아야 한다.[279] 감정은 일정한 자격자 중에서 문화재청장의 위촉을 받은 자(감정위원)가 행한다.[280] 감정위원은 i) 감정을 신청한 물건이 일반동산문화재의 범위에 속하는지 여부를 확인하고, ii) 감정자의 주관을 배제하고 객관적인 근거에 의하여 보편타당성 있게 평가하며, iii) 단독감정이 곤란한 경우에는 2인 이상이 공동으로 감정한다.

② 비문화재의 확인절차

비문화재의 확인에 대한 문화재청장의 권한은 법 제68조 및 영 제43조제7호에 의하여 시・도지사에게 위임된 사항이다. 따라서 일반동산문화재로 오인될 우려가 있는 동산의 확인은 시・도지사가 행사한다. 문화재로 오인될 우려가 있는 동산의 확인을 받고자 하는 자는 그 대상물과 함께 비문화재확인원 2부를 시・도지사에게 제출하여야 한다. 다만, 여행자가 직접 휴대하여 반출하는 경우에는 다른 서식에 의한다.[281]

시・도지사는 접수한 확인대상물품이 일반동산문화재가 아님이 확인된 때에는 비문화재확인서를 신청인에게 교부하여야 하며, 여행자

277) 문화재보호법 시행규칙 제83조 제2항
278) 문화재보호법 제94조 제2항
279) 문화재보호법 시행령 제57조.
280) 문화재보호법 시행규칙 제84조
281) 문화재보호법시행규칙 제88조 제1항

가 직접 휴대하여 반출하는 경우에는 비문화재확인표지를 당해물품에 붙여야 한다. 이 경우 시・도지사는 일반동산문화재의 범위에 속하지 아니하는 것에 대하여만 동산에 속하는 문화재가 아님을 확인하여야 한다(동법시행규칙 제88조 제2항 및 제3항). 시・도지사는 비문화재의 확인을 한 경우에는 매분기 종료후 15일이내에 그 내용을 문화재청장에게 제출하여야 한다.[282]

3. 문화재 반출통제

문화재불법거래와 해외유출에 대처하기 위해서는 문화재당국의 노력만으로는 부족하고 국경통제를 담당하는 여러 부서들간의 협조체제 구축이 중요하며 1970년 협약도 이러한 부처간의 협력을 요구하고 있다. 현재는 문화재청 문화재감정관실이 주무부서로서 문화재 반출방지를 위한 검색시스템을 강화하고 화물, 국제우편물 및 특송화물에 대한 문화재 국외반출 방지 대책을 담당하고 있다. 이에 관한 실태와 문제점을 살펴본다.[283]

(1) 화물의 수출통관

화물의 수출통관시 처리과정은 수출신고 → 자동수리(검사생략) → 운송하고 , 일부분(0.1%)에 대해서 수리전 검사 → 서류심사 → 운송 → 적재의 순이다. 현재 수출통관은 C/S우범물품선별 전자시스템에 의해 전자신고하면 대부분(99.9%) 검사가 생략되고 자동수리로 처리되어 선적된다. 그 문제점은 다음과 같다. 첫째, 도자기 및 악기류 외의 문화재는 C/S시스템상 우범물품으로 분류되지 않고 있다.[284] 둘째, 화주

282) 김창규, 문화재보호법개론, 동방문화사, 2005, 239-240면.
283) 문화재청 동산문화재과, “문화재 국외반출 방지 관계기관 실태조사 결과 보고”, (2007.2.26/3.5).
284) 품목분류체계인 HS코드에는 문화재를 적절하게 분류하는 코드가 없음.

가 문화재를 일반 물품으로 반출(도자기를 그릇으로 신청)하는 경우, 유사한 재료의 반출시 문화재를 섞어서 반출(석장류 문화재를 석재로 신청)하는 경우, 육안이나 X레이 확인과정이 없이 자동 처리되고 있다.

셋째, 세관은 수출우선 정책과 민간에 대한 규제 완화 정책의 일환으로 수입에 치중, 수출 통관에 인력 및 장비의 미배치로 문화재 반출은 무방비 상태이다. 세관측은 검색을 강화할 경우 재포장비 부담, 컨테이너 X레이 검색비용(1회 50만원) 및 민원불만 증대 등의 부담이 있다고 한다. 다만, 9.11 사태 이후 미국으로 수출하는 화물에 대해서는 검색이 강화되어 한국에 파견된 미국세관과 함께 정보에 의해 X레이 검색을 강화하고 있다. 넷째, 문화재청과 세관의 협조체계 미비로 문화재 반출 방지에 관한 업무지침이 없으며 수출통관 신청인에 대한 홍보도 전무한 실정이다. 내륙지 세관의 경우 검색 장비나 수출품 검색의 중요성에 대한 인식이 없어 문화재 밀반출이 매우 용이한 상황이다.

이를 개선하기 위해서는 문화재 밀반출 등 정보 교환을 전제로 한 검색이 강화되어야 한다. 현재 관세법 제226조에 의거 관세청장이 고시하는 "세관장확인대상물품"에 골동품(HS10단계품목분류코드-9706[285])으로서 도자기, 악기류에 한해서 문광부장관의 비문화재 확인 서류를 제출토록 규정하고 있다. 그러므로 관세청과 협의하여 관세법상의 골동품과 문화재보호법상의 문화재의 범주를 일치시켜 우범물품선별시스템(C/S)으로 선별, 실물 검사하도록 관련 규정을 개정해야 할 것이다. 또한 문화재를 다른 품목으로 신고하는 경우에 대비하여 "수출통관 안내서" 등 문화재 감정에 대한 안내와 세관 홍보물에 적발시의 처벌 규정을 홍보해야 할 것이다.[286]

285) HS코드 9706-00(도자기류, 악기류, 기타)은 문화관관광부장관의 비문화재확인서 확인. HS코드는 한국관세무역연구원 발행 수출입통관편람 참조.

286) 문화재청 동산문화재과, "문화재 국외반출 방지 관계기관 1차 실태조사 결과 보고", 1면.

(2) 국제우편물 발송

국제우편물 발송시의 처리과정은 국제우편물 발송 → 우체국 대략적 검사 → 우편집중국 운송 → 서울국제우체국(항공편) / 부산국제우편국(선박편) → 인천공항공사 AOC 직원이 X레이 검사(안전검사 위주) → 선적의 순이다. 관세청은 정보통신부와 협력하여 국제우편집중국에 세관을 설치하여 통관 업무를 수행하고 있으나 거의 수입통관에 치중하고 있으며, 수출 물품에 대해서는 관심이 없고, 발송 쪽에는 인력 또는 X레이 장비 등이 미배치되어 있다.[287]

국제우편물 발송의 문제점을 살펴보면 첫째, 국제우편집중국 및 우편국 세관의 발송 우편물에 대한 검색 시스템이 미비한 실정이며, 특히 문화재 반출에 대한 세부적 규정이나 지침이 없는 실정이고 둘째, 국제우편국에는 동식물검역소 6명, 국정원 직원 비상주, 세관직원 30여명이 파견, 자체 업무를 수행하고 있으나 문화재에 대해서는 관련 업무를 수행하거나 대행하는 부서가 없다는 점이다. 이를 개선하기 위해서는 X레이 검색기를 추가하고 재배치 할 필요성이 있으며 설치 후 감정물량을 감안하여 비상근 감정위원의 배치 등을 해야 할 것이다.

(3) 국제 특송 발송

국제 특송 발송시 처리과정은 개인포장 → 국제택배 신청(패덱스, UPS, DHL, TNT등) → 접수시 품목식별 코드 부착 → 택배사별 집합소에서 분류, 운송 → 인천국제공항 택배사 도착 → 컨베어벨트 자동분류 및 X레이 검사 → 자체 및 타 항공노선별 분류 → 선적의 순이다. 문화재 국외반출 방지의 관점에서 그 문제점을 살펴보면 첫째, 국제우편 물량의 40%가 특송 처리되고 있으며 특송업체별 또는 자가항

287) 우정사업본부 국제우편업무편람 참조.

공기별로 X레이검사를 하고 있지만 이는 주로 총포류나 마약류 등을 단속하는데 한정되고 있어, 문화재 반출에 대한 인식도 없고 문화재에 대해서는 확인하지 않고 있으며 둘째, 특송회사는 신속・정확성을 생명으로 하는 영리 목적을 위해 검색과정에서 문화재로 오인될 수 있는 것이 발견되더라도 포장을 해체하여 검사한 후 이를 재포장하는데 소요되는 경비와 시간 제약 때문에 문화재 국외 반출 방지에 대한 협조를 기대하기가 용이하지 않다는 점이다.

이를 개선하기 위해서는 문화재보호법의 개정을 통해서 문화재 반출에 대한 특송업체의 협조를 의무화하는 방안을 모색해야 한다. 구체적으로는 이용객에 대해 문화재로 오인받을 수 있는 물품의 비문화재 확인 신청의무를 안내하고 이를 준수하지 않을 경우 포장 개봉 및 재포장의 비용을 부담하도록 하는 내용의 규정을 두입해야 한다.

(4) 항만공사

부산항만의 여객터미널에서 수입품 검색은 세관에서 주관하고, 수출품 검색은 부산경찰청 외사과가 주관하며, 용역업체 선정과 지도감독을 하고 있으며, 용역업체는 입찰계약에 따라 경비 및 보안 업무를 수행하고 있다. 이러한 관리체계의 복잡성은 항만을 통한 문화재의 반출입의 통제에 효율적이지 못하다. 그러므로 C/S(우범불품선별통관시스템)을 최대한 활용하고, 문화재로 의심되는 물품에 대해서는 관세법상 직권검사 및 비용부담의 방안을 보완하는 대책이 필요하다. 나아가 관세청・공항공사・항만공사・정보통신부・특송회사 등 관련 기관 및 단체와 문화재 검색에 대해 협력하는 방안이 필요하다.

4. 문화재불법거래에 대한 처벌

(1) 문화재사범

문화재불법거래를 위시한 문화재사범의 예방과 단속을 위해 국가와 지방자치단체는 다음과 같은 제도를 운영하고 있다. 첫째는 문화재사범단속반 운영이다. 이를 위해 문화재청에 '문화재사범단속반'을 설치하여 검찰・경찰・세관 등의 관계기관과 수사공조 체제를 유지하며 범인색출・범죄예방활동을 수행하고 있다. 둘째는 문화재감정관실 운영이다. 문화재의 국외반출을 방지하기 위하여 국제공항과 국제여객부두에 문화재 감정관실을 설치하고, 문화재감정위원으로 하여금 출국자들의 휴대물품 및 화물에 대한 비문화재확인업무를 실시하고 있다.

셋째는 문화재담당검사의 지명이다. 문화재사범 단속・수사의 실효성확보를 위하여 주요 지방검찰청에 문화재담당검사를 지명하여 운영하고 있다. 넷째는 문화재담당특별사법경찰관리의 지명이다. 시・도지정문화재의 효율적인 관리를 위하여 시・도별로 담당공무원을 특별사법경찰관리로 지명하여 문화재사범에 대처하고 있다.[288]

(2) 무허가수출 등의 죄

1) 지정문화재・가지정문화재의 무허가수출・반출죄

지정문화재 또는 가지정문화재를 허가 없이 국외로 수출 또는 반출하거나 반출한 문화재를 기한 내에 다시 반입하지 아니한 자는 5년 이상의 유기징역에 처하고 그 문화재는 몰수한다.[289]

288) 김창규, 문화재보호법개론, 동방문화사, 2005, 247-248면.
289) 문화재보호법 제101조 제1항.

2) 일반동산문화재의 무허가수출・반출죄

일반동산문화재를 허가없이 국외로 수출 또는 반출하거나 반출한 문화재를 기한 내에 다시 반입하지 아니한 자는 3년 이상의 유기징역에 처하고 그 문화재는 몰수한다.[290]

3) 무허가수출・반출 지정문화재・일반동산문화재의 양도・양수・중개죄

지정문화재・가지정문화재 또는 일반동산문화재를 허가 없이 국외로 수출 또는 반출하는 정을 알고 당해 문화재를 양도・양수 또는 중개한 자는 3년 이상의 유기징역에 처하고 그 문화재는 몰수한다.[291]

5. 문화재보호제도의 개선

(1) 문화재 개념의 명확화

보호대상이 되는 문화재를 '유형의 문화적 소산으로서 역사적・예술적 또는 학술적 가치가 큰 것', '사적지와 특별히 기념이 될 만한 시설물로서 역사적・학술적 가치가 큰 것' 이라고 규정하는 것은 추상적이고 애매모호한 개념이다.[292] 이와 같이 '문화예술'과 '문화유산' 그리고 '문화재' 및 '문화유물'에 관한 국내법상의 개념과 범주가 국제협약과 차이가 있게 되면 관련 국제협약의 국내적 이행에 문제가 될 수 있다. 나아가 지방자치단체의 문화조례의 제정 및 시행에 있어서도 혼선을 초래할 가능성이 있다.[293]

그러므로 문화재보호법에 문화재위원회의 심의의결을 전제로 문화관광부장관에게 문화재 개념을 구체화 할 수 있는 부령제정권을 위임

290) 문화재보호법 제102조 제2항.
291) 문화재보호법 제101조 제3항.
292) 홍준형, 전게논문, 165면.
293) 전재경, "문화유산법제 개선방안 연구", 한국법제연구원, 2000, 14면.

하는 규정을 두거나 문화재위원회의 권한을 강화하여 문화재 일반 또는 매장문화재의 개념을 유형화 할 수 있는 고시발령권을 부여하는 방안을 검토할 필요가 있다.[294]

(2) 문화재 보호・관리 체제의 보완

앞에서 본 바와 같이 우리 나라의 문화재 보호제도는 등록문화재・매장문화재・국유문화재・시도지정문화재 등으로 중요도에 따른 관리・보호 방식으로 구성되어 있어 문화재의 일반적인 관리・보호 절차 내지 순서에 따른 규정체계를 채택하고 있지 않다. 따라서 보호의 중요성이 떨어지는 문화재는 보호의 우선순위에서 밀릴 수밖에 없는 한계가 있다.

문화재 분류만하더라도 문화재청의 통계분류방식상의 기준, 문화행정 조직 및 업무 기준, 문화재위원회 분과 위원회 소관 사항기준, 현황보고 기준 등이 서로 다르게 운용되고 있다. 여기에 문화재의 속성에 따른 분류와 민법상 물건성에 따른 분류, 문화재의 중요도에 따른 분류 및 정책상 비중에 따른 분류 등을 포함한다면 상당히 복잡하다.

(3) 문화재보존과 사유재산권보호의 조정

보존위주의 문화재정책으로 문화재지정으로 인한 사유재산권침해에 대한 대책이 미흡하여 민원과 불만이 극심하고, 문화재를 국민에게 불편을 주는 대상으로 인식하는 결과를 초래하였다.[295] 따라서 문화재

294) 전재경, 전게 논문, 84면.

295) 경주시민들의 주장에 의하면 “3조원대에 이르는 경주시민들의 사유재산이 40여년째 문화재보호지역으로 묶여 있으나 정부는 1978년부터 2003년까지 26년간 사유지 매입에 고작 810억여원을 투입한 것으로 나타나 시민의 고통은 아랑곳하지 않는다는 여론이 높아지고 있으며 2・3중의 규제만 할 것이 아니라 문화재보존과 피해시민이 고통을 헤아려 줄지를 아는 정부의 의지가 선행되어야 한다”고 한다(대구일보. 2004.8.25자 참조). 또한 “경주 시내 면적의 약 10%가 ‘문화재지정・보호구역’으로 건물의 증・개・신축 등 각종 개발행위가 금지되고 있다. 땅만 파면 유물

보존에 따르는 주민의 사유재산권 제한을 합리적으로 조정·완화하여 문화재 보존과 사유재산권보호의 조화를 도모하여야 할 것이다.

제 3 절 1970년 협약과 문화재보호

1. 1970년 협약의 이행

(1) 1970년 협약상의 의무

우리나라는 1983년에 이 협약에 가입하였지만[296] 그 이행을 위한 특별법을 제정하지 않고 기존의 문화재보호법과 제도에 그 내용을 담고 있다. 이에 따라 우리 문화재 보호법을 위시한 문화재보호제도가 1970년 협약의 이행에 충분한 것인지 여부를 검토하기로 한다.

1970년 협약은 체약국들로 하여금 i) 효율적인 문화재보호기관과 법제의 정비, ii) 보호대상 문화재의 인벤토리 확립과 유지, iii) 불법문화재의 반출입통제와 반출증명서제도의 시행, iv) 불법문화재의 반환을 위한 양자협정 또는 다자협정에 참여, v) 문화재거래 종사자들의 윤리감독 및 지원, vii) 불법문화재거래를 추방하기 위한 적절한 교육 및 홍보활동, viii) 불법문화재거래를 차단하기 위해 문화재당국과 세관, 경찰등 행정기관간의 협력체제 구축 등을 약속하게 한다.

(2) 문화재보호법의 관련규정

우리 문화재보호법은 국외로 불법적으로 반출된 문화재에 대한 반환청구에 대해서는 규정하지 않고, 제97조에서 외국문화재의 보호만을 규정하고 있다.

이 나오는 천년고도 경주의 시민들이 문화재보호만을 강조하는 각종 규제로 고통받고 있다. 'green belt'에 비견되는 'culture belt'로 인한 생활피해인 셈이다. 문화재보호법이 경주를 박제로 만들고 있다"고 주장한다(조선일보, 2005.6.25자 참조).

296) 조약 제809호로 1983년 2월 1일 가입, 1983년 5월14일 발효되었음.

1) 불법반출 외국문화재의 유치

문화재청장은 국내로 반입하고자 하거나 이미 반입된 외국문화재가 당해 반출국으로부터 불법반출된 것으로 인정할만한 상당한 이유가 있을 때에는 그 문화재를 유치할 수 있다. 이 경우, 당해 외국문화재를 박물관 등에 보관・관리하여야 한다.[297]

2) 소유자에의 반환

불법반출 외국문화재로 보관중인 경우 외국문화재가 그 반출국으로부터 적법하게 반출된 것이 확인된 때에는 지체 없이 이를 그 소유자 또는 점유자에게 반환하여야 한다. 또한 그 외국문화재가 불법반출된 것이 확인되었으나, 당해 반출국이 그 문화재를 회수하고자 하는 의사가 없음이 분명한 때에도 그 소유자 또는 점유자에게 반환하여야 한다.[298]

3) 반출국에의 반환

문화재청장은 외국문화재의 반출국으로부터 대한민국에 반입된 외국문화재가 자국으로부터 불법반출된 것임을 증명하고, 조약에 의한 정당한 절차에 의하여 그 반환을 요청하는 경우 또는 계약에 의한 반환의무를 이행하는 경우에는 관계기관의 협조를 얻어 조약이 정하는 바에 따라 당해 문화재가 반출국에 반환될 수 있도록 필요한 조치를 하여야 한다.[299]

4) 반환청구

문화재보호법은 외국에서 발견된 국내유출문화재의 반환청구와 그

297) 문화재보호법 동법 제97조 제2항 및 제3항
298) 문화재보호법 제97조 제4항
299) 문화재보호법 제97조 제5항

절차에 대해서는 아무런 규정이 없다. 이에 따라 독일의 경우[300]처럼 불법유출된 문화재의 반환청구에 관하여 입법화하여야 할 것이다.[301]

2. 국제협력 및 양자협력추진

(1) 1970년 협약 발효 이후 반출문화재

이상에서 본 바와 같이 1970년 협약에 따른 도난·불법반출문화재에 대한 통제는 미흡하나마 대부분 시행되고 있다고 평가 할 수 있다. 그러나 정작 우리나라에서 유출된 문화재의 반환에 대해서는 효과적으로 대응하지 못하고 있다. 특히 우리의 경우는 국내에서 도난된 문화재가 주로 일본에서 거래되고 있는 것으로 추정되기 때문에 불법유출된 문화재를 색출하고 그 반환을 위한 법제적인 뒷받침이 필요한 상황이다.

앞에서 설명한 대로 1995년 협약은 물론이고 1970년 협약도 협약 발효 이후에 불법유출된 문화재 반환을 위한 쌍무협상 및 다자간협상을 적극 권장하고 있어 이를 위한 노력이 필요하다. 이점에 관해서는 유네스코의 정부간위원회의 활용이 적극적으로 모색되어야 하며 미국과 멕시코간의 반환협정과 같은 선례에 대한 관심과 연구가 필요하다고 하겠다.

(2) 1970년 협약 발효 이전 반출문화재

1970년 협약과 1995년 협약은 소급효가 없기 때문에 현재 한일간에 문제가 되는 과거 불법반출 문화재의 반환과는 직접적인 관련은 없다고 하겠다. 그러나 협약의 비소급효가 반드시 협약 발효 이전에 도난

300) 독일의 경우에는 불법적으로 반출되거나 국내에 유입된 문화재에 대한 반환청구 및 반환의무와 관련된 법률로서 1998년에 문화재보장법을 제정한바 있다.
301) 한국법제연구원, 문화재보호법제 개선방안, 251면.

또는 불법반출된 문화재에 대해 면죄부를 부여하는 것으로 해석되어서는 안 된다는 취지를 명확히 하고 있다는 점에서 협약과의 관련성을 부인할 필요는 없다. 유네스코에서도 이러한 문제에 대해 정부간 위원회를 통한 지원을 하고 있다고 함은 앞에서 본 바와 같다.

주지하다시피 한일간의 문화재반환문제는 1965년 국교정상회담에서 문화재협정[302]을 체결함으로써 외교적으로는 일단락 된 것으로 여겨진다. 그러나 다음과 같은 이유에서 한일문화협정을 재고할 수 있다고 본다. 첫째, 1965년 한문화협정은 한일 국교정상화 회담의 틀 내에서 국제법적인 문제들을 정면으로 해결하기 보다는 정치적외교적 절충에 의해 봉합함으로써 많은 문제들을 미해결의 장으로 남겨둔 미완성의 협정이다. 둘째, 한일협정 당시 파악하지 못한 문화재 또는 당시 국공유가 아니므로 반환이 거절되었으나 추후 국공유로 된 문화재[303]에 대해서는 재협상이 가능하다고 생각한다. 또한 북한에 연원을 두고 있는 문화재에 대해서도 북・일간 협상에서 반환청구가 예상됨. 따라서 이에 관한 남북간의 사전협력도 가능할 것이다. 셋째, 사유문화재의 반환에 관한 합의의사록의 해석은 일본정부의 적극적 의무부과로 해석되어야 한다.

이와 같이 1995년 한일문화재협정의 한계와 문제점은 오히려 협정의 개정 또는 새로운 협정제기의 근거가 될 수 있다. 그러나 한일간

302) 한・일문화협력협정 제1조 대한민국정부와 일본국 정부는 양국 국민간의 문화관계를 증진시키기 위하여 가능한 한 협력한다. 제2조 일본국 정부는 부속서에 열거한 문화재를 양국 정부간에 합의되는 절차에 따라 본 협정 효력 발행후 6월 이내에 대한민국 정부에 인도한다. 제3조 대한민국정부와 일본국 정부는 각각 자국의 미술관, 박물관, 도서관 및 기타 학술문화에 관한 시설이 보유하는 문화재에 대하여 타방당사국의 국민에게 연구의 기회를 부여하기 위하여 가능한 한 편의를 제공한다.

협정에 대한 합의의사록; 한국측 대표는, 일본국민의 사유로서 한국에 연유하는 문화재가 한국측에 기증되도록 희망한다는 뜻을 말하였다. 일본측 대표는 일본국민이 소유하는 이러한 문화재를 자발적으로 한국 측에 기증함은 한일 양국간의 문화협력의 증진에 기여하게도 될 것이므로, 정부로서는 이를 권장할 것이라고 말하였다.

303) 小倉 collection 등.

의 외교적 관계로부터 볼 때 협정의 개정보다는 새로운 협정을 체결하는 쪽이 더 손쉬울 것으로 판단된다.[304]

3. 선의취득의 배제

도난·불법반출문화재에 대한 선의취득 배제는 1970년 협약의 근본적인 취지에 부합한다. 그리하여 일본의 2002년 「문화재의 불법적인 수출입의 규제 등에 관한 법률」에도 특정외국문화재에 대해 선의취득에 대한 특례조항을 두고 있다. 우리나라도 2007년 문화재보호법 개정[305]을 통하여 선의취득에 관한 특례규정을 신설한바 있다.

(1) 선의취득의 악용과 개선

우리 민법은 평온, 공연하게 동산을 양수한 자가 선의이며 과실 없이 그 동산을 점유한 경우에 소유권을 취득하도록 규정하고 있다. 일단 도난 또는 도굴된 문화재라 하더라도 취득자는 선의취득이라고 주장할 경우, 반증이 어렵기 때문에 대부분 자신의 소유권을 지킬 수 있다. 매수자가 도난 문화재인 것을 알면서도 매입하고자 하는 저변에는 몇 단계의 유통을 거치면서 몇 년 후에는 원소유자로부터 반환청구 당하지 않을 수 있다는 점이 크게 작용하고 있다.

문화재는 다른 재화와 달리 일반인이 빈번히 거래하는 것이 아니라 관심 있는 수집가들만 거래하기 때문에 문화재를 선의취득의 적용대상에서 제외한다고 하여 사회적으로 거래의 안정성이 심각히 훼손되는 결과가 발생하지 않는다. 문화재를 선의취득의 대상에서 제외시키는 경우, 사후에 발견된 도난 문화재에 대하여 원소유자가 언제든지 반환 청구하여 원래의 보존 장소에 보관, 비치할 수 있게 되어 그 문화재의 가치를 현상대로 보존할 수 있다는 사회적 이익도 얻게 된다.

304) 한일과거청산 범국민운동본부 제안 『한일협정개정안』, 1996.7.
305) 문화재보호법 일부개정법률, 법률 제8278호, 2007.1.26.

(2) 선의취득 배제의 범위

지정문화재는 국가 또는 지자체가 문화재 가치를 인정하고 사후에도 관리하는 법적 장치가 마련되어 있기 때문에 이를 선의 취득의 대상에서 제외하더라도 선의의 양수인이 발생할 가능성은 거의 없다. 왜냐하면 양수인이 도난여부를 확인하려는 주의를 기울인다면 지정문화재는 문화재청이나 시・도에서 제공하는 도난정보를 통해 도난품 여부를 확인할 수 있기 때문이다. 그러나 비지정문화재는 유통단계에서 양수인이 도난 문화재여부를 파악하기가 쉽지 않다는 문제점이 있기 때문에 선의취득 원칙의 배제를 비지정 문화재로까지 확대하는 것은 혼란을 가져올 수 있다.[306]

(3) 선의취득 특례규정

이리하여 개정 문화재보호법은 민법 제249조의 선의취득 원칙을 지정문화재에 한하여 배제하도록 하였다.[307] 그 대상은 i) 문화재청장이나 시·도지사가 지정한 문화재, ii) 도난물품 또는 유실물(遺失物)인 사실이 공고된 문화재, iii) 그 출처를 알 수 있는 중요한 부분이나 기록을 인위적으로 훼손한 문화재[308] 이다. 다만, 양수인이 경매나 문화재매매업자 등으로부터 선의로 이를 매수한 경우에는 피해자 또는 유실자(遺失者)는 양수인이 지급한 대가를 변상하고 반환을 청구할 수 있다.

306) 한국형사정책연구원, 문화재범죄의 효율적 규제방안에 관한 연구, 2001, 104-105면.
307) 문화재보호법 제99조 제4항(신설) : 국가지정문화재 및 시·도지정문화재, 제82조의 규정에 위반하여 발굴되었거나 현상변경된 문화재, 비지정문화재 중 도난 또는 유실이 공중에게 공포된 문화재 등의 거래행위에 관하여는 『민법』의 선의취득에 관한 규정을 적용하지 아니한다.
308) 이에 따른 공고에 관하여 필요한 사항은 문화관광부령으로 정한다(문화재보호법 제99조 5항).

제 5 장 결 론

1. 1970년 협약 이행법 제정

본문에서 검토한 바와 같이 1970년 협약은 자기집행력(self-executing)이 없으므로 그 이행은 각 체약국의 상황에 따라 특별법을 제정하거나 기존의 법을 약간 수정하거나 보완하는 입법을 통해 이행하고 있다. 우리나라의 경우 1983년에 협약 가입한 이후 문화재보호법의 일부 조항에 몇 개 조항을 삽입하는 정도로 하다가 2007년 개정을 통해 선의취득을 배제하는 규정을 신설하였음은 앞에서 본바 있다. 그러나 이러한 일반적인 조항만으로는 1970년 협약의 이행에는 미흡하기 때문에 동 협약의 이행을 위한 특별법을 제정해야 한다고 본다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 협의 이행의지의 천명

1970년 협약의 이행과 관련된 국내법의 조항은 문화재보호법 등에 단편적이고 산만하게 규정되어 있어 그 내용을 명확하게 파악하기에 부적합하다. 그리하여 우리의 협약 이행의지에 대해 유네스코를 위시한 다른 국가에서 신뢰를 하지 않고 있다. 이는 2002년 서울에서 개최된 「문화재반환촉진 및 불법거래방지 국제전문전문가 회의」에서 채택된 권고안[309]에도 "*현행 국제법과 비교해 관련된 국내법의 '적합성'을 명확히 하고 국내법의 효과적인 집행을 위한 문화재에 관한 소유권을 분명히 함과 아울러 미발굴된 문화재의 경우, 국가 소유권을 명시하여 국외 재판관할권에서의 반환을 촉진하고 이를 도난, 도굴 및*

309) 유네스코한국위원회와 문화재청이 공동 주최하고 유네스코가 후원하여 2002년 9월 30일부터 10월 3일까지 서울에서 개최됨.

불법 반출시킨 개인 및 단체에 대한 기소를 지원하도록 권고"하고 있는 것만 보아도 짐작할 수 있다.

일본의 경우 매우 간단한 내용의 「문화재의 불법적인 수출입등의 규제등에 관한 법률」을 제정하면서 그 제1조의 입법목적에서 "1970년 협약의 적확한 시행"이라고 천명한 것은 일본의 불법문화재 규제에 대한 의지를 보여준 좋은 예라고 하겠다. 그러므로 우리의 협약 이행 의지를 분명히 밝히기 위해서라도 협약 이행특별법을 제정해야 할 것이다.

(2) 협약적용 대상 문화재의 구분

1970년 협약 이행을 위한 특별법의 제정은 그 적용대상 문화재의 범위를 명확히 하기 위해서도 필요하다. 앞에서 본바와 같이 우리 문화재보호법상의 문화재는 지정제도, 등록제도 등으로 복잡하게 되어 있어 무엇이 1970년 협약에 의해 의무적 반출입제한을 받고 또 외국의 반환청구에 응해야할 대상인 문화재인가가 분명하지 않다. 일본의 경우에는 「문화재의 불법적인 수출입등의 규제등에 관한 법률」에 서 '문화재'와 '국내문화재', 그리고 '특정외국문화재'로 이를 나누어 1970년 협약의 적용되는 문화재를 일반 국내법상의 문화재와 구분하여 대처하고 있다.

(3) 관련 기관협조체제의 구축

문화재의 불법반출입 통제는 문화재당국의 노력만으로는 되지 않고 국경을 통제하는 세관이나 문화재사범을 단속하는 경찰력, 그리고 문화재를 직접 다루는 박물관이나 거래상들과의 폭넓은 협조체제하에서만 이루어진다. 그러므로 이러한 기관협조를 원활하게 하기 위해서도 특별법에 의해 그 근거를 마련할 필요가 있다.

(4) 대일문화재반환 협상의 추진

앞에서 본 바와 같아 한일간에는 1965년 국교정상회담에서 문화재 협정을 체결함으로써 외교적으로는 일단락 된 것으로 여겨진다. 그러나 이후 1970년 협약과 1995년의 협약 등이 체결되고 국제적인 문화재반환운동[310]이 활발해 전개되고 있어 한일간에도 문화재반환을 위한 새로운 타협이 이루어져야 한다는 목소리가 높아지고 있다.[311]

물론 1970년 협약과 1995년 협약이 모두 소급효를 인정하지 않기 때문에 협약체결 이전에 반출된 문화재의 반환을 위해서는 적용되지 않지만 그 반환을 위한 국제적인 협력을 강조하고 있어 이를 협상의 지렛대로 이용할 수는 있다. 그러한 취지에서 특별법의 제정은 필요하다.

2. 1995년 협약의 비준

1970년 협약이 문화재의 도난과 불법거래를 방지하고 예방하는데 주력하고 있다면 1995년 협약은 도난·불법반출된 문화재의 반환에 초점을 맞추고 있다. 그러한 취지에서 미국·영국·일본 등 대부분의 문화재시장국가들은 이 협약의 가입을 꺼리고 있는 실정이다. 다만 주요선진국 중에서는 프랑스·스위스·이탈리아와 중국이 협약에 가입하고 있고 또 미국 내에서도 협약의 가입을 촉구하는 목소리가 높다[312].

우리나라에서 유실된 많은 문화재가 일본 등 해외에 많이 소재하고 있고 그 반환이 절실한 만큼 이를 위한 법제적 근거를 마련한다는 점

310) 김형만, 287-336.
311) 유네스코한국위원회/문화재청, 『한일불법문화재 반환촉진 정책포럼』, (2007.4).
312) Brian Bengs, *Dead on Arrival A Comparison of the UNIOROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects and U.S Property Law,* T.L&C.P. U.Iowa Co L, 1997.

에서 1995년 협약에 가입은 중요하다. 우리가 이 협약에 가입한 후에는 반환협상 대상국인 일본 등에 대해서도 동 협약에 가입할 것을 외교적 압력으로 행사할 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

국내 문헌

1. 단행본

각 시・도,「문화재보호조례」, 2006.

고제희, 「누가 문화재를 병어리기생이라고 했는가」, 다른 세상, 1999.

김창규,「문화재보호법개론」, 동방문화사, 2005.

김형만,「문화재반환과 국제법」, 삼우사, 2001.

문화유산포럼,「문화유산포럼 6」, 문화재청, 2004.

문화재관리국,「문화재행정의 실제」, 1997.

문화재청,「문화재연감」, 2007.

,「문화재보호 관계법령 해설」, 2005.10.

・한국문화관광연구원,「문화유산국제심포지엄 2007」.

,「문화재관계법령집」, 2007.

,「문화재 현상변경 실무 안내집」, 2004.

,「문화재 보존・관리 지침집」, 2002.

문화관광정책연구협의회,「21세기 문화국가실현을 위한 대토론회 자료집」, 2003.3.

박동석,「문화재보호법」, 민속원, 2005.

서헌제・정병윤,「캐나다와 영국의 문화정책 및 법제에 관한 연구」, 2006, 한국법제연구원.

송영선,「입법의견동향」(2001.3.11-2001.6.10), 한국법제연구원, 2001.

,「입법의견동향」(2001.12.11-2002.5.10), 한국법제연구원, 2002.

신의기,「문화재범죄의 효율적 규제방안에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 2001.

예용해,「인간문화재」, 대원사, 1997.

오세탁,「문화재보호법원론」, 주류성, 2005.

장호수,「문화재학개론」, 백산자료원, 2002.

전재경,「문화유산법제 개선방안연구」, 한국법제연구원, 2000.

정문교,「문화재행정과 정책」, 지식산업사, 2001.

조부근,「잃어버린 문화재를 찾아」, 민속원, 2004.

충북대학교 법학연구소,「한국문화재보호법의 발전과정과 정비방향」(문화재청연구보고서), 문화재청, 2002.12.

한국법제연구원,「문화재보호법제 개선방안」, 2002.

한국법제연구원,「문화재보호법제 개선방안」, 실무회의・전문가회의 자료집, 2004.6.

2. 논 문

강찬석, “유형문화재 보호 실태와 개선 방안”,「민족예술」, 58호, 2000.5.

길준규, “문화재의 개념과 그 구성요건”,「공법연구」 제30집 1호, 2001.12.

김덕주, “문화재의 국제적 불법유통금지에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 석사학위, 1989.

김봉건, “영국의 문화재보존정책”,「문화재」, 문화재관리국, 1989.

김상봉, “동산문화재 관리제도의 비교고찰”,「문화재」제12호(1979.10).

김선영, “국가지정문화재 보존·전승 정책 및 현황에 관한 연구-무용분야를 중심으로”, 중앙대학교 교육대학원 석사학위, 2004.

김성한, “외국의 문화재보호정책과 한국의 문화재보호정책”,「민족예술」, 74호, 2001.9.

김수갑, “문화재보호법의 체계”,「법과 사회」제19호, 법과사회이론학회, 2000.

, “문화재보호정책의 문제점과 개선방향”,「국회보」 제365호, 1997.3.

, “특별행정법으로서의 문화행정법의 체계에 관한 고찰”,「아·태공법연구」제 4집, 아세아·태평양공법학회, 1994.

, “미국의 문화재보호법제에 관한 연구”,「법학연구」제11권, 충북대학교 법학연구소, 2000.12.

김원용, “올바른 문화재관리를 위하여”,「문화재」제1호, 문화재관리국, 1965.12.

김종혁, “개정문화재보호법해설”,「문화재」제16호, 문화재관리국, 1983.12.

, “문화재행정의 발전방향”,「문화재」제30호, 문화재관리국, 1997.12.

김지현, “문화재보호에 관한 공법적 고찰”, 이화여자대학교 대학원 석사학위, 1995.

김창규, “문화재보호법 해설-지정문화재의 보호와 관리를 중심으로

-", 문화재관리자교육 2002, 문화재청, 2002.11.

, "문화재보호법과 등록문화재", 『한국전통문화학보』제7호, 한국전통문화학교, 2001.

김태운, "국제법체계하에서 문화재의 반환과 복귀를 위한 원칙과 조건 및 수단에 관한 연구", 『동의법정』, 11호, 1995.2.

김형만, "독일-러시아간의 전시약탈문화재 반환에 관한 사례연구", 『국제법학회논총』, 제84호, 1998.12.

, "무력분쟁시의 문화재보호에 관한 국제인도법적 고찰", 『인도법논총』, 17호, 1997.7.

, "문화재반환에 관한 국제법적 고찰", 연세대 대학원 법학과, 박사학위논문, 1997.8.

남궁승태, "헌법상의 문화국가와 문화재보호", 『아·태공법연구』, 3호, 1994.12.

문화재청, "동산문화재 관리와 보존", 2000.

문화재청, "문화재 국외반출 방지 관계기관 실태조사 결과 보고", 2007(2.26/3.5), "문화재 도난 보호대책의 문제점과 개선방안", 2006.3.

박동석, "한국문화재행정체제의 발전 방향에 관한 연구", 동국대학교 행정대학원 석사학위, 1995.

박상덕, "동산문화재 등록절차에 관하여", 『문화재』(1960.9).

박성욱, "우리나라 수중문화유산보호정책방향에 관한 연구", 『문화재』제34호, 국립문화재연구소, 2001.

박용대, "도난문화재 방지를 위한 법적·제도적 개선방안", 『월간 민족예술』, 2001.9.

박은정, “매장문화재 보호를 위한 대책-문화재보호법의 문제점을 중심으로”, 「법학논집」(이화여대), 제4권 제1・2 합병호, 1999.6.

배제식・백충현・이상면, 한・일간의 법적 제문제-1965년 제조약의 시행상의 문제점“, 「서울대학교 법학」, 제35권 1호, 1994.10.

백동호, “전통건조물보호법 및 시행령 해설”, 「문화재」제18호, 1985.12.

백충현, “해외유출문화재 반환 및 불법반출의 국제법적 규제”, 「법조」, 396호, 1989.9.

서헌제, “문화다양성협약과 국제통상법”, 국제거래법연구, 2006.

, “문화재반환 및 불법거래 방지에 관한 연구 -UNESCO 문화 관련 협약의 국내적 수용을 중심으로-”, 2007, 한국법제연구원.

, “불법문화재 반환에 관한 국제협약과 국내법적 이행”, 「법학논문집」(제31집 제1호), 2007.

, “캐나다의 예술가 지위법에 관한 연구”, 「법학논문집」(제30집 제2호), 2006.

손진상, “문화재보호법의 문제점과 개선방안”, 「안암법학」, 안암법학회, 2006.

신의기, “문화재범죄의 효율적 규제방안에 관한 연구”, 「한국형사정책연구원 연구보고서」01-28, 2001.12.

신형훈, “전통 가옥의 보존”, 「문화재」제16호, 문화재관리국, 1983.12.

안영일, “국제법상 불교문화재 보호에 관한 연구”, 동의대학교 대학원 박사학위, 2002.

오세탁・김수갑, “문화국가원리의 실현구조”, 「법학연구」제5권, 충북대학교 법학연구소, 1983.12.

오세탁, “문화재보호법연구”, 단국대학교 박사학위논문, 1983.

, “한국 문화재보호법제 연구(Ⅰ)”, 「송암 전창조박사 고희기념논문집」, 1987.

, “한국 문화재보호법제 연구(Ⅱ)”, 「사회과학연구」제4권 제1호, 충북대학교 사회과학연구소, 1987.

, “이바(伊場)유적소송의 쟁점”, 「남하 서원우교수화갑기념논문집」, 1991.

, “일제의 문화재정책”, 「문화재」제29호, 문화재관리국, 1996.12.

, “문화재보호법과 그 문제점”, 「문화재」제30호, 문화재관리국, 1997.12.

, “문화재보호법연구-문화재향유권의 법리를 중심으로”, 1982.

오용암, “개발행정과 문화재 보존에 관한 법적 고찰”, 건국대학교 대학원 석사학위, 2001.

유네스코한국위원회/문화재청, “한일불법문화재 반환촉진 정책포럼”, (2007.4).

유병화, “도난 또는 불법 유출된 문화재의 국제반환에 관한 UNIDROIT 협약”, 「국제법률경영」26호, 1995.12.

유흥준, “21세기 문화재정책의 정책과 실천방안”, 「21세기 문화재정책의 전망과 과제 세미나」, 한국행정연구원, 2002.

윤장섭, “건조물유형문화재보존에 관하여”, 「문화재」제18호, 문화재관리국, 1985. 12.

이강숙, “불법유출 문화재반환에 관한 국제법적 고찰”, 이화여자대학교 대학원 석사학위, 1998.

이원유, “문화재 범죄에 대한 형사법적 고찰”, 한양대학교 대학원 석사학위, 2001.

이준우, “문화제보호법제 정비방안, 문화제보호법제 개선을 위한 공청회”, 한국법제연구원(2004.5).

이홍직, “문화재란 무엇인가”, 「문화재」제1호, 문화재관리국, 1965.12.

임승빈, “문화재 보존관리 체계 개선방안”, 「21세기 문화재정책의 전망과 과제 세미나」, 한국행정연구원, 2002.

임장혁, “문화재보호법의 한・일비교; 민속관련 문화재를 중심으로”, 「비교민속학」, 11호, 1994.6.

전광석, “헌법과 문화”, 「공법연구」제17집, 한국공법학회, 1990.

정재훈, “문화재보존의 기본방향”, 「문화재」제17호, 문화재관리국, 1984.12.

, “문화재위원회약사”, 「문화재」제18호, 문화재관리국, 1985.12.

조부근, “문화재반환과 외교협상에 관한 연구-한・일, 한・불 협상사례를 중심으로”, 경남대학교 대학원 박사학위, 2002.

, “1965년 한・일협정의 문제점과 과제”, 2007.

최종고, “문화국가와 문화재보호”, 「문화재」제23호, 문화재관리국, 1990.12.

한국고고학회, “문화재보호법 개정안에 대한 의견서”, 1994.8.

허권, “세계유산협약과 한국문화재보호정택, 「문화재」제29호, 문화재관리국, 1996. 12.

홍성필, “문화재의 불법유통에 관한 국제적 규제”, 「국제법학회논총」, 87호, 2000.6.

황수영, “일제기문화재피해자료”, 「고고미술자료」제22집, 한국미술사학회, 1973.

외국 문헌

1. 단행본

Akehurst, M., A Modern Introduction to International law, New York: St. Martin's Press, 1968.

Alice Erh Soon Tay, Law and the Cultural Heritage, in Who Owns the Past(Isabel McBryde ed., 1985).

Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg and Feldman Fine Arts, Inc., 917 F.2d (7th Cir. 1990).

Blackstone, W., Commentaries on the Law of England, Vol. Ⅳ, San Francisco: Bancroft-Whitney Company, 1870.

Brownlie, Ian, Principles of Public International Law, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1979.

Cassese, Antonio, International Law In A Divided World, Oxford: Clarendon Press, 1986.

Compendium of legislative texts, The protection of movable cultural property Ⅰ, Paris: UNESCO, 1984.

DCMS, The 1970 UNESCO Convention - Guidance for Dealers and Auctioneers Cultural Property, 2003.12.

----- Dealing in Cultural Objects(Offences) Act 2003, Explanatory Notes.

Encyclopedia of Public International law, Vol. 10.

Friedman, L., The Law of War: A Documentary History, New York: Random House, 1972.

Greenfield Jeanette, "The Spoils of War -an Overview, in Symposium, The Spoils of War," The Bard`Graduate Center for Studies in Decorative Arts, 1995.

Hoffman, Barbara T., Art and Cultural Heritage: Law, Policy, and Practice, Cambridge University Press, 2005.

Harris, D.J., Cases and Materials on International Law, Vol.Ⅱ, Washington: Government Printing Office, 1906.

Joseph, D. Canada and International Trade in Culture, Minnesota Journal of Global Trade(2004).

Kifle Jote, International Legal Protection of Cultural Heritage, (1994).

Merryman, John. H., & Elson, A., Law, Ethics and the Visual Arts, 2nd ed., Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1987.

Ott, D.P., International Law in Modern World, London: Pitman Publishing, 1987.

Patrick J. O'Keefe,Commentary on the UNESCO 1970 Convention on Illicit Traffic (2000).

Patrick J. O'Keefe, Commentary on the UNESCO 1970 Convention on Illicit Traffic (2000).

Paul M. Bator, An Essay on the International Trade in Art, 34 Stan. L. Rev.(1982).

Prott, Lyndel Ⅴ. & O'Keefe, P.J., Law and the Cultural Heritage,

Vol.3, London · Edinburgh: Butterworths, 1989.

R. Thrones, Protecting Cultural Objects Through International Documentation Standards. A Preliminary Survey, The Getty Art History Information Program, USA 1995.

SHARON A. WILLIAMS, THE INTERNATIONAL AND NATIONAL PROTECTION OF MOVABLE CULTURAL PROPERTY(1978).

Shaw, Malcolm N., International Law, 3rd ed., Cambridge: Grotius Publications Limited, 1991.

Toman, Jiri, The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Dartmouth: UNESCO Publishing, 1996.

UNESCO, The Protection of Movable Cultural Property I: Compendium of Legislative Texts (1984).

------ Preventing The Illicit Traffic in Cultural Property, 1995, 11/12/14.

------ Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Working Group on Indigenous Populations, Information Concerning the Report of the Special Rapporteur on the Study of the Cultural and Intellectual Property of Indigenous Peoples, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/(1993).

------ Preventing the Illicit Traffic in Cultural Property; a resource handbook for the implementation of the 1970 UNESCO CONVENTION, 1997.

UNIDROIT 1986, C.D.65 - Doc. 18. Report on the 65th session of the Governing Council, 22.

------ 1986, A.G. 39- Doc. Report on the 39th session of the General Assembly, 3.

------Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report, Unif. L. Rev. 2001-3.

------ Uniform Law Review

2. 논 문

Bruce Zagaris & Jessica Resnick, The Mexico-U.S. Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Treaty: Another Step Toward the Harmonization of International Law Enforcement, 14 Ariz. J. Int'l & Comp. L. (1997).

G. REICHELT, The international protection of cultural property, Uniform Law Review, 1985-1.

G. REICHELT, The international protection of cultural property - second study, Uniform Law Review, 1988-1.

Harrie Leyten, Illicit Traffic and the Collections of Western Museums of Ethnography, in Illicit Traffic in Cultural Property: Museums Against Pillage (Harrie Leyten ed., 1995).

Ildiko Pogany DeAngelis, How Much Provenance is Enough? Post-Schultz Guidelines for Art Museum Acquisition of Archaeological Materials and Ancient Art, in LEGAL PROBLEMS OF MUSEUM ADMINISTRATION 241, 248 (ALI-ABA COURSE OF STUDY) (Mar. 30-Apr. 1, 2005).

James E. Sherry, U.S. Legal Mechanisms for the Repatriation of

Cultural Property: Evaluating Strategies for the Successful Recovery of Claimed National Patrimony, 37 GEO. WASH. INT'L L. REV. (2005).

Jamison K. Shedwill, Is The "Lost Civilization" of the Maya Lost Forever?: The U.S. and Illicit Trade in Pre-Columbian Artifacts, 23 Cal. W.Int'l L.J. (1992).

John Henry Merryman, Two Ways of Thinking About Cultural Property, 80 Am. J. Int'l L. (1986).

Joshua E. Kastenberg, Assessing the Evolution and Available Actions for Recovery in Cultural property Cases, 6 DEPAUL-LCA J. ART & ENT. L., (1995).

Kavita Sharma, From the Mayan Machaquila Stele to Egyptian Pharaoh Amenhotep's Head: United States Courts' Enforcement of Foreign National Patrimony Laws After United States v. Schultz, 56 HASTINGS L.J. (2005).

Laura M. Siegle, United States v. Schultz: Putting Cultural Property in its Place, 18 TEMP. INT'L & COMP. L.J. (2004).

Ley Federal Sobre Monumentos y Zonas Arqueologicos, Artisticos e Historicos [Federal Law on Archaeological, Artistic and Historic Monuments and Zones], D.O., 6 de mayo de 1972 (Mex.).

Lyndel V. Prott, International Control of Illicit Movement of the Cultural Heritage: The 1970 UNESCO Convention and Some Possible Alternatives, 10 Syracuse J. Int'l L. & Com. 343 (1983).

Marlene Alva Gonzalez, New Legal Tools to Curb the Illicit Traffic in Pre-Columbian Antiquities, 12 Colum., Transnat'l L.(1973).

Paul M. Bator, An Essay on the International Trade in Art, 34 Stan. L. Rev.(1982).

Ronald D. Abramson & Stephen B.Huttler, The Legal Response to the Illicit Movement of Cultural Property, 5 Law & Pol'y Int'l Bus. (1973).

R. Thrones, Protecting Cultural Objects Through International Documentation Standards. A Preliminary Survey, The Getty Art History Information Program, 1995.

Simpson, T., Claims of Indigenous Peoples to Cultural Property in Canada Australia and New Zealand, 18 Hastings Int'l & Comp. L. Rev(1994).

부 록

부록 1. 1970년 UNESCO 문화재의 불법반출입 및 소유권이전방지와 예방수단에 관한 협약[313]

(Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property)

1970년 11월 14일
제16차 유네스코총회에서 채택

1970년 10월 12일부터 11월 14일까지 파리에서 개최된 제 16차 유네스코 총회는,

제 14차 총회에서 채택된 '국제문화협력의 원칙 선언'에 포함된 규정의 중요성을 상기하고,

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

문화재는 문명과 국민문화의 기본요소의 하나를 이루며, 그 참된 가치는 그 기원, 역사 및 전통적 배경에 관한 가능한 모든 정보와 관련하여서만 평가될 수 있음을 고려하고,

자국의 영역내에 존재하는 문화재를 도난, 도굴 및 불법적인 반출의 위험으로부터 보호하는 것은 모든 국가에 부과된 책임임을 고려하며,

이러한 위험을 회피하기 위하여서는 모든 국가가 자국의 고유문화유산과 다른 모 든 국가의 문화유산을 존중할 도덕적 의무감에 대하여 보다 민감하여 지는 것이 필요하다는 점을 고려하고

문화기관으로서의 박물관, 도서관, 기록보관소들은 그 수집품이 보편적으로 인정되는 도덕적 원칙에 따라 수집된 것임을 확실히 하여야

313) 외교통상부의 공식번역본에 약간의 수정을 한 것임.

한다는 점을 고려하고,

문화재의 불법적인 반입과 반출 및 소유권의 양도가 국가간의 그러한 이해에 장애 가 되며, 관계국가에 이러한 목적으로 국제협약을 권고함으로써 이해를 증진하는 것이 유네스코의 사명의 일부분임을 고려하고,

문화유산의 보호는 긴밀히 협력하는 국가간에 국내적으로 뿐만 아니라 국제적으로 조직화됨으로써만이 효과적일 수 있음을 고려하고, 유네스코 총회가 1964년에 이러한 취지의 권고를 채택하였음을 고려하여,

금번 총회의 의제 19로서 문화재의 불법적인 반입과 반출 및 소유권 양도의 금지 및 예방수단에 관한 제안을 상정한 바,

제 15차 총회에서 이 문제는 국제협약의 주제가 되어야 함을 결의한 바,

제 1 조

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:

(a) 진귀한 수집품과 동물군, 식물군, 광물군, 해부체의 표본 및 고생물학적으로 중요한 물체;

(b) 과학, 기술 및 군사의 역사와 사회사를 포함하여 역사와 관련되고 민족적 지도자, 사상가, 과학자 및 예술가의 생애와 관련되며, 국가적으로 중대한 사건 과 관련된 재산;

(c) (정규적 또는 비밀리의) 고고학적 발굴 또는 고고학적 발견의 산물;

(d) 해체된 예술적 또는 역사적 기념물 또는 고고학적 유적의 일부분;

(e) 비문, 화폐, 판각된 인장같은 것으로 백년이상의 골동품;

(f) 인종학적으로 중요한 물건;

(g) 미술적으로 중요한 재산으로 다음과 같은 것:
  (i) 어떤 보조물의 사용 또한 어떤 재료를 불문하고 전적으로 손으로 제작된 회화, 유화 및 도화 (손으로 장식한 공업용 의장과 공산품은 제외);
  (ii) 재료 여하를 불문한 조상 및 조각물의 원작;
  (iii) 목판화, 동판화, 석판화의 원작;
  (iv) 재료 여하를 불문한 미술적인 조립품 및 몽타아지의 원작;
(h) 단일 또는 집합체를 불문하고(역사적, 예술적, 과학적 및 문학적 등으로) 특별히 중요한 진귀한 고판본, 필사본과 고서적, 고문서 및 고출판물;
(i) 단일 또는 집합체를 불문하고 우표, 수입인지 또는 유사 인지물;
(j) 녹음, 사진, 영화로 된 기록물을 포함한 고문서;
(k) 백 년 이상된 가구와 오래된 악기.

제 2 조

1. 본 협약의 당사국은 문화재의 불법적인 반입과 반출 및 소유권의 양도가 그 문화재 출처국의 문화유산을 고갈시키는 주된 원인의 하나이며, 국제협력은 이로부터 발생하는 여러 위험으로부터 각국의 문화재를 보호하는 가장 효과적인 방법의 하나임을 인정한다.
2. 이를 위하여 당사국은 자의적 방법으로, 특히 현행 악습의 중지로 그 원인을 제거하고 또한 필요한 복구를 하도록 협조함으로써 그러한 악습에 반대할 것을 약속한다.

제 3 조

본 협약의 당사국이 본 협약의 규정에 따라 채택한 규정에 위반하여 문화재를 반입, 반출 또는 소유권을 양도함은 불법이다.

제 4 조

본 협약의 당사국은 다음 범주에 속하는 재산이 본 협약의 목적을 위하여 각국의 문화적 유산으로 구성됨을 인정한다:

(a) 관계국가 국민의 각 개인 또는 집단에 의하여 창조된 문화재, 또한 관계국 영 역내에 거주하는 외국인 또는 무국적인에 의하여 그 국가의 영역내에서 창조된 관계국에 중요한 문화재;

(b) 국가 영역내에서 발견된 문화재;

(c) 출처국 주무관청의 동의하에 고고학, 인종학 또는 자연과학 사절단에 의하여 획득된 문화재;

(d) 자유로이 합의된 교환의 대상이 되어온 문화재;

(e) 출처국 주무관청 동의하에 선물로서 증여 받거나 합법적으로 구입한 문화재.

제 5 조

불법적인 반입과 반출 및 소유권 양도로부터 문화재의 보호를 확실하게 하기 위하여 본 협약의 당사국은 문화유산의 보호를 위하여 다음 기능을 효율적으로 수행할 수 있는 충분한 수효의 유자격 요원을 갖춘 국가기관이 아직 없는 경우에, 각국의 적절한 바에 따라 그 영역안에 하나 또는 그 이상의 국가기관을 설립할 것을 약속한다:

(a) 문화유산의 보호 특히 중요 문화재의 불법적인 반입과 반출 및 소유권 양도의 방지를 확고히 하기 위한 법안, 규칙안의 작성에 기여하고;

(b) 보호되어야 할 재산의 국가적인 조사를 기초로 하여 그 반출이 국가문화유산 을 상당히 고갈시킬 정도로 중요한 공공 및 개인의 문화재의 목록을 작성, 최신으로 유지하고;

(c) 문화재의 보존과 일반 공개를 보장하기 위하여 필요한 과학 및

기술연구기관 (박물관, 도서관, 기록보관소, 실험실, 작업장 등)의 발전 또는 설립을 증진하고;

(d) 고고학적 발굴의 감독을 조직화하고, 특정 문화재를 '본래의'장소에 보존함 을 보장하고, 장래의 고고학적 탐사를 위하여 지정된 특정구역을 보호하고;

(e) (박물관 관리자, 수집가, 골동품 취급자 등) 관계자의 이익을 위하여 본 협약에 규정된 윤리원칙에 따라 규칙을 제정하고, 이 규칙의 준수를 확고히 하기 위한 조치를 취하고;

(f) 모든 국가의 문화유산에 대한 존중심을 고취하고 증진하기 위한 교육적 조치를 취하고, 본 협약 규정의 지식을 전파하고;

(g) 문화재의 어떠한 품목이든 그 상실에 대하여 적절한 홍보조치가 취하여지도록 한다.

제 6 조

본 협약의 당사국은 다음 사항을 약속한다:

(a) 문제된 문화재의 반출이 인가되었음을 반출 국가가 명기한 적절한 증명서를 도입한다. 그 증명서는 규정에 따라 반출되는 문화재의 모든 품목을 포함하여야 한다;

(b) 전기 반출증명서에 포함되지 않는 한 그들의 영역으로부터 문화재의 반출을 금지한다;

(c) 이러한 금지를 적절한 방법으로 특히 문화재를 반출 또는 반입할 가능성이 있는 사람들에게 주지시킨다.

제 7 조

본 협약의 당사국은 다음 사항을 약속한다:

(a) 본 협약이 관계국가에서 발효된 이후에 그 국가 영역내의 박물관 및 그 유사 기관이 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 이 전된 문화재의 제공을 그 당사국에 통고한다;

(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;

(ii) 출처 당사국의 요청에 따라 본 협약이 양 관계당사국에서 발효된 후 반입된 상기 문화재의 회수 및 반환에 관한 적절한 조치를 취한다. 단, 요 청국은 선의의 매수인이나 그 문화재의 정당한 권리자에게 공정한 보상 을 지급하여야 한다. 회수 및 반환 요청은 외교관청을 통하여야 한다. 요 청 당사국은 회수 및 반환청구를 하는데 필요한 증빙서류 및 기타 증거를 자국의 경비부담으로 제출해야 한다. 당사국은 본 조에 의거하여 반환되는 문화재에 관세나 기타 부과금을 과하여서는 아니된다. 문화재의 반환 및 인도에 부수되는 모든 비용은 요청 당사국이 부담하여야 한다.

제 8 조

본 협약의 당사국은 상기 제6조(a)항 및 제7조(b)항에 규정된 금지의 위반에 대하여 책임을 져야 하는 자에게 형벌 및 행정적 제재를 부과할 것을 약속한다.

제 9 조

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 특정물품의 반출이나 반입 및 국제교역의 통제를 포함하는 필요한 구체적인 조치를 결정하고 수행하기 위한 합의된 국제적 노력에 참가할 것을 약속한다. 합의에 이르기까지 각 관계 당사국은 요청국의 문화적인 유산에 대한 회복할 수 없는 손상을 방지하기 위하여 실행 가능한 한도의 잠정적인 조치를 취해야 한다.

제10조

본 협약의 당사국은 다음 사항을 약속한다:

(a) 교육, 홍보 및 경각심을 통하여 본 협약의 어느 당사국으로부터 불법적으로 반출된 문화재의 이동을 제한하고, 각국마다 적절한 수단을 통하여 형벌 또 는 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 반출이 금지될 가능성이 있는 문화재에 대하여서는 그러한 가능성을 문화재 구입자에게 통고하도록 한다;

(b) 문화재의 가치와 도난, 도굴 및 불법적인 반출에 의하여 야기되는 문화재 유 산에 대한 위협에 관한 인식을 교류적인 수단을 통하여 여론으로 조성하고 앙양하도록 노력한다.

제11조

외국 군대에 의한 일국의 점령으로부터 직접적으로 또는 간접적으로 발생하는 강제적인 문화재의 반출과 소유권의 양도는 불법으로 간주된다.

제12조

본 협약의 당사국은 각기 그들이 그 국제관계에 대하여 책임져야 할 영역내의 문화적 유산을 존중하고, 그 영역에 있어서 문화재의 불

법적인 반입과 반출 및 소유권의 양도를 금지하고 예방하기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.

제13조

본 협약의 당사국은 또한 각국의 법률에 따라 다음 사항을 약속한다:

(a) 문화재의 불법적인 반입과 반출을 조성할 우려가 있는 문화재 소유권의 양도를 모든 적절한 수단에 의하여 방지하고;

(b) 당사국의 주무관청이 불법적으로 반출된 문화재의 적법한 소유자에의 가능한 조기 반환을 용이하게 하는데 협력할 것을 보장하고;

(c) 적법한 소유자 또는 그 대리인이 제기하는 유실 또는 도난된 문화재의 회복을 위한 소송을 인정하고;

(d) 본 협약의 각 당사국의 파기할 수 없는 권리. 즉, 특정문화재를 양도 불능으로, 따라서 사실상 반출되어서는 안되는 것으로 분류하고 선언할 권리를 인 정하고, 그것이 반출되었을 경우에는 관계국가에 의한 동문화재의 회복을 용 이하게 한다.

제14조

문화재의 불법적인 반출을 방지하고 본 협약의 시행에서 발생하는 제 의무를 이행하기 위하여 본 협약의 각 당사국은 가능한 한 충분한 예산을 문화유산의 보호책임을 지는 국가기관에 제공하여야 하며, 필요하다면 이 목적을 위한 기금을 설치하여야 한다.

제15조

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.

제16조

본 협약의 당사국은 유네스코총회에 의하여 결정되는 일자와 방식에 따라 총회에 제출되는 정기적 보고서에 이 분야에서 얻어진 경험의 내용과 함께, 당사국들이 채택한 입법적, 행정적 조치와 본 협약의 적용을 위하여 취한 기타 조치에 관한 정보를 제공하여야 한다.

제17조

1. 본 협약의 당사국은 특히 다음 사항에 관하여 유네스코의 기술원조를 요청할 수 있다:
(a) 정보와 교육;
(b) 자문과 전문가의 조언;
(c) 조정과 주선.
2. 유네스코는 문화재의 불법적인 이동과 관련되는 문제에 관하여 자율적으로 조사 연구하고 그 연구결과를 발간할 수 있다.
3. 이 목적을 위하여 유네스코는 또한 관련 있는 비정부기구의 협조를 요청할 수 있다.
4. 유네스코는 자율적으로 본 협약 당사국에게 그 이행을 위한 제안을 할 수 있다.
5. 본 협약 이행과 관련하여 분쟁중에 있는 최소한 2개 당사국의 요청에 따라, 유네스코는 그들간의 해결이 가능하도록 주선을 할 수 있다.

제18조

본 협약은 영어, 불어, 러시아어 및 스페인어로 작성되며, 이 4 개본은 동등한 효력을 가진다.

제19조

1. 본 협약은 유네스코 회원국에 의하여 각국의 헌법절차에 따라 비준 또는 수락되어야 한다.
2. 비준서 또는 수락서는 유네스코의 사무총장에게 기탁된다.

제20조

1. 본 협약은 유네스코의 회원국이 아닌 국가로서 집행이사회가 본 협약에 가입하도록 초청하는 모든 국가에게 그 가입이 개방된다.
2. 가입은 유네스코 사무총장에게 가입서를 기탁함으로써 효력을 발생한다.

제21조

본 협약은 세 번째 비준서, 수락서 또는 가입서의 기탁일로부터 3개월 후 발효하나, 발효일 또는 그 이전에 문서를 기탁한 국가에 대하여만 효력을 발생한다. 본 협약은 기타 국가에 대하여는 비준서, 수락서 또는 가입서의 기탁일로부터 3개월 후에 발효한다.

제22조

본 협약의 당사국은 본 협약이 그들의 본국뿐만 아니라 그들이 국제관계에 대하여 책임을 지는 전 지역에 적용된다는 것을 인정한다. 당사국은 필요하다면 이들 지역에 본 협약의 적용을 보장하기 위하여 비준, 수락 또는 가입 시 또는 그 이전에 이들 지역의 통치기관 또는 기타 주무관청과 협의하며, 유네스코 사무총장에게 협약이 적용될 지역을 통고하여야 하며, 동 통고는 그 접수일로부터 3개월 후에 효력을 발생한다.

제23조

1. 본 협약의 각 당사국은 자국 또는 자국이 그 국제관계에 대하여 책임지는 지역을 대신하여 협약을 폐기할 수 있다.
2. 폐기는 문서로 통고되고, 그 문서는 유네스코 사무총장에게 기탁되어야 한다.
3. 폐기는 폐기통고서의 접수로부터 12개월 후에 효력을 발생한다.

제24조

유네스코 사무총장은 유엔뿐만 아니라 유네스코 회원국 및 제 20조에 규정된 유네스코 비회원국에게 제 19조 및 제 20조에 규정된 비준서, 수락서 또는 가입서의 기탁과 제 22조 및 제 23조에 각각 규정된 통고와 폐기를 통보하여야 한다.

제25조

1. 본 협약은 유네스코 총회에 의하여 개정될 수 있다. 그러나 동 개정은 개정협약의 당사국으로 되는 국가만을 구속한다.
2. 총회가 본 협약을 전체적으로 또는 부분적으로 개정하는 새로운 협약을 채택하는 경우 신 협약이 달리 규정하지 않는 한, 본 협약은 신개정 협약이 발효하는 날로부터 비준, 수락 또는 가입의 개방이 종료된다.

제26조

유엔헌장 제 102조에 의거 본 협약은 유네스코 사무총장의 요청에 의하여 국제연합 사무국에 등록된다.

1970년 11월 17일 파리에서 유네스코 제 16차 총회 의장과 사무총장이 서명한 2부의 정본으로 작성되었으며, 유네스코 문서국에 기탁

되고, 그 인증등본은 유엔과 제 19조 및 제 20조에 언급된 모든 국가에 송부된다. 이상은 파리에서 개최되고 1970년 11월 14일에 폐막된 제 16차 유네스코 총회에서 정당히 채택된 협약의 정본이다.

부록 2. 1995년 UNIDROIT 도난 또는 불법반출 문화재에 관한 협약[314]

(The 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects)

1995년 6월 24일
로마에서 채택

이 협약 당사국들은 도난 또는 불법적으로 반출된 문화재에 관한 유니드로와 협약 초안을 채택하기 위한 외교관 회의를 위해서 이탈리아 공화국의 초청으로 1995년 6월 7일부터 24일까지 로마에서 회동하여,

각국민들간의 이해를 증진하고 인류의 복지와 문명의 발전을 위한 문화의 전파를 위해서 문화유산의 보호와 문화교류가 기본적으로 중요하다는 것을 확신하고,

문화재의 불법적인 거래와 그것에 의해서 빈번히 야기되는 돌이킬 수 없는 훼손이 이들 문화재와 국가, 부족, 토착민 또는 그들 집단의 문화유산과 그리고 모든 국가의 문화유산이 특히 고고학적 유적지의 약탈과 그것에서 결과하는 귀중한 고고학적, 역사적 그리고 과학적 정보의 손실을 깊이 우려하며,

모든 사람의 이익을 위해서 문화유산의 보존과 보호를 개선할 목적을 가지고, 이 협약 체약국들간에 약탈된 문화재는 원소유주에게 반환(restitution)하고 불법적으로 반출된 문화재는 원산지국으로 반환(return)하기 위한 공통적이고 최소한의 법률적인 규정을 제정하는 중요한 조치를 취하는데 공헌하기로 결심하고,

---

314) 공식번역본에 오류가 많아 필자가 개인적으로 번역한 것임.

이 협약의 목적은 문화재의 반환(restitution, return)을 촉진하는 것이며, 그리고 국가간에 반환을 성사시키는 데 필요한 보상금 같은 구제절차에 관한 규정은 다른 국가들이 그러한 구제절차를 법으로 정하는 것을 의미하지 않는다는 사실을 강조하며,

미래를 위해서 이 협약의 조문들을 채택하는 것은 이 협약이 효력을 발생하기 전에 이루어진 어떤 종류의 불법적인 거래를 승인 또는 합법화지 않는다는 것을 확인하며,

이 협약 자체가 불법거래에 의해서 야기된 문제에 대한 해결책을 제공하는 것이 아니라, 이 협약이 국제문화협력을 증진하고 합법적인 거래를 위한 적법한 역할을 유지하고 국가간의 문화교류를 유지하는 하나의 절차임을 인식하며,

이 협약의 이행은 문화재를 보호하기 위한 등록제의 개발과 활용, 고고학적 유적지의 물리적인 보호와 기술적인 협력 등과 같은 다른 효과적인 조치들을 수반한다는 것을 확인하며,

문화재 보호를 위한 여러 기관들의 업적, 특히 유네스코의 불법거래에 관한 1970년 협약과 비정부 단체들의 윤리요강의 개발 등을 인정하며, 다음과 같이 합의하였다:

제 1 장 적용 범위와 정의

제 1 조

이 협약은 다음과 같은 국제적인 성격을 갖는 청구권에 적용된다:

(a) 도난 문화재의 원소유주로의 회수(restitution);

(b) 체약국의 문화유산을 보호할 목적으로 제정된 문화재 (이하 “불법적으로 반출된 문화재”라 한다)반출규제법에 위반해서 체약국의 영토에서 이전된 문화재의 반환(return).

제 2 조

이 협약의 목적상 문화재란 세속적인 또는 종교적 근거에서의 중요성 뿐 아니라 고고학, 선사학, 역사, 문학, 미술 또는 과학적으로 중요한 물건으로서 이 협약의 부록에 열거된 여러 범주중의 하나에 속하는 물건을 말한다.

제 2 장 도난 문화재의 회수

제 3 조

(1) 도난된 문화재의 점유자(possessor)는 이를 반환하여야 한다.
(2) 이 협약의 목적을 위해서는, 어떠한 문화재가 발굴이 이루어진 국가의 법에 의할 경우 불법적으로 발굴되었거나 합법적으로 발굴된 물건이 불법적으로 소지되고 있는 경우에는, 도난문화재로 간주된다.
(3) 청구자가 문화재의 소재지 및 그 점유자의 신원을 알게 된 때로부터 3년 이내, 그리고 문화재를 도난당한 때로부터 50년의 기간 내에 회수청구를 위한 소송을 제기해야 한다.
(4) 동일한 무리로 인정된 고고학적 유적지를 형성하거나 공공콜렉션에 속하는 문화재의 회수는 청구자가 그 문화재의 소재지와 점유자를 안 때로부터 3년 이외의 시간적 제한을 받지 아니한다.
(5) 전항의 규정에도 불구하고 체약국은 청구권이 75년의 기간제한이나 그 국가의 법에 규정된 바에 따라 더 오랜 기간의 제한을 받는다고 선언할 수 있다. 그러한 선언을 한 체약국의 기념물, 고고학적 유적지나 공공콜렉션으로부터 이전된 문화재의 회수를 다른 체약국에게 청구하는 경우에도 위 기간이 적용된다.
(6) 75년 시효적용을 위한 선언은 이 협약을 서명・비준・수락・승

인 또는 가입할 때에 하여야 한다.

(7) 이 협약의 목적을 위해서 “공공콜렉션”은 다음과 같은 기관이 소유하는 등록목록에 기재되어 있거나 아니면 동일한 무리로 인정된 하나의 집단으로 구성된다:

(a) 체약국

(b) 체약국의 지역 또는 지방정부

(c) 체약국의 종교기관, 또는

(d) 근본적으로 문화적, 교육적, 또는 과학적 목적을 위해서 체약국에 설립되어 그 나라에서 공공 이익에 봉사한다고 인정된 기관이다.

(8) 그 밖에 체약국에서 전통적 또는 의례적으로 사용하는 물건의 일부분으로서 부족이나 토착민 집단이 소유하거나 사용하는 종교적인 또는 공동체의 중요한 문화재의 반환(restitution) 청구소송은 공공 콜렉션에 적용되는 기간 제한을 받아야 한다.

제 4 조

(1) 도난 문화재의 반환을 요구받은 점유자는, 그 문화재가 도난된 것임을 몰랐거나 또는 합리적으로 볼 때 모를 수 없었을 경우에는, 그 물건을 구입할 당시에 상당한 주의를 다하였다는 것이 증명되면 그 반환시에 공정하고 상당한 보상을 받을 권리가 있다.

(2) 전항에 언급한 점유자의 보상권을 침해함이 없이, 점유자에게 문화재를 이전한 자 또는 그 전에 이전한 자가 보상금을 지급하는 것이 소송이 제기된 국가의 법에 합치할 경우, 그렇게 하기로 합당한 노력을 해야 한다”고 규정하고 있다.

(3) 점유자에 대한 청구권자의 보상금 지급이 요구되는 경우에도 청구권자의 타인에 대한 구상권을 침해해서는 안 된다.

(4) 점유자가 상당한 주의를 다 하였는지를 판단함에 있어서는 거래

당사자들의 성격, 지급한 대가, 점유자가 합리적으로 접근할 수 있는 도난문화재 목록과 합리적으로 입수할 수 있는 기타 관련 정보와 문건들을 조사한 여부, 그리고 점유자가 당해 상황에서 합리적인 자라면 당연히 취했어야 할 접근가능 기관에 대한 조회 또는 필요한 조치를 포함해서 문화재의 취득에 관련된 제반 상황을 고려해야 한다.

(5) 상속 또는 무상에 의해 취득한 점유자는 문화재를 이전해준 자보다 더 유리한 위치에 있지 않다.

제 3 장 불법반출 문화재의 반환

제 5 조

(1) 체약국은 자국의 영토에서 불법적으로 반출된 문화재의 반환을 다른 체약국의 법원 또는 다른 관할당국에 요청할 수 있다.

(2) 문화유산의 보호를 위해서 반출을 규제하는 그 국가의 법에 따른 전시회, 연구 또는 복구의 목적으로 허가를 받아 일시 반출되었다가 허가조건대로 반환되지 않은 문화재는 불법적으로 반출된 것으로 간주한다.

(3) 요청을 받은 국가의 법원이나 관할당국은 요청국이 그의 영토에서 이전된 문화재가 다음과 같은 사항중 하나 이상을 중대하게 손상한다는 사실을 확실히 한 경우에는 불법적으로 반출된 문화재의 반환을 명령하여야 한다:

(a) 문화재 또는 그 구조의 물리적 보존;

(b) 복합 문화재의 통일성;

(c) 예를 들면 과학적 또는 역사적인 성격을 갖는 정보의 보존;

(d) 부족이나 토착민 집단이 전통적으로 또는 의례에 사용하는 문화재, 또는 그 문화재가 요청국에 심대한 문화적 중요성이 있

다는 것을 확실히 한 때

(4) 제5조 1항에 따라 제출된 요청서는 1항부터 3항의 요건충족 여부를 결정함에 있어서 요청을 받은 국가의 법원이나 관할당국에 도움이 되는 사실적 또는 법적인 정보를 포함하거나 첨부해야 한다.

(5) 반환의 요청은 요청국이 문화재의 소재지와 그 점유자를 안 때로부터 3년 이내에, 그리고 제5조 (2)항에 언급된 허가대로 반출된 때로부터 또는 그 문화재가 반환되었어야 할 때로부터 50년의 기한 이내에 제기해야 한다.

제 6 조

(1) 불법적으로 반출된 뒤에 그 문화재를 취득한 점유자는 취득할 당시에 그 문화재가 불법적으로 반출되었다는 사실을 몰랐거나 합리적으로 몰랐을 경우에는 반환시에 청원국가로부터 공정하고 합리적인 보상금을 받을 권리를 갖는다.

(2) 점유자가 그 문화재가 불법적으로 반출되었는지를 몰랐거나 합리적으로 몰랐는지의 여부를 결정함에 있어서, 요청국의 법상 요구되는 반출 확인서의 부재 등을 포함한 취득의 상황을 고려하여야 한다.

(3) 문화재의 반환을 요구받은 점유자는, 청원국과의 합의하에, 보상에 대신하는 다음 대안을 선택할 수 있다;

(a) 문화재의 소유권을 계속 유지하거나; 아니면

(b) 반환요청국의 거주자로서 필요한 보증을 하는 자에게, 대금을 받거나 또는 무상으로, 소유권을 양도하는 일

(4) 본 조에 의한 문화재 반환비용은, 요청국이 이를 타인으로부터 회수할 권리를 침해하지 않는 한, 요청국이 부담해야 한다.

(5) 상속 또는 무상에 의해 취득한 점유자는 문화재를 이전해준 자보다 더 유리한 위치에 있지 않다.

제 7 조

(1) 제3장의 규정은 다음의 각 사항에는 적용하지 아니한다:
  (a) 반환이 요청된 당시에는 문화재 반출이 이미 불법이 아니게 된 경우; 또는
  (b) 문화재창작자의 생존기간 또는 그 사후 50년의 기간 이내에 반출된 문화재
(2) 전항(b)의 규정에도 불구하고 이 장의 규정은 부족이나 토착민 집단이 전통적으로 또는 의례에 사용하는 문화재로서 그 집단의 일원에 의해 제작된 것에 대해서는 적용되며 그 문화재는 그 집단에 반환되어야 한다.

제 4 장 일반규정

제 8 조

(1) 제2장에 명시된 청구와 제3장에 명시된 요청은, 체약국에서 발효중인 법규정에 의해 사법권을 가지고 있는 법원 기타 관할 당국 외에, 문화재 소재지 체약국의 법원이나 관할 당국에 제기할 수 있다.
(2) 당사자들은 분쟁을 어떤 법원이나 또는 다른 관할권을 가지고 있는 당국이나 중재에 회부할 것에 동의할 수 있다.
(3) 문화재의 반환(restitution, return) 소송이 문화재의 소재지 이외의 체약국 법원이나 관할 당국에 제기된 경우에도, 그 문화재의 소재지 체약국의 법률상 인정된 보호 또는 잠정적 보전조치를 원용할 수 있다.

제 9 조

(1) 이 협약의 어떤 조항도 체약국이 도난 또는 불법적으로 반출된 문화재를 반환(restitution, return)받기 위해서 이 협약에 규정된 것보다 더 유리한 법 적용을 금하지 아니한다.

(2) 본 조의 규정은 이 협약의 규정에 위배되는 다른 체약국의 법원 기타 관할당국의 결정을 인정하거나 강요할 의무를 지우는 것으로 해석해서는 아니된다.

제10조

(1) 제2장의 규정은 소송을 제기한 국가에서 이 협약이 발효된 후에 도난당한 문화재에 대해서만 적용되는데 체약국에서

(a) 이 협약이 발효된 후에 그 국가의 영토에서 도난당한 문화재

(b) 또는 이 협약이 발효된 후에 그 국가에 소재하는 문화재에 대해서만 적용된다.

(2) 제3장의 규정은 요청국과 피요청국에서 이 협약이 발효된 후에 불법 반출된 문화재에만 적용된다.

(3) 이 협약은 이 협약이 효력을 발생하기 전에 이루어졌거나, 제10조의 (1)과 (2)에 의해 협약의 적용대상에서 제외된 어떠한 불법적인 거래도 결코 합법화하거나, 또 이 협약이 효력을 발생하기 전에 도난 또는 불법적으로 반출된 문화재의 반환(restitution, return)을 위해서 이 협약의 테두리 밖에서 이용할 수 있는 구제절차에 따라서 소송을 제기할 국가와 개인의 권리를 결코 제한하지 아니한다.

제 5 장 최종규정

제11조

(1) 이 협약은 도난 또는 불법적으로 반출된 문화재의 국제적 반환

에 관한 유니드로와 협약의 초안을 채택하기 위한 외교관회의 마지막회의에서 서명을 받기 위해 공개되며 또 모든 국가의 서명을 받기 위해서 1966년 6월 30일까지 로마에서 공개된다.

(2) 이 협약은 서명을 한 국가의 비준, 수락, 또는 승인을 받아야 한다.

(3) 이 협약은 서명을 받기 위해서 공개된 날로부터 서명국가가 아닌 모든 국가의 가입을 위해서 공개된다.

(4) 비준, 수락, 승인 또는 가입은 그러한 효력을 가지는 공식문서를 기탁소에 기탁하여야 한다.

제12조

(1) 이 협약은 5개국이 비준, 수락, 승인, 가입의 공식문서를 기탁한 날로부터 6개월이 되는 첫날에 효력을 발생한다.

(2) 다섯 번째 비준, 수락, 승인, 가입의 공식문서가 기탁된 뒤에 이 협약을 비준, 수락, 승인, 가입하는 각국에 대해서는 이 협약이 그 국가가 비준, 수락, 승인, 가입한 날로부터 6개월이 되는 첫날에 효력이 발생한다.

제13조

(1) 이 협약은, 당해 체약국이 반대의 유보를 하지 않는한, 이 협약이 적용되는 사안에 대해 체약국내에서 법적인 구속력을 가지고 있는 다른 국제적 합의에 대해 아무런 영향을 주지 아니한다.

(2) 체약국 상호간에는 이 협약의 적용을 개선할 목적으로 하나 이상의 다른 체약국들과 협정을 체결할 수 있다. 이러한 협정을 체결한 국가들은 그 사본을 기탁소에 송부하여야 한다.

(3) 경제통합기구나 지역협력체의 회원인 체약국들은, 그들의 상호관계에 있어서 이런 기구나 협력 내부 규칙을 우선적용하고 따라

서 이 협약의 적용 범위가 내부 규칙과 중복되는 경우에는 이 협약의 규정을 이들 국가간에는 적용하지 않는다는 것을 선언하여야 한다.

제14조

(1) 체약국이 이 두개 이상의 영토 단위를 가지고 있는 경우에는, 본 협약의 대상에 관해 적용될 법체계의 구비여부를 불문하고, 비준, 수락, 승인 또는 가입에 서명하거나 증서 기탁시 이 협약이 모든 영토 단위나 그 일부에만 효력이 미친다는 것을 선언하고 또 선언을 변경할 수 있다.

(2) 이러한 선언은 기탁자에게 통보하여야 하고 또 이 협약이 미치는 영토의 단위를 명확하게 기술하여야 한다.

(3) 제14조에 의한 선언에 의하여 이 협약이 체약국의 하나 또는 그 이상에만 미치고 전체의 영토 단위에는 미치지 않을 경우에 그 영토는:

(a) 제1조에 명시한 체약국의 영토는 그 국가의 한 영토 단위를 말하는 것으로 해석하여야 한다;

(b) 체약국이나 해당국가의 법원이나 다른 관할권을 가지는 당국은 그 국가의 한 영토 단위의 법원이나 다른 관할권을 가지는 당국을 말하는 것으로 해석하여야 한다;

(c) 제8조 (1)항에 명시된 문화재가 소재하고 있는 체약국가는 문화재가 소재하는 그 국가의 영토 단위로 말하는 것으로 해석하여야 한다.

(d) 제8조 (3)항에 명시된 문화재가 소재하는 체약국의 법은 문화재가 소재하는 그 국가의 영토 단위의 법을 말하는 것으로 해

석하여야 한다; 그리고

(e) 제9조에 명시한 체약국은 그 국가의 영토 단위를 말하는 것으로 해석하여야 한다.

(4) 체약국가가 제14조 (1)항에 명시된 선언을 하지 아니하는 경우에 이 협약은 그 국가의 모든 영토 단위에 미치게 된다.

제15조

(1) 서명 당시에 이 협약하에서 한 선언은 비준, 수락 또는 승인 뒤에 추인을 받아야 한다.

(2) 선언과 선언의 추인은 서명으로 하여야 하고 또 공탁자에게 공식으로 통보하여야 한다.

(3) 선언은 당해 국가에서 이 협약이 발효하는 즉시 효력을 발생한다. 그러나 기탁자가 이 협약이 발효한 뒤에 공식 통보를 받은 선언은 통보를 기탁한 날로부터 6개월이 되는 첫날에 효력을 발생한다.

제16조

(1) 각 체약국은 서명, 비준, 수락, 승인 또는 가입할 당시에 제8조에 명시된 바와 같이 한 국가가 반입한 문화재의 반환(restitution, return) 청구는 다음의 하나 또는 그 이상의 절차에 따라 제출하여야 한다:

(a) 선언한 국가의 법원이나 다른 관할권을 가진 당국에 직접;

(b) 그 국가가 지정해서 그런 청원이나 요구를 수납해서 그 국가의 법원이나 다른 관할권을 가지는 당국에게 그것을 제출할 수 있는 당국자나 당국들을 통해서;

(c) 외교 또는 영사 통로를 통해서.

(2) 각 체약국은 제2장과 제3장의 규정에 따라서 문화재의 반환(restitution,

return)을 명령할 능력이 있는 법원이나 다른 관할권을 가지고 있는 당국을 지정할 수 있다.

(3) 제16조 (1)항과 (2)항에 의거하여 이루어진 선언은 언제나 새로운 선언으로 수정할 수 있다.

(4) 제16조 (1), (2), (3)항의 규정은 체약국가 간에 존재하는 민사와 상업에 관한 법률적 원조에 관한 쌍무 또는 다자간 협정에 영향을 미치지 아니한다.

제17조

각 체약국은 비준, 수락, 승인, 또는 가입 공식 문서를 기탁한 날로부터 6개월 이내에 그 국가의 문화재 반출을 규제하는 법률에 관한 정보를 이 협약의 공식언어중의 하나로 서면으로 기탁자에게 제공하여야 한다.

제18조

유보는 이 협약에 명시적으로 승인된 것 이외에는 허용되지 아니한다.

제19조

(1) 당사국은 이 협약이 그 국가에서 효력을 발생한 일자 이후에 기탁자에게 그런 취지의 증서를 기탁함으로서 언제든지 이 협약을 폐기할 수 있다.

(2) 폐기는 폐기 문서를 기탁자에게 기탁한 날로부터 6개월이 되는 첫날에 효력을 발생한다. 폐기가 효력을 발생하는 기간이 폐기 문서에 장기간으로 명시되어 있는 경우에 폐기는 문서를 기탁자에 기탁한 뒤 정해진 만큼의 긴 기간이 경과해야 효력을 발생한다.

(3) 이러한 폐기에도 불구하고 이 협약은 폐기가 효력을 발생하는 날 전에 제출된 문화재의 반환 (restitution, return)청구에 적용된다.

제20조

사법(私法)통일화 국제기구(유니드로와, Unidroit)의 장은 정규적으로 또는 5개 이상의 체약국의 요구가 있을 때에는 언제든지 이 협약의 실제적인 운용을 심사하기 위해서 특별위원회를 소집하여야 한다.

제21조

(1) 이 협약은 이탈리아 공화국 정부에 기탁한다.

(2) 이탈리아 공화국 정부는:

(a) 이 협약에 서명했거나 가입한 모든 국가와 유니드로와의 장에게 다음을 통보하여야 한다:

(ⅰ) 새로운 서명국가나 비준, 수락, 승인, 가입 증서의 기탁과 기탁일자;

(ii) 이 협약에 따라서 이루어진 각 선언;

(iii) 선언의 철회;

(iv) 이 협약의 효력 발생 일자;

(v) 제13조에 언급된 협정들;

(vi) 이 협약 폐기 문서의 기탁과 기탁 날짜와 효력 발생 날짜;

(b) 이 협약의 보증된 진본을 모든 서명 국기와 이 협약에 가입한 모든 국가와 유니드로와의 장에게 수교하여야 한다.

(c) 기탁자에게 관례인 다른 직무도 수행하여야 한다.

이상의 증인으로서 정당한 권한을 부여받아 아래 서명한 특명전권 대사들은 이 협약에 서명한다.

1995년 6월 24일 로마에서 서명한 유일한 원본은 영어와 프랑스어로 되었으며 이는 둘 다 동일하게 인증된 것이다.

- 부 록 -

(a) 희귀 콜렉션과 동물, 식물, 광물과 해부학 표본과 고생물학적인 관심사가 되는 유물;

(b) 과학, 기술, 군사, 사회와 국가의 지도자, 사상가, 과학자, 예술가의 생애, 그리고 국가적으로 중요한 사건에 관련된 역사적 유품;

(c) (정규 또는 비밀을 포함한) 고고학적인 발굴의 산물;

(d) 해체된 예술적인 또는 역사적인 기념물, 또는 고고학적인 유적지의 일부분;

(e) 명문, 동전과 도장과 같이 100년 이상된 골동품;

(f) 민족학적인 관심사가 되는 물건;

(g) 다음과 같은 예술적인 관심사가 되는 문화재:

(i) 어떤 바탕이나 어떤 자료(산업 디자인과 손으로 장식한 제조품을 제외)를 가지고 손으로 만든 그림과 뎃상;

(ii) 소재를 불문한 소상(塑像)과 조각 작품;

(iii) 원본 조판(彫版), 판화와 석판화;

(iv) 자료를 불문한 원본 예술적인 집합체와 몽따지;

(h) 유일본 또는 콜렉션 형태의 희귀 필사본과 고판본, 고서, 문서와 특별한 관심사가 되는 출판물 (역사, 예술, 과학, 문학 등);

(i) 유일본 또는 콜렉션 형태의 우표와 수입인지와 그와 비슷한 스탬프;

(j) 음성, 사진과 영화를 포함하는 고문서;

(k) 100년 이상된 가구와 악기.