

## 약탈문화재의 압류면제에 관한 헌법적 검토\*

### Constitutional Review about the Seizure Immunity of Looted Cultural properties

최 용 전\*\*  
Choi, Yong-Jeon

#### 목 차

- I. 머리말
- II. 국외문화재 국내전시의 법적 근거로서의 문화국가원리, 문화기본권 및 문화재향유권
- III. 적법한 반출에 의한 국외문화재와 약탈문화재의 구별
- IV. 약탈문화재 압류면제의 헌법적 문제점
- V. 맺음말

#### 국문초록

최근에 전시활성화를 위한 국외소재문화재 등의 한시적 압류면제의 법제화를 위한 연구가 진행되었으며, 압류면제제도를 도입하기 위하여 ‘박물관 및 미술관 진흥법’을 개정하는 법안이 국회에 제안되었다.

압류면제제도에 대한 국제적 입장도 대체로 긍정적으로 변화하고 있어서, 1972년 ‘유럽국가면제협약’과 2004년 ‘국가와 그 재산의 사법관할면제에 관한

논문접수일 : 2018.06.30.

심사완료일 : 2018.07.26.

게재확정일 : 2018.08.01.

\* 이 논문은 국회의원 박경미 주최 토론회에서 발표한 “약탈문화재의 압류면제에 관한 헌법적 검토(「국외에 있는 우리 문화재 어떻게 활용할 것인가?(국외소재 우리 문화재의 효율적 활용을 위한 2차 토론회 자료집)」, 2018.1.12., 41-50면)”를 수정·가필한 것입니다.

\*\* 법학박사·대진대학교 공공인재법학과 교수

국제연합협약'이 채택되었으며, 많은 국가들이 협약에 가입하거나, 상호간 조약 체결을 통하여 문화재의 전시를 활성화하고 있다.

우리헌법도 문화국가원리를 채택하고 있으며, 문화적 평등권을 기본권으로 보장하고 있다. 그러나 문화기본법 및 문화재보호법에서 보장하고 있는 문화권, 문화향유권 및 문화재향유권은 헌법상의 기본권으로 인식하기 보다는 법률상의 국민의 권리 및 주민의 권리로 해석할 수 있다. 따라서 국외소재문화재의 국내 전시를 위한 압류면제는 문화국가원리와 국민의 권리보장의 측면에서 긍정적으로 볼 수 있다. 그러나, 불법적 약탈에 의하여 반출된 약탈문화재는 환수의 대상이 될 수는 있지만, 압류면제의 대상이 될 수는 없다. 압류면제제도는 자칫 점유국의 사실상 소유권을 인정하는 오류를 범할 수 있으며, 악용의 여지가 있다.

국외소재문화재의 전시활성화를 위한 국내 반입 시, 문화재가 '인류공동의 유산'이라는 측면에서 압류면제를 허용할 수 있지만, '민족문화유산'으로서 국민의 공감대적 가치를 법전화한 헌법적 근거가 명확하여야 가능하다. 문화국가원리와 반제국주의적 이념을 전제로 하고, 재산권을 보장하고 있는 우리 헌법에서는 위헌성이 의심되는 약탈문화재에 대한 압류면제는 신중한 접근이 필요하다.

현재 국회에 제안된 '박물관 및 미술관 진흥법 일부개정법률안'이 압류면제의 요건을 '공익목적의 전시'로만 한정하고, 판단권한을 관계장관의 재량에 맡긴 것은 약탈문화재에 악용될 여지가 높다. 그러므로 인류공동 유산으로서 가치가 높은 국외소재문화재의 국내 전시를 위한 압류면제는 대상 문화재의 반출경로를 면밀히 검토하여 결정하여야 한다. 소극적으로는 불법유출이 명백한 문화재나 소유권 분쟁 중인 문화재는 압류면제에서 제외하고, 적극적으로는 외교·통상 혹은 기증 등의 합법적 방법으로 반출된 문화재는 압류면제가 가능하도록 하여야 한다. 즉 압류면제가 가능한 문화재의 요건을 명확히 하여 압류면제가 문화재를 목록화 하고, 절차적으로도 심의위원회의 심의와 문화재전문가들의 자문 등의 절차를 거칠수 있도록 좀더 면밀한 설계가 요구된다.

**주제어** : 헌법, 압류, 면제, 문화재, 문화국가, 약탈문화재, 문화재향유권, 문화 기본권, 문화향유권

## 1. 머리말

최근에 전시활성화를 위한 국외소재문화재(이하 “국외문화재”라 칭한다)<sup>1)</sup>의 한시적 압류면제의 법제화를 위한 연구가 진행되었으며, 압류면제제도를 도입하기 위하여 ‘박물관 및 미술관 진흥법’을 개정하는 법안이 국회에 제안되었다.<sup>2)</sup>

국외문화재의 자국 내 전시를 위한 압류면제제도에 대한 국제적 입장도 대체로 긍정적으로 변화하고 있어서, 1972년 ‘유럽국가면제협약’과 2004년 ‘국가와 그 재산의 사법관할면제에 관한 국제연합협약’이 채택되었으며, 많은 국가들이 협약에 가입하거나, 상호간 조약체결을 통하여 문화재의 전시를 활성화하고 있다.<sup>3)</sup> 그러나 국외문화재에 대한 압류면제의 경향이 나타나기 훨씬 전인 1815년 비엔나회의에 의하여 약탈문화재는 원소유국에 반환하여야 하며, 원소유국의 소유권에 기초한 반환청구권은 소멸시효가 없다는 것이 일반적으로 받아들여지고 있는 법원칙이다.

국제법상의 압류면제는 상호 주권을 존중하기 위한 조치이므로 긍정적으로 보아야겠지만, 불법적 행위가 정당화될 수 없듯이 주권행사가 불법성을 포함하고 있다면, 해당 부분은 정당화될 수 없다. 물론 국외문화재의 국내 반입 이후 그것에 대한 압류 등은 소유권 확보, 채권의 확보 또는 형사상의 목적 등,<sup>4)</sup> 정의실현과 분쟁의 조화로운 해결을 전제로 하고 있지만, 분쟁의 원인이 일방의

1) 문화재보호법 제2조 제8항에 따르면, ‘국외소재문화재’란 외국에 소재하는 문화재로서 대한민국의 역사적·문화적으로 직접적 관련이 있는 것을 말하며, 문화재보호법에 따라 전시 또는 국제교류 목적으로 국외로 반출된 문화재는 제외된다.

2) ‘박물관 및 미술관 진흥법 일부개정법률안(노웅래의원 대표발의)’, 의안번호 13042, 발의연월일 2018.4.12. 국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>), 검색일자 2018.5.30.

3) 오승규, “전시활성화를 위한 한시적 압류면제에 대한 비교법적 고찰”, 「국외에 있는 우리 문화재 어떻게 활용할 것인가?(국외소재 우리 문화재의 효율적 활용을 위한 2차 토론회 자료집)」, 2018.1.12., 10-12면.

4) 미술관·박물관이 소송에 관여된 미술품반환사건에 대한 유형별 분석을 보면 소유권을 주장하는 제3자로부터의 반환청구, 채권자에 의한 압류, 범죄수사를 위한 압수 등을 들고 있다. 이주형·추민희, “국외 미술품의 전람회 활성화를 위한 미술품 압류금지법에 관한 연구-공적 문화향유권과 사적 소유권의 경합을 중심으로-”, 「문화정책논총」 제26권 제2호, 한국문화관광연구원, 2012.6, 60-62면.

불법적 약탈에 의한 약탈문화재로서 약탈문화재의 소유 자체가 불법적인 주권 행사에 해당한다면, 재고의 여지없이 압류면제가 인정될 수 없다.

국외문화재의 국내전시는 굉장히 사실적 문제로서, 최고법인 헌법규범까지 거슬러 올라갈 필요 없이 입법적 해결이 가능할 수도 있다. 그러나 약탈 등 불법적 방법으로 반출된 우리나라의 국외문화재가 국내로 반입되었다는 것은 주권이 미치는 영토 내로 편입되었다는 것을 의미하므로, 헌법상 보장된 문화국가원리, 해당 문화재의 원소유자의 소유권보장과 최근 주장되고 있는 문화재향유권과 문화접근권 등의 헌법적 문제가 발생될 수 있다. 간단히 표현한다면 국내법의 적용을 받게 되며, 당연히 최상위규범인 헌법도 적용된다.

국외문화재의 국내전시는 국민의 문화재향유권과 문화접근권을 보장하는 공익적 목적의 실현을 위하여 국내에 반입하는 행위이지만, 국외문화재에 관한 원소유자의 소유권과 임대 대상이 된 국외문화재의 소유권을 주장하는 자와 사이에는 상반된 이해관계가 발생한다.<sup>5)</sup>

그리고 한시적 압류면제의 문제는 국내법이 적용되어야 할 국내반입 국외문화재에 대하여 특별히 국내법에 의한 강제집행 등을 면제해 준다는 것을 의미하므로, 주권(제1조), 국제법존중주의(제6조), 문화국가주의(전문과 제9조) 및 재산권보장(제23조) 등을 규정하고 있는 헌법과 관련된 쟁점사항이 필연적으로 도출된다. 반입된 국외문화재가 과거 우리나라로부터 합법적인 방법으로 반출된 것이 아닌 소위 약탈문화재인 경우에는 더욱 헌법적 관점에서 한시적 압류면제가 가능한가에 부정적 선입견이 드는 것은 피할 수 없다.

이러한 분쟁의 여지를 입법적으로 제거하여 국외문화재의 원활한 국내전시를 활성화하기 위하여, 고안된 것이 한시적 압류면제이다. 그러나 약탈문화재에 대하여 한시적 압류면제를 허용한다는 것은 국외문화재의 원소유자의 권리를 한시적으로 제한하는 것이므로, 법률에 명문규정을 둬으로써 가능하다고 하겠으나, 해당 법률 자체의 위헌성이 제기될 수 있으므로 상당히 신중한 접근이 필요하다. 이러한 입장에서 국외문화재의 국내 전시를 위한 한시적 압류면제제도가 헌법과 조화될 수 있는 방안을 모색하고, 한시적 압류면제를 내용으로 하는

5) 성봉근 외 3인, “해외 문화재 등의 국내 전시에 대한 법적 규제”, 「공법연구」 제46집 제1호, 한국공법학회, 2017.10. 301면.

입법안에 대한 대안을 제시해보고자 하는 것이 본 글의 목적이다.

다만, 몇 십 년 혹은 몇 백 년 전의 과거사를 오늘날의 규범으로 재단한다는 것은 다소 법적용의 오류가 있을 수 있을 것이다. 예를 들자면, 오늘날의 헌법 원리인 소급입법금지의 원칙에도 부합할 수 없다는 비판을 받을 수도 있다. 그러나 문화재의 약탈행위는 예나 지금이나 불법행위임에는 변화가 없을 것이다. 그러므로 본 글에서 여러 학문분야와 다양한 학자들의 견해를 모두 검토하기에는 한계가 있으므로, 과거에 문화재의 반출이 불법적이었을 것임이 명백한 문화재, 소위 전쟁이나 도굴 등에 근거한 약탈문화재의 경우에 한정하여 검토해보고자 한다. 그러므로 본 글은 국외문화재의 국내전시의 법적 근거로서의 헌법상의 문화국가원리와 문화기본권 및 문화재향유권의 인정가능성에 대하여 살펴보고, 국외문화재의 조사 및 환수 현황과 적법하게 반출된 국외문화재와 약탈문화재를 구별할 수 있는 기준을 제시해 보며, 마지막으로 약탈문화재의 압류면제에 대한 헌법적 문제점을 기술하고자 한다.

## II. 국외문화재 국내전시의 법적 근거로서의 문화국가원리, 문화기본권 및 문화재향유권

### 1. 문화와 국가의 관계설정인 헌법상의 문화국가원리

약탈문화재의 압류면제의 도입여부에 대한 규범적 평가를 위해서는 먼저 헌법적 차원에서 문화를 바라보는 문화국가원리와, 문화국가원리로부터 도출될 수 있는 문화적 기본권과 문화재향유권에 대한 고찰이 필요하다.

문화국가원리는 현대국가의 보편적 국가이념으로 자리하고 있다. 20세기는 군사력과 경제력이 중심이었던 반면에, 21세기는 이념, 정치, 경제 보다는 문화가 세계질서의 중심이 되었으며, 문화가 국민의 삶의 질 제고를 위한 중요한 정책적 지향점이 되었다. 21세기를 문화의 세기라고 칭하기도 한다.<sup>6)</sup>

6) 류시조, “韓國 憲法上の 文化國家原理에 관한 研究”, 「헌법학연구」 제14권 제3호, 한국헌법학회, 2008, 303면.

국가이념으로서의 문화국가원리가 헌법에 수용된 것은 문화에 대한 규범적 접근의 결과이다. 19세기 피히테(J. G. Fichte)가 처음 사용한 문화국가 개념은, 그림(D. Grimm)에 의하여 구체화되었다.<sup>7)</sup> 그러나 문화 자체가 다양성과 포괄성을 특징으로 하고 있기에 문화국가의 개념도 일의적으로 정의하기가 쉽지 않다. 문화의 의미는 대체로 광의와 협의로 구별할 수 있다. 광의로 정의하면, 문화의 의미는 예술을 넘어 인간의 생활양식, 가치관 및 행위양식의 총체로 받아들여지며, 협의로 이해할 경우에는 문화는 교육·학문·예술·종교 등을 포함하며, 정치·경제·사회의 영역과 구별된다. 문화를 넓은 의미로 받아들이고 있는 유네스코<sup>8)</sup>의 영향을 받은 우리나라 문화기본법은, 제3조에서 ‘문화’란 “문화예술, 생활 양식, 공동체적 삶의 방식, 가치 체계, 전통 및 신념 등을 포함하는 사회나 사회 구성원의 고유한 정신적·물질적·지적·감성적 특성의 총체를 말한다.”고 정의하여 광의로 받아들이고 있다. 문화의 의미를 광의로 이해하게 되면, 문화를 국민의 삶 전체 혹은 인간으로서의 생활 전체로 이해하고, 국민의 삶 전체를 규범의 대상으로 삼게 되므로 문화의 고유한 규범적 체계를 설정하기 곤란하므로, 문화에 대한 규범적 접근은 타 영역과 유기적 관련성을 고려하는 전체 하에 좁은 의미로 이해하는 것이 타당하리라고 본다. 문화의 의미를 좁게 해석하더라도, 문화의 의미에는 교육·학문·예술·종교 등이 포함되고 이들에 대한 가치관과 생활양식 및 행위양식이 함께 나타나므로 그 범위는 상당히 광범위하게 나타난다.

문화의 의미의 가변성과 마찬가지로 문화국가를 보는 시각도 역사적으로 상이하다. 근대이전에는 문화가 국가에 종속되어 국가지배체제가 추구하는 가치에 종

7) “우리 현행 헌법은 특히 제9조에서 문화에 관한 규정을 하고 있지만, 이 규정이 없더라도 오늘날 문화를 위한, 그리고 문화국가를 적극적으로 실현하기 위한 국가의 본질인 역할과 기능은 헌법에 내재되어 있다고 할 수 있다.” 이세주 “헌법상 문화국가원리에 대한 고찰”, 『세계헌법연구』 제21권 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 2015, 36면.

8) 유네스코의 문화의 정의는 “가장 넓은 의미에서, 문화는 한 사회 또는 사회집단을 특정 짓는 고유의 정신적, 물질적, 지적, 그리고 정서적인 특성들의 총체로 고려되어도 좋겠다. 예술, 언어, 문학에 추가해서, 문화는 생활양식, 인간의 기본권, 가치체계, 전통 그리고 신념들을 포함하고 있다” (Unesco, Mexico City Declaration on Culture Policy, 1982.9). 박종현, “헌법상 문화국가원리의 구체화와 헌법재판소에서의 적용”, 『헌법학연구』 제21권 제3호, 한국헌법학회, 2015.9, 534면에서 재인용

속되었으나, 근대 이후 시민사회의 성장과 함께 국가와 문화는 상호 독립성과 자율성을 가졌으며, 현대에 이르러 문화의 다양성과 보편성은 소위 상업문화에 압도되면서 국가의 영역으로부터 벗어나 시장경제원리에 종속되는 경향이 있다.<sup>9)</sup>

역사적 발전과정에 따라 문화에 대한 국가의 접근방식이 달리 전개되었듯이, 현대에 이르러 국가의 문화정책의 형태도 다양하게 나타나고 있다. 국가와 문화와의 관계에 대하여 기능적 역할을 기준으로 분류한 그림(D. Grimm)은 상호관계를 이원주의, 공리주의, 지도적 모델 및 문화국가적 모델로 구별하였다.<sup>10)</sup> 문화국가원리와 함께 헌법의 주요원리인 법치주의, 민주주의 및 복지주의 시각에서 보면, 오늘날의 국가와 문화는 이원주의처럼 분리될 수도 없으며, 그렇다고 문화와 국가가 어느 한 쪽으로 종속될 수도 없다. 국가는 어떤 문화현상에 대하여도 이를 선호하거나, 우대하는 경향을 보이지 않는 불편부당의 원칙을 가지고 있어야 한다. 국가의 문화정책은 문화 그 자체에 있는 것이 아니라 문화가 생겨날 수 있는 문화풍토를 조성하는 데 두어야 한다.<sup>11)</sup> 문화국가원리는 물질적·경제적 풍요와 함께 인간의 창조적 자율성을 중시함으로써 정신적 풍요를 보장하는 것이며, 다양한 문화주체들의 자유로운 활동의 범위를 확대하여 인간의 존엄성과 가치 그리고 인간다운 생활<sup>12)</sup>을 보장하기 위한 창조적·정신적 기반을 조성하는 원리이기 때문이다.<sup>13)</sup>

9) 박종현, 앞의 논문, 532-536면; 김수갑, “한국헌법에서의 『문화국가』 조항의 법적 성격과 의의”, 『공법연구』 제32집 제3호, 한국공법학회, 2004, 183면.

10) 그림의 분류를 보면, 첫째, 국가와 문화의 분리로 나타난 ‘이원주의 모델’ 둘째, 국가가 문화를 육성하는 ‘공리주의 모델’ 셋째, 국가가 문화를 조종하는 ‘지도적 모델’ 넷째, 문화적 목적 자체를 위한 국가의 문화육성을 목적으로 하는 ‘문화국가적 모델’이 있다. 김수갑, “한국헌법에서의 『문화국가』 조항의 법적 성격과 의의”, 183-184면.

11) 헌재결 2004.5.27. 2003헌가1, 2004헌가4(병합) 전원재판부 학교보건법 제6조 제1항 제2호 위헌제정, 학교보건법 제19조 등 위헌제정

12) 헌법재판소는 인간다운 생활을 누릴 수 있도록 하는 것은 헌법 전문에서 천명한 문화국가의 이념을 위한 것임을 인정하고 있다. “무주택자에게만 조합원의 자격을 주어 무주택자로 하여금 주거생활의 안정을 통하여 인간다운 생활을 누릴 수 있도록 하기 위한 것으로서, 이는 헌법 전문에서 천명한 사회국가, 복지국가, 문화국가의 이념과 헌법 제34조 제1항·제2항, 제35조 제3항에 규정된 사회보장·사회복지 증진의무의 이행을 위한 것이며 국민의 주거확보에 관한 정책시행을 위한 정당한 고려하에서 이루어진 것이다.” 헌재결 1997.5.29. 94헌바5 전원재판부 住宅建設促進法 제3조 제9호 違憲訴願.

13) 김수갑, “문화국가를 위한 법체계 검토”, 『문화정책논총』 제18권, 한국문화관광연구원, 2007.2,

또한 후버(E.R. Huber)의 문화와 국가의 관계에 관한 분류를 보면, 첫째, 국가와 문화가 상호 독립적 혹은 대립적 관계로 이해하는 경우, 둘째, 국가와 문화가 소통하나 문화형성의 주체는 개인으로서, 국가는 개인에 대한 보충적 기여를 하는 경우 셋째, 국가의 문화형성의 적극적 기능을 하는 경우 넷째, 문화와 국가는 상호 호혜적이며, 문화의 국가형성력과 국가의 문화형성력을 동시에 긍정하는 경우 다섯째, 국가와 문화를 동일시하여 국가는 문화적 형상으로 보는 경우가 있다. 대체로 후버의 네 번째 유형이 오늘날 공감을 얻고 있다. 동 유형에 따르면, 국가는 자율적으로 형성된 문화이데올로기의 산물이다. 따라서 문화형성의 주체는 개인이며, 국가는 개인의 문화적 기본권 및 문화제도의 보장과 동시에 문화진흥의 의무를 진다.<sup>14)</sup>

광범위하고 다양한 문화의 개념과 국가와 문화의 다각적인 관계설정을 보면, 문화국가의 개념을 정의하는 것은 광대한 원리를 협소하게 과소평가할 위험이 있으므로, 최소한 이들 주장 속에서 공통점만을 정리해보면, 문화의 자율성, 국가와 문화의 상호 보충적 기능, 국가의 문화진흥의무의 규범성 등을 찾을 수 있다. 문화국가주의는 개인이나 단체의 문화창조의 의욕을 고취하고 문화진흥을 위한 정책을 전개할 것을 요구하는 것은 물론이며, 국가에게 문화의 자율성을 존중하고 문화진흥의 기반을 조성할 의무를 부과하고 있음을 알 수 있다. 특히 문화재 부문에 대해서는 국가는 보호·관리의 의무를 지고 있으며, 전시 등의 활용을 장려하는 정책을 전개할 의무가 있는 것이다.

## 2. 헌법상의 문화국가원리의 보장내용으로서의 문화재 보호·활용 등

우리나라는 건국헌법 이래 문화국가의 원리를 헌법의 기본원리로 채택하고 있다. 우리 현행 헌법은 전문에서 “문화의 … 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히” 할 것을 선언하고 있을 뿐 아니라, 국가에게 전통문화의 계승 발전과 민족문화의 창달을 위하여 노력할 의무를 지우고 있다(제9조). 그리고 문화국가를

9면.

14) 류시조, 앞의 논문, 306-308면; 김수갑, “한국헌법에서의 『문화국가』 조항의 법적 성격과 의의”, 184-187면.



실현하기 위하여 보장되어야 할 정신적 기본권으로 양심과 사상의 자유, 종교의 자유, 언론·출판의 자유, 학문과 예술의 자유 등을 규정하고 있는바, 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역을 바탕으로 한다고 할 것이고, 이들 기본권은 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가원리의 불가결의 조건이라고 할 것이다.<sup>15)</sup> 이처럼 문화의 개별성·고유성·다양성으로 인하여, 우리 헌법상의 문화국가원리도 개성과 창의성, 다양성을 지향한다.<sup>16)</sup>

헌법재판소는 헌법상의 문화국가원리는 국가가 학문진흥의 의무를 이행하는 목적이기도 하며,<sup>17)</sup> 문화국가를 실현하기 위한 수단으로서 저작자 등의 권리를 보호하며, 학문과 예술을 발전·진흥시키고,<sup>18)</sup> 학문연구결과 등의 전수를 위한 장으로서 교육을 활용하고 있다.<sup>19)</sup> 또한 문화국가원리를 실현하기 위하여 모든

15) 헌재결 2000.4.27. 98헌가16, 98헌마429(병합); 헌재결 2000.6.29. 98헌바67.

16) 헌법재판소는 공교육과 사교육을 문화국가실현을 위한 수단으로 보고 있다. “사교육의 영역은 앞서 본 바와 같이 사회의 자율영역으로서, 자녀의 인격발현권·부모의 자녀교육권이 국가의 규율권한에 대하여 원칙적으로 우위를 차지한다. 사적으로 가르치고 배우는 행위 그 자체는 타인의 법익이나 공익을 침해하는 사회적으로 유해한 행위가 아니라 오히려 기본적으로 보장된 행위이자 문화국가가 장려해야 할 행위이다.” 헌재결 2000.4.27. 98헌가16, 98헌마429(병합) 전원재판부 학원의설립·운영에관한법률 제22조 제1항 제1호 등 위헌제청, 학원의설립·운영에관한법률 제3조 등 위헌 확인; 동지, 헌재결 2009.10.29. 2008헌마454 전원재판부 부산광역시 학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 조례 제9조 위헌확인; 동지, 헌재결 2009.10.29. 2008헌마635 전원재판부서울특별시 학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 조례 제5조 제1항 전문 위헌확인; 동지, 헌재결 2016.5.26. 2014헌마374 학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률 제16조 제2항 등 위헌확인.

17) 헌법재판소는 국가가 학문진흥의 의무를 이행하는 것은 문화국가 실현을 위한 것이라고 판시하고 있다. “대학교육기관의 교원에 대한 기간임용제와 정년보장제는 국가가 문화국가의 실현을 위한 학문진흥의 의무를 이행함에 있어서나 국민의 교육권의 실현·방법 면에서 각각 장단점이 있어서, 그 판단·선택은 헌법재판소에서 이를 가늠하기보다는 입법자의 입법정책에 맡겨 두는 것이 옳으므로, 위 조항은 헌법 제31조 제6항이 규정한 교원지위 법정주의에 위반되지 아니한다.” 헌재결 1998.7.16. 96헌바33·66·68, 97헌바2·34·80, 98헌바39(병합) 전원재판부 사립학교법 제53조의2 제2항 위헌소원 등, 사립학교법 제53조의2 제3항 위헌소원 등, 사립학교법 제53조의2 제3항 위헌소원, 구 사립학교법 제53조의2 제3항 위헌소원.

18) “헌법 제22조 제2항은 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다고 하여 학문과 예술의 자유를 제도적으로 뒷받침해 주고 학문과 예술의 자유에 내포된 문화국가실현의 실효성을 높이기 위하여 저작자 등의 권리보호를 국가의 과제로 규정하고 있다.” 헌재결 2002.4.25. 2001헌마200 전원재판부 실용신안법 제34조 등 위헌확인; 동지, 헌재결 2011.2.24. 2009헌바13·52·110(병합) 저작권법 제104조 등 위헌소원.

19) “교육은 개인의 잠재적인 능력을 계발하여 줌으로써 개인이 각 생활영역에서 개성을 신장할 수 있도록 해 주며, 국민으로 하여금 민주시민의 자질을 길러줌으로써 민주주의가 원활히 기

국민들에게 공연관람을 장려함으로써 정신적 풍요를 느낄 수 있도록 하며,<sup>20)</sup> 각종 문화예술작품의 전시를 장려함으로써 문화국가실현의 국가의무를 수행하고 있다. 한편으로는 혼인과 가족생활을 국가가 결정한 이념이나 목표에 따라 일방적으로 형성하는 것은 인간의 존엄성을 최고의 가치로 삼고 민주주의원리와 문화국가원리에 터잡고 있는 우리 헌법상 용납되지 않는다고 하였다.<sup>21)</sup> 그리고 헌법전문에의 ‘유구한 역사와 전통’과 제9조의 ‘전통문화’와 ‘민족문화’는 헌법상 문화의 범주에 포함되는 기본내용을 제시한 것으로 보고, 대통령의 취임선서에 ‘민족문화창달의 의무’를 포함시켜 국가의 문화국가실현의무를 명확히 하고 있음을 인정하고 있다.<sup>22)</sup> 문화재는 전통문화와 민족문화를 증명하는 근거이며, 국가의 역사를 대변하는 말없는 증언들이다. 문화재는 시대에 따라 의미해석을 달리할 수 있지만, 원형은 그대로 보존되고 계승되어야 하며, 주변의 역사적·사회적 환경과 함께 조화 속에서 그 의미를 정확히 해석할 수 있으므로, 있었던 곳에서 벗어나서는 안된다. 그러므로 약탈문화재는 반드시 기원국으로 환수되어 처음 있던 곳에서 자리잡아야 하며, 필요한 경우에는 일시적인 이동으로 많은 사람들에게 전시되어 문화재향유의 기회가 제공되어야 한다.

특히 헌법 제9조에서 천명된 문화국가이념과 전통문화의 계승·발전 및 민족문화의 창달을 위한 노력의무 선언은 국가에게 문화재를 보호·관리·활용할 의무를 부과하였으며,<sup>23)</sup> 이러한 문화재보호·관리·활용의무의 수행을 위하여 국가

---

능하기 위한 정치문화의 기반을 조성할 뿐만 아니라, 학문연구결과 등의 전수의 장이 됨으로써 우리 헌법이 지향하고 있는 문화국가의 실현을 위한 기본적 수단이다.” 헌재결 2003.2.27. 2000헌바26 전원재판부 구 사립학교법 제53조의2 제3항 위헌소원; 동지, 헌재결 2003.12.18. 2002헌바14·32(병합) 전원재판부교원지위향상을위한특별법 제9조 제1항 등 위헌소원.

20) “현대 문화국가에 있어서는 공연장 등의 이용이, 선택된 문화적 향수자라고 구획될 만한, 특정한 국민에게만 한정되는 것이 아니기 때문이다. …… 공연관람자 등이 예술감상에 의한 정신적 풍요를 느낀다면 그것은 헌법상의 문화국가원리에 따라 국가가 적극 장려할 일이지, 이것을 일정한 집단에 의한 수익으로 인정하여 그들에게 경제적 부담을 지우는 것은 헌법의 문화국가이념(제9조)에 역행하는 것이다.” 헌재결 2003.12.18. 2002헌가2 전원재판부 구 문화예술진흥법 제19조 제5항 등 위헌제청.

21) 헌재결 2005.2.3. 2001헌가9·10·11·12·13·14·15, 2004헌가5(병합) 전원재판부 민법 제781조 제1항 본문 후단부분 위헌제청 등.

22) 헌재결 2000.6.29. 98헌바67 전원재판부 문화재보호법 제80조 제2항 등 위헌소원.

23) 헌재결 2004.5.27. 2003헌가1, 2004헌가4(병합) 전원재판부 학교보건법 제6조 제1항 제2호

는 문화재보호법을 제정·시행하였으며, 특히 국외문화재의 보호, 조사연구, 환수 등을 위하여 문화재보호법은 한 개의 장(제8장)과 5개의 조문(제67조부터 제69조의3)을 두고 있다. 이러한 문화재보호법의 목적규정을 뒷받침하고 있는 규정들이 바로 헌법 전문과 헌법 제9조라고 해석할 수 있다.<sup>24)</sup>

### 3. 문화재 전시를 보장하는 문화기본권과 문화재향유권의 인정 가능성

국외문화재의 국내전시를 위한 압류면제의 필요성의 핵심 논거 중에는 기본권으로서의 국민의 문화재향유권보장이 있다. 그러나 현행 헌법에서는 문화재향유권에 대한 명문규정을 두고 있지 않으므로, 해석에 의존할 수 밖에 없다.

헌법상의 문화국가원리가 천명되어 있다고 하여 바로 문화기본권이 도출되는 것은 아니지만, 인간의 존엄과 가치(제10조)와 인간다운 생활할 권리(제34조)의 보장은 인간의 문화적 존재성을 전제로 한 것이며, 특히 “문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니한다.”(제11조)는 조항은 문화기본권의 인정 가능성을 확인할 수 있다.<sup>25)</sup> 아직 독자적이고 체계적인 문화기본권의 이론적 정립은 규범적 차원에서 적절치 않다는 지적도 있지만, 독일, 북미 및 유럽 각 국가에서 문화권에 대한 논의가 진전되고 있는 현실과,<sup>26)</sup> 현행헌법 제11조를 통하여

위헌제정, 학교보건법 제19조 등 위헌제정: 동지, 헌재결 2010.10.28. 2008헌바74 구 문화재보호법 제44조 제7항 위헌소원; 동지, 헌재결 2011.7.28. 2009헌바244 문화재보호법 제55조 제1항 등 위헌소원.; 동지, 헌재결 2017.11.30. 2015헌바377 문화재수리 등에 관한 법률 제25조 제1항 위헌소원.

24) 남궁승태, “헌법상의 문화국가와 문화재보호”, 『아태공법연구』 제3권, 아세아태평양공법학회, 1994.12, 75면.

25) 문화기본권의 이론화 작업에서 고려할 기능으로서 “첫째, 문화적 권리의 목적은 잊히거나 사라져가는 특정 문화를 보호하고 유지하는 것이 될 수 있다. 둘째, 문화적 권리의 확장된 기능에는 문화집단들의 유지와 장려가 포함될 수 있다. 셋째, 이를 통해 개인의 문화적 형성과 개인의 문화적 정체성을 법적으로 보장하는 것이 그 목적이 될 수 있다. 넷째, 스스로 문화적으로 민감한 개인 내지 문화적 정체성을 고수하려는 개인이 갖는 주관적인 전개 욕구를 충족시키는 것 또한 목적으로 고려될 수 있다. 다섯째, 문화적 권리는 문화적 소수자들의 통합에 기여하고 그들의 자치를 강화한다는 측면에서 사회안정적 기능과 민주적 기능을 가질 수 있다”는 주장이 있다. 이종수, “문화기본권과 문화법제의 현황 및 과제”, 『공법연구』 제43집 제4호, 한국공법학회, 2015.6, 11면.

26) 이종수, 위의 논문, 11-13면.

우리는 문화기본권을 인정할 수도 있다.

즉 현행헌법 제11조가 기본권보장의 방법적 기초로서 ‘평등의 원칙’을 선언한 것으로 볼 수도 있지만, 대부분의 학자들과 헌법재판소는 제11조가 헌법상의 기본권으로서 평등권을 보장하고 있다고 인정하고 있으므로, 동일한 취지에서 헌법 제11조가 문화적 생활영역에서의 평등권 즉 ‘문화적 평등권’을 인정하고 있다고 볼 수 있다. 즉 문화기본권의 보장내용은 광범위하겠지만, 우리 현행헌법은 문화기본권을 보장하기 위한 수단으로서 그리고 문화기본권의 한 영역으로서 ‘문화적 평등권’을 명문으로 인정하고 있다.

최근에 이르러 문화향유권을 특별하게 문화와 접속하고자 하는 인권으로 보며, 헌법상의 문화국가원리와 문화기본법 제4조를 법적 근거로 들고 있으며, 특히 박물관 및 미술관 진흥법에서 주민의 문화향유권이라는 명문의 규정을 두고 주민은 국민으로서의 이중적 지위를 가지므로 동 조항은 국민과 주민에게 구체적인 공권으로서 문화향유권을 인정하고 있다는 주장도 있다.<sup>27)</sup>

헌법상의 기본권은 아니지만, 법률상의 권리로서의 문화권(문화향유권)에 대한 근거규정은 문화기본법 제4조와<sup>28)</sup> 박물관 및 미술관 진흥법 제12조에서<sup>29)</sup> 찾을 수 있다. 문화기본법은 국가를 전제로 한 국민의 권리로서, 박물관 및 미술관 진흥법은 지방자치단체의 주민의 권리로서 문화권(문화향유권)을 규정하고 있다.

위의 두 법률에서 규정하고 있는 문화권(문화향유권)에는 문화재향유권이 포함되어 있다고 볼 수 있다. 문화기본법 제3조는 국민이 향유하는 ‘문화’에는 정신적·물질적 문화가 모두 포함되는 것으로 정의하고 있으므로 문화적 가치가 있는 재화로서 유·무형을 모두 포함하는 문화재는 문화향유권의 보장내용에 포

27) 성봉근 외 3인, 앞의 논문, 299면.

28) 문화기본법 제4조(국민의 권리) 모든 국민은 성별, 종교, 인종, 세대, 지역, 정치적 견해, 사회적 신분, 경제적 지위나 신체적 조건 등에 관계없이 문화 표현과 활동에서 차별을 받지 아니하고 자유롭게 문화를 창조하고 문화 활동에 참여하며 문화를 향유할 권리(이하 “문화권”이라 한다)를 가진다.

29) 박물관 및 미술관 진흥법 제12조(설립과 운영) ①지방자치단체는 지역사회의 박물관자료 및 미술관자료의 구입·관리·보존·전시 및 지역 문화 발전과 지역 주민의 문화향유권 증진을 위하여 대통령령으로 정하는 절차와 기준에 따라 박물관과 미술관을 설립할 수 있다.

함된다. 따라서 문화재를 향유할 권리인 문화재향유권은 곧 문화향유권의 일부라고 볼 수 있다. 물론 문화재향유권은 문화적·역사적·사회적 환경권의 범주 속에 묶여서 직접적으로 구체적 권리로서의 법적 성격이 주장되지는 못하였지만, 1983년에 오세탁교수의 박사학위청구논문(오세탁, “문화재보호법연구서설:국토개발과 문화재보존의 관계를 중심으로”, 박사학위논문, 단국대학교대학원, 1981)에서 일본의 이장(伊場, IBA) 소송을 언급하면서 구체적으로 소개되었다.<sup>30)</sup> 동 논문에서 주장된 문화재향유권의 내용은 문화재를 ‘보존·활용’하는 것이었으며, 이후 논문에서는 이를 발전시켜 “민족(나아가 인류)의 정신과 혼이 깃든 공유재산으로서의 문화재를 보존하고 활용하여 그 생활이익으로 삼을 수 있는 권리”로 정의하고 있다.<sup>31)</sup>

물론 법률상의 권리로 인정 가능한 문화재향유권의 헌법적 근거는 헌법상의 문화국가원리(제9조), 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(제10조), 학문의 자유와 교육권, 인간다운 생활할 권리, 환경권 등을 들 수 있으며, 법률적 근거로는 문화기본법과 문화재보호법상의 제규정이 있다.<sup>32)</sup>

그러나, 헌법상의 기본권과 법률상의 권리를 구별하는 헌법재판소의 견해에 따르면, 문화향유권과 문화재향유권은 헌법상의 기본권으로서의 문화기본권과는 구별된다. 헌법에서 보장하고 있는 기본권은 문화적 평등권이며, 문화재향유권은 헌법상의 기본권이 아닌, 법률상의 권리이다.

포괄적 의미의 문화기본권을 헌법상의 기본권으로 인정하거나, 문화재향유권을 헌법상 기본권으로 격상하거나 또는 국민의 법률상 권리로 인정하기 위해서는 좀 더 법적 성격과 내용에 관한 체계화된 연구가 요구된다. 만약에 문화기본권의 침해를 원인으로 헌법소원이 제기된다거나, 문화재향유권의 침해를 원인으로 항고소송이 전개된다면, 원고적격 등의 논의와 함께 기본권성과 법률적 권리성에 대한 구체적 논의가 활발히 전개될 것으로 기대된다. 개헌이나 입법에 의하

30) 오세탁, “문화재보호법연구 - 문화재향유권의 법리를 중심으로-”, 「공법연구」 제13권, 한국공법학회, 1985, 290-293면.

31) 김수갑, “문화재향유권의 법리에 관한 고찰-일본에서의 논의와 한국헌법상의 법리구성을 중심으로-”, 「법과 사회」 제23권, 한국법과사회이론학회, 2002, 228면

32) 김수갑, “문화재향유권의 법리에 관한 고찰-일본에서의 논의와 한국헌법상의 법리구성을 중심으로-”, 238-248면

여 명시적 규정을 두지 않은 현행 법체계에서는 헌법조문과 법률조문의 체계적 해석에 의하여 인정가능성을 주장할 수 있음에 불과하다고 하겠다.

### Ⅲ. 적법한 반출에 의한 국외문화재와 약탈문화재의 구별

#### 1. 문화재의 국외 밀반출 금지

문화재보호법에 따르면, “문화재”란 인위적이거나 자연적으로 형성된 국가적·민족적 또는 세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적 또는 경관적 가치가 큰 유형문화재, 무형문화재, 기념물 및 민속문화재를 의미한다(동법 제2조 제1항). 그리고 대한민국과 역사적·문화적으로 직접적 관련이 있는 문화재로서 국외에 소재하고 있는 문화재를 “국외소재문화재”라고 한다(동조 제8항). 문화재 중에서 국보, 보물, 천연기념물 또는 국가민속문화재는 국외로 수출하거나 반출할 수 없으며(동법 제39조 제1항), 문화재로 지정 또는 등록되지 않은 일반동산문화재도 마찬가지이다(동법 제60조 제1항). 다만, 국내소재문화재의 국외 전시 등 국제적 문화교류를 목적으로 2년 이내 반입 조건으로 반출된 국보 등이나 10년 이내 반입조건 혹은 구입·기증된 일반동산문화재 등이 문화재청장의 허가를 받은 경우에는 국외반출이 가능하다. 이렇게 반출된 국내소재문화재가 한시적으로 국외에 존재하는 경우에는 국외소재문화재에 포함되지 않는다.

현행법에서도 불법적인 국외반출을 막고자, 무허가수출등의 죄(문화재보호법 제90조<sup>33)</sup>), 도굴 등의 죄(매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률 제31조<sup>34)</sup>), 은

33) 문화재보호법 제90조(무허가수출 등의 죄) ① 제39조제1항 본문(제59조제2항과 제74조제1항에 따라 준용하는 경우를 포함한다)을 위반하여 지정문화재 또는 가지정문화재를 국외로 수출 또는 반출하거나 제39조제1항 단서 및 제2항부터 제4항까지(제59조제2항과 제74조제1항에 따라 준용하는 경우를 포함한다)에 따라 반출한 문화재를 기한 내에 다시 반입하지 아니한 자는 5년 이상의 유기징역에 처하고 그 문화재는 몰수한다. ② 제60조제1항을 위반하여 문화재를 국외로 수출 또는 반출하거나 반출한 문화재를 다시 반입하지 아니한 자는 3년 이상의 유기징역에 처하고 그 문화재는 몰수한다. ③ 제1항 또는 제2항을 위반하여 국외로 수출 또는 반출하는 정(情)을 알고 해당 문화재를 양도·양수 또는 중개한 자는 3년 이상의 유기징역에 처하고 그 문화재는 몰수한다.

닉죄(문화재보호법 제92조<sup>35)</sup>)로 처벌하고 있다. 이처럼 문화재의 도굴, 유통, 은닉, 밀반출 등을 처벌하는 취지는 국제화·전문화되어 가는 문화재 절도, 밀거래, 도굴 등의 문화재 범죄에 대응하여 불법적으로 유통되는 문화재에 대한 수요와 불법적인 유통을 근본적으로 차단하려는 헌법적 의지의 표현이다.<sup>36)</sup> 물론 이러한 취지에서 우리 문화재보호법은 외국문화재의 국내로의 불법반입도 허용하지 않고 반환조치를 하고 있다.<sup>37)</sup>

- 34) 매장문화재법 제31조(도굴 등의 죄) ① 「문화재보호법」에 따른 지정문화재나 비지정문화재의 보호물 또는 보호구역에서 허가 없이 매장문화재를 발굴한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다. ② 제1항 외의 장소에서 허가 없이 매장문화재를 발굴한 자, 이미 확인되었거나 발굴 중인 매장문화재 유존지역의 현상을 변경한 자, 매장문화재 발굴의 정지나 중지 명령을 위반한 자는 10년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금에 처한다. ③ 제1항 또는 제2항을 위반하여 발굴되었거나 현상이 변경된 문화재를 그 정(情)을 알고 유상이나 무상으로 양도, 양수, 취득, 운반, 보유 또는 보관한 자는 7년 이하의 징역이나 7천만원 이하의 벌금에 처한다. ④ 제3항의 보유 또는 보관 행위 이전에 타인이 행한 도굴, 현상변경, 양도, 양수, 취득, 운반, 보유 또는 보관 행위를 처벌할 수 없는 경우에도 해당 보유 또는 보관 행위자가 그 정을 알고 해당 문화재에 대한 보유·보관행위를 개시한 때에는 같은 항에서 정한 형으로 처벌한다. ⑤ 제3항의 행위를 알선한 자도 같은 항에서 정한 형으로 처벌한다. ⑥ 제17조를 위반하여 매장문화재를 발견한 후 이를 신고하지 아니하고 은닉 또는 처분하거나 현상을 변경한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. ⑦ 제5조제2항을 위반하여 공사를 중지하지 아니한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. ⑧ 제1항부터 제6항까지의 경우 해당 문화재는 몰수한다.
- 35) 문화재보호법 제92조(손상 또는 은닉 등의 죄) ① 국가지정문화재(국가무형문화재는 제외한다)를 손상, 절취 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다. ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다. 1. 제1항에 규정된 것 외의 지정문화재 또는 비지정문화재(건조물은 제외한다)를 손상, 절취 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 자 2. 일반동산문화재인 것을 알고 일반동산문화재를 손상, 절취 또는 은닉하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해한 자 ③ <생략> ④ 제1항과 제2항에 규정된 은닉 행위 이전에 타인에 의하여 행하여진 같은 항에 따른 손상을 해하는 행위가 처벌되지 아니한 경우에도 해당 은닉 행위자는 같은 항에 정한 형으로 처벌한다. ⑤ 제1항부터 제4항까지의 경우에 해당하는 문화재는 몰수하되, 몰수하기가 불가능하면 해당 문화재의 감정가액을 추징한다. 다만, 제4항에 따른 은닉 행위자가 선의로 해당 문화재를 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.
- 36) 현재결 2011.7.28. 2009헌바244 문화재보호법 제55조 제1항 등 위헌소원.
- 37) 문화재보호법 제20조 제5항 문화재청장은 외국문화재의 반출국으로부터 대한민국에 반입된 외국문화재가 자국에서 불법반출된 것임을 증명하고 조약에 따른 정당한 절차에 따라 그 반환을 요청하는 경우 또는 조약에 따른 반환 의무를 이행하는 경우에는 관계 기관의 협조를 받아 조약에서 정하는 바에 따라 해당 문화재가 반출국에 반환될 수 있도록 필요한 조치를 하여야 한다.

## 2. 국외문화재와 환수 현황

국외에 소재하고 있는 우리나라 문화재현황을 보면, 2018년 4월 1일 기준으로 일본 74,742점, 미국 46,488점, 독일 10,876점, 중국 10,696점, 영국 7,638점, 러시아 5,633점 그리고 프랑스 3,600점 등 20여개 국가에 172,316점이 있는 것으로 조사되었다(〈표 1〉 참조). 국외문화재 현황이 지난 해(2017년 4월 1일 기준)에는, 일본 71,422점, 미국 46,404점, 독일 10,940점, 중국 10,050점, 영국 7,638점, 프랑스 3,600점 등 168,330점이었던 것을 보면, 조사를 하면 할수록 매년 국외소재문화재는 증가하고 있음을 알 수 있다.<sup>38)</sup> 즉 기증, 문화교류 혹은 불법·부당한 반출 등 반출경로의 파악도 어렵지만, 소장자에 의하여 공개되지 않은 국외문화재도 파악하기 어렵기는 마찬가지임을 알 수 있다. 그러므로 국외문화재는 그동안의 조사에 의하여 파악된 것 이외에도 상당수가 있을 것이란 짐작은 누구나 가능할 것이다.

〈표 1〉 국가별 한국문화재 현황

소장국	소장처	수량(%)	소장국	소장처	수량(%)
일본	도쿄국립박물관 등	74,742(43.38)	오스트리아	빈민속박물관 등	1,511(0.88)
미국	메트로폴리탄박물관 등	46,488(26.98)	덴마크	덴마크국립박물관	1,278(0.74)
독일	뮌헨동아시아박물관 등	10,876(6.31)	카자흐스탄	카자흐스탄국립도서관	1,024(0.59)
중국	베이징고궁박물관 등	10,696(6.21)	헝가리	휘텐쯔호프동양미술박물관	341(0.20)
영국	영국박물관 등	7,638(4.43)	바티칸	바티칸민족박물관	298(0.17)
러시아	모스크바국립동양박물관 등	5,633(3.27)	스위스	스위스민족학박물관 등	119(0.07)
프랑스	국립기메박물관 등	3,600(2.09)	벨기에	벨기에왕립예술역사박물관	56(0.03)
캐나다	로얄온타리오박물관 등	3,289(1.91)	스웨덴	스웨덴동아시아박물관 등	51(0.03)
대만	국립고궁박물관 등	2,881(1.67)	호주	뉴사우스웨일즈박물관 등	41(0.02)
네덜란드	라이덴국립민속박물관 등	1,737(1.01)	이탈리아	국립동양예술박물관	17(0.01)

출처: 국외소재문화재재단(<https://www.overseaschf.or.kr>) 방문일 2018.5.25.

현행 문화재보호법은 국가에게 국외문화재의 보호·환수 및 활용 등을 위하여

38) 국외소재문화재재단/자료실/국외문화재현황(<https://www.overseaschf.or.kr>). 방문일 2017.12.10.



노력하여야 할 의무를 부과하고 있으며(동법 제67조), 특히 국외문화재의 환수 및 활용에 관한 사항을 문화재기본계획에 포함하도록 정하고 있다(동법 제6조 제항). 그리고 문화재청장 또는 지방자치단체장에게 국외문화재의 현황, 보존·관리 실태, 반출 경위 등에 관하여 조사·연구할 수 있는 권한과 국외문화재 보호 및 환수를 위한 관련 기관이나 단체를 지원·육성할 수 있는 권한을 부여하고 있다(동법 제68조 제1항 및 제69조 제1항).

법이 문화재라는 재화에 대하여 특별한 보호를 하고 있는 것은 “문화재를 보존하여 민족문화를 계승하고, 이를 활용할 수 있도록 함으로써 국민의 문화적 향상을 도모함과 아울러 인류문화의 발전에 기여함”이라는 문화재보호법 전체의 목적(법 제1조)에 따른 것이며, 문화재보호법이 문화재를 보호하고자 하는 것은 헌법이 추구하고 있는 문화국가원리를 실현하고자 하는 것이다.<sup>39)</sup>

그동안의 국외문화재의 환수현황을 보면, 50년대에는 113점, 한일협정이 맺어진 60년대에는 1,344점, 70년대에는 45점, 80년대에는 1,284점, 90년대에는 1,733점, 2000년대에는 1,769점, 2010년 이후 현재까지는 1,718점이다(표 2 참조). 각 시기적 상황을 무시하고 국외문화재와 환수현황을 통계수치만으로 단순 비교해 보아도, 17만여점이 국외에 존재하고 있음에도 불구하고 1,700점 정도가 환수되었다고 한다면, 환수비율은 1%에 불과한 것이다.<sup>40)</sup>

〈표 2〉 국외소재문화재 환수 현황

시 기	50년대	60년대	70년대	80년대	90년대	2000년대	2010년대
수 량	311	1,344	45	1,284	1,733	1,769	1,718

출처: 국외소재문화재재단(<https://www.overseaschf.or.kr>) 방문일 2018.1.16.

39) 현재결, 2009.7.30. 2007헌마870 전원재판부 문화재보호법 제99조 제4항 위헌확인.

40) 불법반출된 문화재에 대한 정확한 통계는 찾을 수 없으나, 참고할 만한 글을 인용해보면, “해외 소재 문화재 중에서 약 7만 5천 점의 문화재가 세계 20개국에 불법반출 된 것으로 추정되고 있는데, 이들 문화재는 우리가 관심을 가져야 할 환수의 대상이다.”가 있다. 송호영, “국제사법상 문화재의 기원국법주의(*lex originis*)에 관한 연구”, 『재산법연구』 제30권 제1호, 한국재산법학회, 2013.5, 103면.

### 3. 국외문화재의 적법한 반출과 약탈에 의한 반출의 구별

문화재는 그 사회의 문화적 풍토와 역사적 전통을 배경으로 하여 형성되는 것이어서 원래의 장소에 있을 때에 역사적·문화적·예술적 가치가 더 높게 평가되는 것이고, 그 장소를 떠나서는 의미와 가치가 반감되는 것이다. 그런데 문화재가 국외로 수출 또는 반출되면 국가의 주권이 미치지 아니하여 이를 보존·활용할 수 없게 되고 일단 수출 또는 반출된 것은 사실상 반입이 어려운 것이므로, 대부분의 국가들도 그 보호의 대상 및 정도에서는 차이가 있으나 문화재의 국외반출을 엄격히 제한하는 것이 현실이다.<sup>41)</sup>

국외문화재는 불법·부당하게 반출된 문화재와 적법하게 반출된 문화재 등으로 나뉘볼 수 있으며, 적법절차에 의하여 국외로 반출된 문화재는 환수의 대상이 되지 않지만, 식민통치, 군사점령 시기에 국외로 반출되거나 기타 도난, 불법적으로 반출된 문화재는 환수의 대상이 된다. 그러나 국외문화재의 반출경로의 합법성여부를 명확히 판단한다는 것은 문화재반출의 역사성으로 인하여 쉽지 않은 작업이기에, 불명확한 경우가 많다.<sup>42)</sup> 즉 중간지대의 국외문화재도 상당수 있을 것이다.

국외문화재의 반출경로를 보면, ① 국제적 교류에 의한 외교·통상의 방법, ② 기증 등의 방법, ③ 합법적 수집 후 밀반출에 의한 방법 ④ 여몽전쟁, 임진왜란 및 병인양요 등 침략적 전시상황에서의 약탈, ⑤ 일제강점기의 약탈, ⑥ 도굴 등도 있으며, 이외에도 미군정기의 문화재 반출과 같이 경로가 모호한 반출 등 다양한 경로를 예상할 수 있다. 이러한 반출경로 중에서 점유국(시장국)이 스스로 합법적인 반출경로를 증명하지 못하는 한, 우리는 ‘불법유출 국외문화재’로 간주하여야 하며, 불법유출 국외문화재 중에서도 ④, ⑤, ⑥의 방법에 의하여 반출된 문화재는 소위 ‘약탈문화재’로 간주하여야 할 것이다.

국외문화재는 합법성여부를 불문하고 모두 국내로 반환되어 제자리를 찾는 것이 가장 이상적이다. 불법유출문화재를 무상으로 제자리에 돌려놓는 것을 ‘환

41) 현재결 2000.6.29. 98헌바67 전원재판부 문화재보호법 제80조 제2항 등 위헌소원.

42) 정준호, “해외문화유산의 환수기능 강화방안 연구”, 『한국자치행정학보』 제27권 제1호, 2013. 봄, 373면.

수(還收)'라고 본다면, 환수를 포함하여 기증, 교환 및 구매 등의 다양한 반환방법을 강구하여야 할 것이다. 그렇지만 불법유출로 간주된다고 하여, 모든 것이 환수되어야 한다는 논리는 다소 무리이기는 하나,<sup>43)</sup> 위에서 열거한 반출경로 중에서 ①과 ②를 제외하고는 모두 환수의 대상이 됨이 마땅하다. 특히 국외반출 당시에 불법적 약탈이었으나, 시간이 많이 경과하고 소유권의 변동에 의하여 현재 선의취득의 제3자가 소유하고 있다고 하더라도 역시 환수의 대상이 되어야 한다고 본다. 선의취득의 제3자는 스스로 자국법에 의하여 자신의 권리를 보장받아야 하며, 점유국은 선의취득자의 소유권보장을 위한 제도적 장치를 마련하는 것이 정의에 합당할 것이다. 그러나 대부분의 점유국들에게 이러한 조치를 기대하기는 어려우므로, 우리 정부와 민간은 끊임없이 외교적 노력을 기울여야 할 것이다.

한편, 국외문화재를 일시적으로 전시를 위하여 국내에 반입하는 경우에, 국내에서의 압류를 면제시켜 준다면, 전시활성화와 전통문화창달에 긍정적 효과가 발생한다는 것은 논란의 여지가 없으나, 불법으로 유출되었던 약탈문화재마저 압류면제의 혜택을 준다면, 불법을 합법으로 인정하는 논리적 모순에 빠지며, 국민의 법감정에 있어서도 인정되기는 어려울 것이다.<sup>44)</sup> 그러므로 국외문화재를 인류공동의 문화유산으로 인식하고, 합법적으로 반출된 국외문화재의 국내전시는 전면적으로 허용하고 압류면제를 허가하여야 하지만, 그렇지 않은 경우에는 국내 반입시에 해당 문화재의 반출당시의 상황을 면밀히 검토하여, 국내반입과 압류면제를 결정하여야 할 것이다.

43) 김태식, “한일간 문화재 반환, 우리를 반추한다.”, 『일본공간』 제8권, 국민대학교 일본학연구소, 2010, 51면.

44) 문화재보호법[시행 1983.7.1.] [법률 제3644호, 1982.12.31., 전부개정] 제78조 (외국문화재의 보호) ②외국문화재를 국내에 반입(수입을 포함한다. 이하 같다)하고자 하는 자는 그 문화재의 반출국에서 적법하게 반출되었음을 증명하는 서류를 첨부하여 문화공보부장관에게 신고하여야 한다. : “이 규정은 1999년 1월 법률의 개정과정에서 비효율적인 각종 행정규제를 폐지 또는 정비한다는 명목 하에 삭제되었으며, 이에 따라 외국으로부터 도난 또는 불법 반출된 문화재의 반입규제에 대한 중요한 법적 근거가 사라지게 되었다. 이로 인해 1970년 유네스코협약의 국내적 이행의무와 관련하여 상당한 문제를 초래할 가능성이 있다.” 정준호, 앞의논문, 374면.

## Ⅳ. 약탈문화재 압류면제의 헌법적 문제점

### 1. 과거 침탈국 위주의 압류면제의 입법례

국외문화재 점유국이 국내전시를 위하여 국내 박물관이나 미술관에 해당 문화재를 임대하여 국내에 반입되어 있는 상태에서, 소유권 분쟁이 발생하더라도 국내 법원의 관할권을 배제함으로써 해당 문화재의 점유국에게로의 반환이 보장되는 압류면제에 관한 입법적 해결을 요구하고 있으며, 국내에서 전시관련 기관이나 단체 및 일부학자들이 이에 관하여 동의하고 있다. 해외에서의 입법례를 보면, 유럽에서는 ‘EU 지침(Council Directive 93/7/EEC of 15 March 1993)’과 ‘워싱턴 원칙(Principles with respect to Nazi-Confiscated Art)’에 의하여 기원 국에의 문화재반환을 원칙으로 하였지만, 최근에는 프랑스, 독일 등에서 압류방지에 대한 개별법들을 제정하였으며, 이외에도 미국, 영국, 캐나다, 일본 등 많은 국가에서도 개별적으로 법률을 제정하고 있다.<sup>45)</sup>

유럽면제협약으로<sup>46)</sup> 알려진 국가면제(주권면제)는 법정지국의 법원의 관할권이 면제되는 것으로서, 실체법의 적용이 면제되는 것이 아니라 절차법상의 면제이다.<sup>47)</sup> 그러므로 국외문화재의 압류면제는 유럽면제협약이나 UN의 국가면제에 관한 다자간조약<sup>48)</sup>에서 규정한 국가면제가 보장하는 관할권 중에서 대상을

45) 김재광, “문화국가원리에서 바라본 문화재 환수와 대역문화재의 한시적 압류면제”, 「외법논집」 제42권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2018.2.28., 497-503면; 성봉근 외 3인, 앞의 논문, 303-312면.

46) 1972년 5월 16일 스위스 바젤에서 체결된 유럽국가면제협약(European Convention on State Immunity)은 절대면제주의에서 제한면제주의로 전환한 중요한 문서로서 오스트리아, 벨기에, 독일, 룩셈부르크, 네덜란드, 스위스, 영국이 당사국으로 가입되어 있으며, 미국 주권면제법(1976년)과 영국 국가면제법(1978년) 등의 국내입법 그리고 국제연합 국제법위원회의 법전화 작업에 중요한 영향을 미쳤다.

47) 최태현, “국제법상 ‘면제’제도의 기본적 쟁점에 대한 분석”, 「국제법평론」 통권 제29호, 삼우사, 2009.4.30, 2-3면.

48) “국가 및 국가재산의 재판권면제에 관한 UN협약(2004년 12월 채택됨): United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2 December 2004, A/RES/59/38, Annex, Official Records of the General Assembly, Fifth-ninth Session.,

문화재로 한정하고, 보장하는 절차는 압류 등으로 한정된 것으로서, 국가면제의 범주에 포함된다고 하겠다. 다만, 국가면제는 점유국의 주권을 존중하지만, 문화재의 압류면제는 문화재의 점유권을 보호하며, 국내에 반입되어 있는 기간 동안의 한시적 면제인 점에서 구별된다.<sup>49)</sup>

국가면제와 국외문화재의 압류면제가 법리적으로 명확히 일치하지 않으므로, 국제협약에 가입한 국가들도 별도로 국내법률을 제정하는 경향이 있다. 그리고 수백년 전의 문화재에 대한 소유권 논쟁에 현대의 국제법을 적용하기에는 각 국가의 정체성(영토나 국가명의 영속성)과 규범의 시간적 차이를 극복하기 어렵기 때문이다. 이들 국가들을 구체적으로 나열하여 보면, 유럽면제협약의 당사국은 오스트리아, 벨기에, 독일, 룩셈부르크, 네덜란드, 스위스, 영국 이상 8개국이며, UN 다자간조약 채택국은 노르웨이, 포르투갈, 오스트리아, 루마니아, 이란, 레바논 6개국이다. 그리고 압류면제제도를 도입한 국가들은 알바니아, 안도라, 아르메니아, 오스트리아, 벨기에, 체코, 핀란드, 프랑스, 독일, 스위스, 헝가리, 아일랜드, 미국, 캐나다, 영국, 일본 등이다. 국외소재문화재의 국내반입시의 압류면제에 관하여 소개되는 입법례들은, 대부분 과거 역사에서 침탈국의 지위에 있었던 제국주의국가들에서 나타난 사례들이며,<sup>50)</sup> 이들의 면면을 보면, 대체로 점유국(시장국)의 입장에 가깝다는 것을 유의하여야 할 것이다.<sup>51)</sup> 그러므로 압류면제법

Supplement No. 49 (A/59/49). 이 협약 제30조에서 알 수 있듯이 이 협약은 30번째의 비준서, 수락서, 승인서, 가입서가 국제연합 사무총장에게 기탁된 날로부터 30일이 되는 날에 발효한다. 2009년 3월 현재. 비준국은 노르웨이, 포르투갈, 오스트리아, 루마니아, 이란, 레바논 6개국에 불과하여 발효에 이르려면 상당한 기간이 요할 것으로 보인다.” 최태현, 위의 논문, 1면, 각주 1) 인용.

49) 국가면제의 법적 성질과 유사한 면제제도와와의 구별에 대해서는 최태현, 위의 논문, 5-16면 참조.  
 50) “용문석굴에서 사라진 유물을 가장 많이 소유하고 있는 나라는 일본이고, 그 다음이 미국이다. 유럽의 스웨덴·영국·프랑스, 그리고 캐나다에서도 용문석굴의 유물을 소유하고 있다. 이들 나라의 박물관이나 미술관에 소장된 용문석굴의 유물 대다수는 제국주의 시대의 약탈품이다.” 이유진, “문화재 약탈국은 ‘엘긴의 변명’을 멈추어라”, 「주간경향」 통권1164호, 경향신문사, 2016.2.23.; “독일은 서역 지방의 대표적인 유물 약탈국으로, 그에 걸맞게 수준 높은 연구 성과가 축적됐기 때문이다.” 김윤형, “광산 따내려고 조선총독에게 준 선물: 세 차례에 걸쳐 약탈된 ‘오타니 컬렉션’은 어떻게 용산까지 오게 됐을까...오타니에게 유물 3분의 1 넘겨받은 일본 재벌 구하라가 조선총독부에 기증”, 「한겨레21」 통권648호, 2007.2.27.  
 51) “현재 국제법상 약탈 문화재를 반환할 것인가의 여부가 주된 국제 관심사의 하나로 등장하고 있다. 문화재의 반환에 대하여 주로 약탈국 또는 시장국(수요국)의 입장에서 서 있는 영국, 프랑스, 미국 등의 입장과 주요 문화유산의 출처국인 나라들의 입장에 현저한 차이가 있다. 이

제의 도입 전에 해당국가들이 자국에 들어와 있는 약탈문화재와 타국에 있는 자국의 불법유출문화재의 손익계산에 의한 자국 내 약탈문화재의 보호를 위한 입법조치가 아닌지 검토할 필요가 있으며, 검토 대상국가의 과거 역사를 면밀히 조사하고 참조하여야 할 것이다.

우리나라 헌법은 전술한 바와 같이 문화국가주의를 택하고 있으며, 나아가 전문(前文)에서 “정의·인도”의 입장에서 민족의 단결을 공고히 하고, “세계평화와 인류공영에 이바지함”을 전제로 하는 국제평화주의를 선언하고 있음은 간접적으로 문화적 측면에서도 반제국주의적 이념을 택하고 있음을 알 수 있다. 역사적으로나 현재적으로나 제국주의 내지는 침략주의와 친하지 않은 우리나라 입장에서 볼 때, 압류면제는 결국 과거 침략국가와 제국주의적 배경 하에서 이루어진 불법행위를 현실적 필요에 의하여 묵인해주는 오류를 범하고 있다는 의심이 든다.

물론 우리나라에도 약탈된 외국문화재가 있을 수 있다. 만약 약탈문화재가 있다면, 문화재보호법 제20조의 절차에 의하여 환수조치를 하여야 하며,<sup>52)</sup> 우리나라로부터 불법유출된 문화재가 국외에 소재하고 있다면, 역시 환수조치를 할 수 있는 국내법적 근거를 마련하여야 한다. 현행 문화재보호법에서는 국외소재문화재의 환수를 위한 노력의무(제67조), 국외소재문화재의 조사연구(제68조), 환수활동지원(제69조) 및 국외소재문화재단의 설립(제69조의3)에 관한 규정은 두고 있으나, 환수에 관한 직접적인 명문규정이 없음은 무척 아쉬우며, 조속한 입법이 있어야 할 것이다.

## 2. 압류면제의 국민의 기본권 침해성

문제에 해서는 학자들 간에도 다양한 견해가 개진되는 등 뜨거운 논란의 대상이 되고 있다.” 제성호, “문화재(文化財) 불법이동(不法移動)의 국제법적(國際法的) 규제(規制) -약탈 문화재의 반환을 중심으로-”, 「법조」 제54권 제3호, 법조협회, 2005.3., 80면.

52) 우리나라 국립중앙박물관에 보관하고 있는 1700여점의 중앙아시아의 유물인 ‘오타니 컬렉션’은 일제강점기에 일본인 사업가가 오타니로부터 구입하여 조선총독부에 기증한 것이며, 1945년 일본이 패망하면서 조선총독부로부터 국립중앙박물관으로 이관된 것이다. 중앙박물관의 소장 경위가 합법적이므로 약탈문화재가 아니라는 의견과 오타니의 수집경위가 불명확하므로 약탈문화재로 보아야 한다는 의견이 있다. 국회사무처, “제269회국회(정기회) 문화관광위원회회의록(청원심사소위원회) 제1호”, 2007.11.23., 6-7면.

약탈문화재를 보유하고 있는 외국의 점유자가, 정당한 점유의 근원을 증명한다고 하더라도, 이를 인정하고 적절한 비용의 지불하에 전시를 한다는 것은, 조금 비약적인 표현일 수도 있겠지만, 현재의 국제적 상황과 외교관계를 고려하여, 불법적 재산권 침해를 수궁하는 것과 다름이 없다고 하겠다.

우리나라의 아픈 과거사 속에서 저질러졌던 문화재침탈 행위를 현재에 이르러 바로잡기 어렵다는 것을 이유로 불법의 결과를 용인하는 것은 특히 현재를 살고 있는 우리 국민들의 법감정에 부합하는가를 고려하여야 할 것입니다.

압류면제는 점유국(시장국)에 의하여 자행된 조직적이고 지속적인 불법행위에 의하여 문화재에 관한 권리를 심각하게 훼손당한 국민들이 배상청구권을 실현하도록 협력하고 보호하여야 할 헌법적 요청을 거부하는 것이며, 그 의무의 이행이 없으면 기본권이 중대하게 침해될 가능성도 있다.

헌법 제23조가 보장하고 있는 재산권은 법률에 의하여 내용이 형성된다고 해석되며, 재산권의 행사는 공공복리에 적합하여야 하지만, 헌법 제37조 제2항에 의하여 본질적 내용을 침해할 수는 없다. 국외문화재에 대하여 국내 전시를 위한 압류면제의 입법적 허용이 포괄적인 경우에는, 불법유출된 국외문화재 중 상당수가 약탈문화재로서 원소유자의 재산권을 침해할 우려가 있음을 도외시하는 것이다. 법리적으로 보아도, 전시 혹은 임대는 소유권에 기초한 권능에 불과하다. 약탈문화재의 현재 점유자(점유국)에게 국내에서의 전시권 혹은 임대권을 보장한다는 것은 국내법체계상 사실상 소유권을 인정하는 것이다. 즉 권리(소유권)은 인정하지 않으면서, 권능(전시권 혹은 임대권)을 인정한다는 것은 권리없는 권능을 인정하는 것으로서 기본적인 법원리에 맞지 않는 논리이다. 법리상으로도 소유권을 인정하지 않는 결과이다. 결국 약탈문화재의 국내 전시를 위한 압류면제의 입법적 허용은 재산권의 본질적 내용을 침해하는 법률로써 위헌성의 의심을 받게 될 것이다.

### 3. 제한적 압류면제의 허용 가능성

국외문화재의 국내 전시를 위한 압류면제가 재산권침해의 위헌성의 의심을 받는다면, 헌법 제6조에서 인정하는 국제법준중주의 측면에서 검토해 볼 필요

도 있다. 압류면제의 국제법상의 법적 기원은 국가면제 혹은 주권면제의 원리일 것으로 사료된다.<sup>53)</sup> 국가면제 또는 주권면제는 국가의 일정한 행위에 대해서 다른 국가가 재판관할권을 행사할 수 없다는 규칙으로서, 이 규칙은 상대방의 동의 없이는 그를 상대로 재판과 강제집행의 대상으로부터 면제시켜야할 국제법상의 의무가 있고, 상대방은 그것을 요구할 수 있는 적법한 권리가 있다는 것을 골자로 하고 있다. 이에 대하여 절대적·무조건적 면제론과 제한적·조건적 면제론이 있으며, 1970년대 이후 제한적 면제론을 택하는 국가가 양적으로 증가하고 있다. 우리나라의 경우 1975년 대법원판결은 절대적 면제규칙에 입각한 것으로 평가되며, 시대에 역행한다는 비판을 받고 있다.<sup>54)</sup> 국제적 경향은 “절대적 면제주의에서 제한적 면제주의 방향으로 이행하고 있다고 생각되며, 제한적 면제주의가 국제법의 기본적인 입장이라는 점은 의심의 여지가 없어 보인다.…… 우리나라의 제한적 면제주의의 입장 및 내용을 명확히 나타낼 필요성이 있으며, 이와 함께 UN에서 채택된 협약을 적극적으로 지지해 나가는 것이 바람직할 것이다.”<sup>55)</sup>

그렇다면, 불법유출된 국외문화재의 국내 반입시 압류면제를 허가하는 것도 국가면제 혹은 주권면제이론에 비추어 볼 필요가 있다. 그러나 절대적 면제론에 의하더라도 전시행위가 결코 공법상의 국가행위로 보기는 어려우며, 제한적 면제론에 의하더라도 국가가 사인의 지위에서 행하는 행위로 보기도 어려우므로, 주권면제이론으로도 설명이 곤란하다. 그리고 압류면제의 허용여부가 일반적으로 승인된 국제법규라는 근거도 희박하므로, 결국 압류면제가 허용되기 위해서는 우리나라와 점유국간에 이에 관하여 별도로 맺어지는 상호조약 혹은 다자간 조약에 근거할 수 밖에 없을 것이다.

53) 제1차 공청회에서 발제된 글에 의하면, 국제법적 근거로 유럽국가면제협약을 들고 있음에 근거한다.

54) 장 신, “판례로 본 국가면제의 형성”, 『연세법학연구』 제2권 제1호, 연세법학회(구 연세법학연구회), 1992.8, 683-684면 및 701-702면 참조;

55) 유형석, “국가면제의 제안에 관한 국제적 동향”, 『법학연구』 제34집, 한국법학회, 2009.5.23., 460면.



## V. 맺음말

국외문화재의 전시활성화를 위한 국내 반입 시 압류면제의 허용은 문화재가 ‘인류공동의 유산’이라고 볼 수도 있지만, ‘민족문화유산’이기도 하므로, 압류면제제도의 도입은 국민의 공감대적 가치를 법전화한 헌법적 근거가 명확하여야 한다. 문화국가원리와 반제국주의적 이념을 전제로 하고, 재산권을 보장하고 있는 우리 헌법 하에서는, 위헌성이 의심되는 약탈문화재에 대한 압류면제는 신중한 접근이 필요하다.

그럼에도 불구하고, 2018년 4월 12일에 제출된 박물관 및 미술관 진흥법 일부개정법률안(의안번호 13042)는 국외소재문화재의 압류면제의 요건으로서 ‘공익목적의 전시’만을 요구하고 있으며,<sup>56)</sup> 요건충족여부의 판단도 문화체육관광부 장관의 재량에 맡겨져 있다.<sup>57)</sup> 동 개정법률안이 입법된다면, 국외문화재의 국내 소개와 전시는 활발히 전개될 수 있지만, 불법적 약탈 등에 의하여 반출된 약탈문화재도 전시를 명목으로 무분별하게 국내외로의 이동이 가능해지고, 약탈문화재의 환수는 요원해질 가능성이 커진다.

그러므로 인류공동 유산으로서 가치가 높은 국외문화재의 국내 전시를 위한 압류면제는 대상 문화재의 반출경로를 면밀히 검토하여 결정하여야 할 것이다. 소극적으로는 불법·부당한 유출이 명백한 문화재나 소유권 분쟁 중인 문화재는

56) 박물관 및 미술관 진흥법 일부개정법률안 제23조의2 ① 문화체육관광부장관은 대한민국 국민에게 전시할 공익 목적으로 외국의 정부나 이에 준하는 단체 및 지방자치단체, 공공기관 및 박물관·미술관 등(이하 “외국의 정부 등”이라 한다)에서 대여한 자료들을 제16조에 따라 등록된 박물관·미술관에서 전시하는 경우 다음 각 호에 부합할 때에는 대여기간 동안 다른 법률에 우선하여 압류, 압수, 양도 및 유치(「문화재보호법」 제20조제1항에 따른 유치는 제외한다) 등(이하 “압류 등”이라 한다)을 금지할 수 있다. 다만, 기간은 정당한 사유가 없으면 2년을 넘을 수 없다. 1. 외국의 정부 등으로부터 대여받기 위한 전제 조건일 것 2. 공익목적의 전시일 것

57) 박물관 및 미술관 진흥법 일부개정법률안 제23조의2 ② 문화체육관광부장관은 제1항에 따라 전시하려는 자료부터 신청을 받아 압류 등으로부터의 보호를 결정하기에 앞서 관계 행정기관의 장에게 협조를 요청할 수 있으며, 전시 명칭, 전시 기간 및 장소, 외국의 정부 등으로부터 대여한 박물관·미술관 자료의 목록, 보호기간 등을 대통령령으로 정하는 바에 따라 고시하여야 한다.

압류면제에서 제외하여야 할 것이며, 적극적으로는 외교·통상 혹은 기증 등의 합법적 방법으로 반출된 문화재는 오히려 전시를 활성화하여야 할 것이다. 압류면제의 요건을 명확히 하여 압류면제가능 문화재 혹은 불가능 문화재를 목록화할 필요가 있으며, 절차적으로도 심의위원회의 심의와 문화재전문가들의 자문 등의 절차를 거칠 수 있도록 좀더 면밀한 설계가 요구된다.

### 참고문헌

- 김수갑, “문화재향유권의 범리에 관한 고찰-일본에서의 논의와 한국헌법상의 범리구성을 중심으로-”, 「법과 사회」 제23권, 한국법과사회이론학회, 2002, 227-260면.
- 김수갑, “한국헌법에서의 『문화국가』 조항의 법적 성격과 의의”, 「공법연구」 제32집 제3호, 한국공법학회, 2004, 179-197면.
- 김수갑, “문화국가를 위한 법체계 검토”, 「문화정책논총」 제18권, 한국문화관광연구원, 2007.2, 9-46면.
- 김재광, “문화국가원리에서 바라본 문화재 환수와 대어문화재의 한시적 압류면제”, 「외법논집」 제42권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2018.2.28., 493-516면.
- 김태식, “한일간 문화재 반환, 우리를 반추한다.”, 「일본공간」 제8권, 국민대학교 일본학연구소, 2010, 38-58면.
- 남궁승태, “헌법상의 문화국가와 문화재보호”, 「아태공법연구」 제3권, 아세아태평양공법학회, 1994.12, 53-90면.
- 류시조, “韓國 憲法上의 文化國家原理에 관한 研究”, 「헌법학연구」 제14권 제3호, 한국헌법학회, 2008, 299-324면.
- 박종현, “헌법상 문화국가원리의 구체화와 헌법재판소에서의 적용”, 「헌법학연구」 제21권 제3호, 한국헌법학회, 2015.9, 527-568면.
- 성봉근·추민희·박혜련·진정환, “해외 문화재 등의 국내 전시에 대한 법적 규제”, 「공법연구」 제46집 제1호, 한국공법학회, 2017.10. 295-332면.

- 송호영, “국제사법상 문화재의 기원국법주의(*lex originis*)에 관한 연구”, 「재산법연구」 제30권 제1호, 한국재산법학회, 2013.5, 79-109면.
- 오세탁, “문화재보호법연구-문화재향유권의 법리를 중심으로-”, 「공법연구」 제13권, 한국공법학회, 1985, 285-293면.
- 오승규, “전시활성화를 위한 한시적 압류면제에 대한 비교법적 고찰”, 「국외에 있는 우리 문화재 어떻게 활용할 것인가?(국외소재 우리 문화재의 효율적 활용을 위한 2차 토론회 자료집)», 2018.1.12., 9-39면.
- 유형석, “국가면제의 제안에 관한 국제적 동향”, 「법학연구」 제34집, 한국법학회, 2009.5.23., 443-463면.
- 이세주, “헌법상 문화국가원리에 대한 고찰”, 「세계헌법연구」 제21권 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 2015, 27-63면.
- 이종수, “문화기본권과 문화법제의 현황 및 과제”, 「공법연구」 제43집 제4호, 한국공법학회, 2015.6, 1-20면.
- 이주형·추민희, “국외 미술품의 전람회 활성화를 위한 미술품 압류금지법에 관한 연구- 공적 문화향유권과 사적 소유권의 경합을 중심으로-”, 「문화정책논총」 제26권 제2호, 한국문화관광연구원, 2012.6, 57-79면.
- 장 신, “판례로 본 국가면제의 형성”, 「연세법학연구」 제2권 제1호, 연세법학회(구 연세법학연구회), 1992.8, 683-702면.
- 정준호, “해외문화유산의 환수기능 강화방안 연구”, 「한국자치행정학보」 제27권 제1호, 한국자치행정학회, 2013.4, 359-379면.
- 제성호, “문화재(文化財) 불법이동(不法移動)의 국제법적(國際法的) 규제(規制)-약탈 문화재의 반환을 중심으로-”, 「법조」 제54권 제3호, 법조협회, 2005.3, 70-109면.
- 최용전, “약탈문화재의 압류면제에 관한 헌법적 검토”, 「국외에 있는 우리 문화재 어떻게 활용할 것인가?(국외소재 우리 문화재의 효율적 활용을 위한 2차 토론회 자료집)», 2018.1.12., 41-50면.
- 최태현, “국제법상 ‘면제’제도의 기본적 쟁점에 대한 분석”, 「국제법평론」 통권 제29호, 삼우사, 2009.4.30. 1-27면.

[Abstract]

## Constitutional Review about the Seizure Immunity of Looted Cultural properties

Choi, Yong-Jeon

*Daejin University Professor of Law*

Recently, a study was carried out to legislate the Immunity(exemption) of temporary seizure of Korean Cultural Heritage Overseas for the revitalization of the exhibition, and a bill to amend the “Museum and Art Gallery Support Act” was introduced to the National Assembly to institutionalize the seizure immunity(exemption) system.

The international position on the seizure immunity system has is also generally changing positively, and the 1972 European Convention on State Immunity and the 2004 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of State and Their Property have been concluded. And Many countries are participating in the Convention or engaging in multilateral treaty to promote the display of cultural properties.

The Constitution of Korea prescribes the principle of cultural state and guarantees the right of cultural equality as fundamental rights. However, the cultural right, the right for enjoyment of culture, and the right for enjoyment of cultural properties guaranteed by the Framework Act on Culture and the Cultural Heritage Protection Act can be interpreted as statutory rights of citizens and local residents rather than as fundamental rights in the Constitution. Therefore, the Immunity seizure for the domestic exhibition of Korean cultural heritage overseas can be seen as positive in terms of the principle of cultural state and guarantee of the people’s rights. However,

looted cultural properties taken out by illegal looting can be subject to restitution but can not be subject to immunity seizure. The immunity seizure system can make mistakes in acknowledging the ownership of the occupied state, and there is room for misapplication.

In order to revitalize domestic exhibitions of Korean cultural heritage overseas, it is possible to allow immunity of seizure in terms of ‘common heritage of mankind’, but it is possible to make clear the constitutional basis as ‘national cultural heritage’.

It is necessary to take a careful approach to immunity seizure of looted cultural properties which is supposed to be unconstitutional in Korean Constitution which presupposes the principle of cultural state and anti-imperialist ideals and guarantees property rights.

The immunity seizure shall be determined by carefully examining the route of export of the cultural heritage. Passively, cultural properties that are obviously illegal to flow out, or cultural property in dispute with ownership are excluded from immunity seizure, and cultural property exported by law such as diplomacy, trade, or donation should be exempted from seizure. In other words, it is necessary to clarify the requirements of the immunity seizure cultural properties, and to list the immunity seizure cultural properties. A more careful design is required in order to go through procedural steps such as deliberation by the deliberation committee and consultation of cultural property experts.

**Key words** : Immunity, Seizure, Cultural Property, Cultural State, Constitutional Law, Looting of Cultural properties, Korean Cultural Heritage Overseas, Cultural Heritage Protection Act, Museum and Art Gallery Support Act, the cultural right, the right for enjoyment of culture, the right for enjoyment of cultural properties