

〈특 집〉

동아시아지역의 문화재 보호 및 불법거래방지에 관한 법적 고찰

李根寬*

I. 서론

최근 문화재(cultural objects)의 불법거래방지가 세계적인 문제로 대두되고 있다. 또한 문화재의 불법거래가 심각한 국제범죄 중의 하나라는 인식이 확산되고 있다. 한 통계에 따르면, 매년 약 50,000점의 문화재가 도난 당하고 있으며, 이는 매일 약 140건의 문화재가 도난됨을 의미한다. 특히 문화재 도난의 주요 표적이 되고 있는 이탈리아의 경우 30분마다 한 점의 문화재가 도난당한다고 한다.¹⁾ 또한 근래의 통계에 의하면 매년 약 90억 스위스 프랑에 달하는 문화재가 불법 거래의 대상이 되고 있다.²⁾

이러한 사정은 한국을 비롯한 동아시아 지역의 경우에도 예외는 아니어서 문화재 도난, 밀수 및 훼손 사건이 자주 언론에 보도되고 있다. 경상북도 지방만 보더라도 1997년부터 2000년까지 국보와 보물 등 12건의 국가지정문화재가 도난·도굴·화재로 파손되거나 분실되었으며 지방문화재는 무려 33건이 훼손되었다. 이들 지정문화재의 경우는 그나마 나은 형편이고 비지정문화재의 도난 건수는 헤아리기 어려울 정도라고 한다.³⁾ 문화재 밀수의 경우에도 근래 들어 북한의 경제사정이 악화되면서 북한 문화재가 중국으로 밀반출되어 한국에서 유통되거

* 建國大學校 法科大學 副教授

1) Geroges A. L. Droz, "La convention d'UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés(Rome, 24 juin 1995), 86 *Revue critique de droit international privé*(1997), p.240; Pierre Lalive, "La Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés(du 24 juin 1995)," 7 *Revue suisse de droit international et de droit européen*(1997), pp.16-17.

2) Astrid Müller-Katzenburg, *Internationale Standards im Kulturgüterverkehr und ihre Bedeutung für das Sach- und Kollisionsrecht*(Berlin: Duncker & Humblot, 1996), p.56.

3) 주강현, "대한민국! 문화재를 파괴하는 나라", **신동아** 2001년 3월호.

나 일본으로 건너가기도 한다.⁴⁾ 아래에서 상세히 살펴보겠지만 최근 중국 문화재의 대량적인 반출 및 불법거래가 심각한 문제로 대두되고 있기도 하다.

이러한 문제의 심각성을 인식하여 국제사회는 규범적 및 비규범적 영역에서 각종의 노력을 전개해 오고 있다. 규범적 영역에서 행해지고 있는 노력의 대표적인 예로서는 문화재의 불법적인 거래의 방지를 위한 각종의 조약의 채택을 들 수 있다. 이들 조약에 대하여는 아래에서 살펴보겠지만, 이들 중 특히 1970년 문화재의 불법적인 반출입 및 소유권 양도의 금지와 예방수단에 관한 UNESCO 협약(Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, 이하 “1970 UNESCO 협약”)⁵⁾과 1995년 도난 또는 불법반출된 문화재에 관한 UNIDROIT 협약(UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, 이하 “UNIDROIT Convention”)⁶⁾이 문화재의 불법거래방지와 밀접한 관련을 맺고 있다. 문화재의 불법거래 방지 및 그를 통한 각국 문화유산의 보호를 위한 국제적 노력에는 국가들뿐만 아니라, UNESCO를 비롯한 국제기구, 다양한 NGO 및 민간부문 기구들(private-sector institutions)과 개인들이 동참하고 있다.

이 글에서 필자는 문화재의 불법거래방지의 문제를 주로 동아시아적 관점에서 논하고자 한다. 동아시아에서의 문화재의 불법거래방지가 다른 지역에서의 이 문제와 상당 부분 공통점을 지니고 있음은 두말할 필요도 없다. 필자는 먼저 다른

4) 이상수, “고미술품이 암흑가 채물인가”, **한겨레 21** 제257호(1999. 5). 한국 내에서의 문화재관련범죄의 현황 및 대책에 관하여는 다음의 문헌을 참조하시오. 신의기, **문화재범죄의 효율적 규제방안에 관한 연구**(서울: 한국형사정책연구원, 2001).

5) 1970년 11월 14일 채택, 1972년 4월 24일 발효(한국: 1983년 2월 14일 수락서 기탁, 1983년 5월 14일 발효). 이 협약에 대한 상세한 주석서로는 다음의 문헌이 있다. Patrick J. O’Keefe, *Commentary on the UNESCO 1970 Convention on Illicit Traffic* (Leicester: Institute of Art and Law, 2000).

6) 이 협약에 관하여는 이탈리아, 스위스 학자를 중심으로 다량의 연구문헌이 출판되었다. Lyndel V. Prott, *Biens culturels volés ou illicitement exportés: Commentaire relatif à la Convention d’UNIDROIT*(Paris: UNESCO, 2000); Droz, 위의 글(각주 1); Lalive, 위의 글(각주 1); Francesco Francioni, “La commerce illicite d’objets d’art et son contrôle: la convention d’UNIDROIT de 1995,” *Revue du marché unique européen* (1998), pp.71-80; Manlio Frigo, “La Convenzione dell’UNIDROIT sui beni culturali rubati o illecitamente esportati,” 32 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*(1996), pp.434-468; Frédéric-Edouard Klein, “En relisant la Convention UNIDROIT du 24 juin 1995 du les biens culturels volés ou illicitement exportés: Reflexions et suggestions,” *Revue du droit suisse*(1999), pp.263-285.

지역과 공통되는 문제 영역에 있어 동아시아의 현황이 어떠한지에 대하여 고찰을 행할 것이다. 이러한 고찰을 통하여 동아시아 지역에서 문화재 불법거래의 현황을 살펴보고 이러한 불법적인 거래가 활발하게 이루어지고 있는 원인에 대하여도 간략한 논의를 덧붙일 것이다.

필자는 더 나아가 동아시아지역의 (상대적으로) 독특한 문제들이라 여겨지는 것들 중 몇 가지 사항에 대하여도 논하고자 한다. 아래에서 좀더 자세히 살펴볼겠지만, 이 지역에서의 문화재에 관한 법적 담론은 아무래도 일본에 의한 주변국에의 침략 및 그로 인한 문화재의 파괴 및 반출이라는 역사적 사실과 밀접한 관련을 맺고 있다. 일본의 강압적인 식민통치로 인한 “불행한” 과거의 “청산”이 아직껏 달성되지 않고 있다는 점은 1965년 한·일 간에 체결된 문화재 및 문화협력에 관한 협정을 둘러싼 논란에서도 쉽게 알 수 있다. 또 하나의 문제점은 동아시아 지역은 다른 지역에 비하여 과거 역사의 도구적 활용 또는 악용 (instrumental (ab)use)이 활발하다는 점이다. 이러한 사실은 1980년대 초 이후 간헐적으로 발생하고 있는 역사교과서 문제가 잘 말해 주고 있다. 과거 역사의 독점적 전유 및 그를 통한 왜곡에 있어 곧잘 문화재가 활용되고 있다는 사실은 이 지역에서의 문화재의 보호 및 불법거래 방지의 중요성을 일층 부각시키고 있다.

주지하다시피 문화재에 대한 국제법적인 차원에서의 논의는 전시 또는 식민지 시기에 반출된 문화재의 원산국(state of origin)으로의 반환 및 문화재의 도난, 불법 반출 등을 통한 불법적인 거래의 방지라는 두 가지 문제를 주된 대상으로 하고 있다. 이 글에서는 주로 후자 즉, 문화재의 불법적인 거래 방지를 동아시아적 관점에서 다루고 있지만, 이들 두 문제 사이의 상당한 관련에 비추어 간단하게나마 전시 또는 식민지 시기를 통하여 반출된 문화재의 반환 문제를 고찰할 것이다.

이 논문은 여섯 장으로 구성되어 있는데, 서론(I)에 이어서 동아시아에서의 문화재보호에 관한 오늘날 논의의 역사적 배경을 살펴볼 것이며 특히 1965년의 문화재협정에 대한 상세한 논의를 행할 것이다(II). 다음으로 몇 개의 대표적 사건들을 논함으로써 문화재의 불법거래에 관한 현재의 상황을 기술할 것이다. 특히 이 절에서는 히가사(日笠)사건을 비교적 자세히 살펴볼 것인데, 왜냐하면 동아시아지역에서의 문화재 보호와 관련한 많은 문제들이 이 다채로운 이야기 속에 압축되어 있기 때문이다(III). 그 다음 장에서는 문화재 불법거래의 효과적인 방지를 위해 국제법과 국내법상 취할 수 있는 조치들 중 몇 가지를 관찰할 것이며(IV), 또한 비규범적 차원에서 취해질 조치들에 대해서도 논의를 행한 후(V).

결론을 제시할 것이다(VI).

II. 동아시아지역의 문화재 보호의 역사적 배경 — 1965년 한·일 문화재협정을 중심으로

1. 동아시아에서의 문화재에 관한 오늘날 논의의 역사적 배경

중국이 중심적인 위치를 차지했던 동아시아문명은 19세기 중엽까지 수천 년에 걸쳐 고도의 연속성을 누려왔다. 이러한 의미에서 이 문명이 새로운 보편성을 내세운 근대 유럽 문명에 의하여 19세기 중엽 이후 점차 대체된 사실은 세계사적인 의의를 가지는 사건이라 할 수 있다. 이러한 대체 과정에서 일본은 정치·경제·군사의 측면에서뿐만 아니라 문화적·언어적 측면에서도 중국을 대체하여 주도적 국가로서 부상하였다.

이 과정에서 일본은 중국에 대하여 군사적인 침략을 통하여 후자의 반(半)식민지적 예속성을 강화하였으며 한국에 대하여는 강점을 통하여 이를 완전한 예속 상태에 빠뜨렸다. 1945년 이후 시기 특히 현대화를 위해 야심찬 정책적 전환을 행한 1978년 이후의 시기에, 중국은 경제, 군사 그리고 정치 분야에서 주목할 만한 성과를 거두었다. 이에 따라 동아시아 지역을 포함한 국제적인 무대에서 중국은 자신의 목소리를 높여 가고 있는 중이다. 그 결과, 서구 열강들뿐만 아니라 일본과 같은 지역 내 국가와의 세력관계는 상당한 변화를 겪고 있는 중이다.

중국을 포함한 동아시아 지역에 대한 근대 유럽의 세력확장을 상징하는 남경조약이 체결된 1842년 이후의 동아시아에서의 역사전개(evolution)에 관해 간단히 살펴본 것은 이러한 역사의 전개 또는 변화가 이 지역 문화재의 운명에 대해 상당한 영향을 끼쳐왔다고 믿기 때문이다. 첫째, 의식적으로 또는 무의식적으로 동아시아인들이 받아들였던 유럽문명의 우수성은 동아시아인들로 하여금 자신의 문명, 특히 자신들의 문화재를 퇴보적이고 미개한 것으로 바라보도록 하였으며, 그 결과 이들의 보존은 가치가 없는 것으로 여겨졌다. 이러한 사실은 19세기 후반과 그 이후 동아시아 지역에서 전통문화재의 상당 부분의 파괴를 초래하였다. 예를 들면, 명치유신을 전후하여 일본의 전통적인 성곽들의 대부분이 파괴되었으며 그 결과 현재 과거의 모습을 그대로 보존하고 있는 성은 히메지성을 비롯하여 극히 소수에 불과한 실정이다. 일본의 경우, 메이지정부는 일찍이 1871년에 급속한 문화재파괴의 심각성을 깨닫고서 문화재보호를 규정하는 태정관포고(古器

旧物保存方)를 공포한 바 있다.⁷⁾

둘째, 압도적인 군사력을 보유한 서양 열강들은 이국적(exotic)인 옥구의 충족을 위해, “[반문명국 또는 비문명국의] 굴욕의 상징”으로서 또는 “야만에 대한 문명의 승리”를 과시하기 위하여 동아시아 문화재를 약탈하였다.⁸⁾ 이의 주요 예로서는 1860년의 북경에 소재한 원명원(圓明苑)에 대한 대대적인 약탈 또는 1866년 프랑스 해군에 의한 외규장각 도서의 소훼(燒燬) 및 반출을 들 수 있을 것이다.⁹⁾ 과거 유럽 국가들의 식민지였던 제3세계 국가들이 과거의 식민도국에 대하여 자신의 문화재의 반환을 줄기차게 요구하는 데는 이들 문화재가 제3세계 국가의 문화적 정체성의 형성에 중요한 역할을 한다는 적극적인 요인 이외에도 이들 문화재가 제3세계 국가에 대한 정복 및 우월감의 상징으로 기능한다는 소극적 요인도 결코 무시할 수 없다.

셋째, 다양한 정치적·상징적 목적을 위해 문화재를 공격하거나 또는 약탈하는 것이 “문명간(inter-civilizational) 관계” 즉, 동아시아 국가들과 유럽 또는 미국 사이에서만 행해진 것은 아니었다. 그것은 보다 더 가혹한 방법으로 “문명 내(intra-civilizational)”적 차원에서 즉, 일본, 중국과 한국 사이에서 답습되었다. 일본이 중국과 한국의 군사 점령 또는 식민지 기간 동안에 이들 국가에서 상당한 양의 문화재를 파괴하거나 약탈한 것은 분명한 사실이다. 1945년 중국 교육부가 설립한 한 위원회의 조사에 따르면, 적어도 3,607,074점의 귀중도서, 서예품, 그림과 다른 예술품들이 일본군에 의해 약탈당하였다.¹⁰⁾ 한국문화재청에서 조사한 통계에 의하면, 적어도 34,157점의 한국 기원(起源) 문화재가 식민지 시기를 전후하여 일본에 반출되어 지금 현재도 일본에 남아 있다. 이러한 통계가 외부적으로

7) 문화재에 관한 일본법제의 변천에 관하여는 다음의 문헌을 참조하시오. 中村賢二郎, **文化財保護制度概説**(東京: ぎょうせい, 1999), pp.13-28; 文化廳, **文化財保護法五十年史**(東京: ぎょうせい, 2001); 文化廳文化財保護法研究會, **文化財保護法改正のポイント Q&A**(東京: ぎょうせい, 1997). 일본의 문화재보호관계법령에 관하여는 다음의 문헌을 참조하시오. 文化廳文化財部(監修), **文化財保護關係法令集**(東京: ぎょうせい, 2001).

8) James Hevia, “Looting Beijing: 1860, 1900,” in Lydia H. Liu(ed.), *Tokens of Exchange: The Problem of Translation in Global Circulations*(Durham and London: Duke University Press, 1999), p.200.

9) 외규장각 도서에 관한 역사적, 국제법적 문제에 관한 상세한 논의로는 다음의 문헌을 참조하시오. 이태진, 백충현, **외규장각 도서: 무엇이 문제인가?**(서울: 규장각, 서울대출판부, 1999).

10) Cultural Heritage Watch, “What did China do on the Return of Displaced Cultural Properties during World War II?,” <www.culturalheritage.org/war/war001.html>

공개되어 있는 일본자료에 근거하여 작성된 점을 상기할 때 실제로 유출되어 일본에 현존하는 한국 문화재의 양은 훨씬 더 많을 것으로 짐작된다.

서론에서도 언급한 바와 같이 동아시아 지역에서의 문화재 문제를 논하면서 전시 또는 식민지 시기에 유출된 문화재의 반환 문제를 지나치는 것은 거의 불가능하다. 위에서도 언급한 바와 같이 또한 이 문제는 이 지역에서의 문화재의 불법적인 거래와 일정한 연관을 맺고 있기도 하다. 이러한 이유로 전시 또는 식민지 시기에 반출된 동아시아 문화재의 반환 문제를 특히 1965년 협정을 중심으로 간략하게나마 고찰한 후 불법적인 거래에 관한 논의를 계속하도록 하겠다.

2. 1965년 한·일 문화재 협정에 대한 고찰

주지하다시피 1965년 한·일 간의 국교정상화와 관련하여 기본관계조약 및 4개의 협정이 체결되었다. 이들 협정 중의 하나가 문화재 및 문화 협력에 관한 협정이며 이 문서에는 부속서 및 합의의사록이 포함되어 있다. 이 협정의 내용을 고찰하고 그에 대한 평가를 행하기에 앞서 먼저 이 협정이 1965년 6월 22일에 채택되기까지의 협상 과정에 대하여 간략히 살펴보도록 하자.

(1) 문화재 협정의 체결 경위

19세기말부터 1945년에 이르는 시기에 한국 및 중국으로부터 다량의 문화재가 일본으로 유출되었다는 점은 의문의 여지가 없다. 일본 대장성(지금의 재무성) 관리국이 1950년에 발행한 『일본인의 해외활동에 관한 역사적 조사(日本人の海外活動についての歴史的調査)』라는 책자의 조선편 제3분책을 보더라도 조선을 병탄할 때, 조선총독부가 대한제국 정부, 궁내부, 한국통감으로부터 약 11만 책에 이르는 도서를 인계받았다고 기록하고 있다. 이들 책자 중에 일본으로 유출된 것이 있음은 물론이다. 예를 들어 조선왕조실록 완질(完帙)이 동경대학교 도서관에 소장되어 있다가 1923년 동경대지진 때 대부분 불타버리고 극히 일부만 남아있다.¹¹⁾ 통감부가 설치된 후 일본의 관민에 의한 고분의 남굴 등으로 인하여 그 수를 정확하게 파악하기 어려울 정도의 다량의 문화재가 일본으로 반출되었다.¹²⁾

11) 高崎宗司, “日韓會談における文化財返還交渉について”, 朝鮮史研究會論文集 제23권 (1986), pp.36-37.

12) 대한민국정부, **대한민국과 일본국 간의 조약 및 협정 해설**(서울: 광명인쇄공사, 1965), p.108.

1945년 8월 일본의 패망과 더불어 한국에서는 이들 문화재에 대한 반환 요구가 제기되었다. 대한민국 정부 수립 이전의 시기에 이미 진단학회를 중심으로 하여 일본의 공립·사립의 도서관·박물관·미술관에 소장되어 있는 한반도 기원의 문화재를 조사·반환하라는 요구가 연합국 최고사령부(GHQ)를 통하여 제출되었다.¹³⁾ 1949년 3월 15일 한국의 대일배상조사심의회가 공개한 『대일배상요구조서』에는 지금(地金), 지은(地銀) 이외에도 서적 212종류, 미술품 및 골동품 837종이 포함되어 있었다.¹⁴⁾

1952년 2월에 시작하여 1965년 6월에 종료된 한·일 국교정상화 회담 기간을 통하여 문화재 반환 문제는 재산권 및 청구권 분과위원회의 틀 내에서 논의되었다. 이 기간 중 양국 간에 첨예한 의견 대립의 대상되었던 이른바 3대 현안은 청구권·어업·재일한국인의 법적 지위 등의 문제로서 문화재 반환 문제의 비중이 상당히 낮았던 점은 부인하기 어려울 것이다. 협상의 종결 과정을 보더라도 3대 현안에 대한 양국 간의 합의가 이루어진 후, 그 동안 문화재 소위원회 및 전문가 회의의 틀 내에서 행하여진 논의조차 무시한 채 서둘러 문화재 협정을 채택하기에 이르렀다.¹⁵⁾ 한 가지 언급할 점은 문화재협정이 체결·발효되기 이전 시점인 1958년 4월에 경남 창녕고분군 출토 유물 106점이 한국으로 반환되었다는 사실이다.

협상 과정에서 양측은 팽팽한 대립을 보였는데 특히 문화재 반출의 적법성 여부에 대하여 양국 간에 첨예한 논쟁이 전개되었다. 한국측은 이들 문화재의 반출이 불법이며 또한 문화재를 그 원산국으로 반환한다는 원칙이 국제적으로 승인되었다고 주장한 데 반하여, 일본은 당시 이들 문화재는 적법한 방식으로 취득·반출되었으며 이들 문화재의 한국으로의 반환을 강제할 어떠한 국제법규도 존재하지 않는다고 반박하였다.¹⁶⁾ 문화재 협정이 체결·발효한 후에 일본 정부가 발행한 해설 책자는 이 점에 대하여 다음과 같이 주장하고 있다.

13) 李弘植, **한 史家の 流薰**(서울: 통문관, 1972), p.82. 高崎, 위의 글(각주 11), p.38에서 재인용.

14) **동아일보**(1949. 3. 26). 高崎(각주 11), p.38에서 재인용. 문화재반환에 관한 회담의 경과에 관하여는 다음의 문헌을 참조하시오. 대한민국정부(각주 12), pp.109-118.

15) 高崎, 위의 글(각주 11), pp.45-46; 高崎宗司, **檢證 日韓會談**(동경: 岩波書店, 1996), p.169.

16) 高崎, 위의 글(각주 11), pp.41-44; 대한민국정부(각주 12), p.110.

우리나라[일본]가 소유하고 있는 한국에서 유래하는 문화재는 모두가 정당한 수단에 의하여 입수되어 한국으로 반환할 의무가 없지만, 한국 국민이 그 역사적 문화재에 대하여 갖는 깊은 관심 및 한국동란에 의하여 그 문화재의 다수가 산실되어 버린 사정 등에 비추어 문화협력의 일환으로서 부속서에 기재된 우리나라 소유의 문화재를 한국에 기증하게 된 것이다.

결국 양국의 입장을 적당히 절충하는 선에서 협정이 채택되었는데 협정 제2조에서는 반출의 불법성을 전제로 하는 “반환”이나 적법성을 전제로 하는 “증여”가 아닌 “인도(引き渡す)”라는 용어가 채택되었다. 일본에 의한 식민통치의 불법성 여부의 문제가 기본관계조약이나 청구권협정에서 명쾌히 해결되지 않은 것과 마찬가지로 문화재의 반출의 적법성 여부 역시 양국 간 정치·외교적인 절충의 대상이 되고 말았던 것이다.

(2) 협정의 내용 및 평가

문화재 협정은 간략한 전문, 본문 4개조 및 부속서로 이루어져 있다. 제4조는 비준에 관련된 최종조항적 성격을 띠고 있으며, 제1조는 양국 정부에 대하여 “양국 국민 간의 문화관계를 증진시키기 위하여 가능한 한 협력”할 대단히 추상적·일반적 의무를 규정하고 있는 데 불과하다. 제3조의 경우 양국의 “미술관, 박물관, 도서관 및 기타 학술문화에 관한 시설이 보유하는 문화재에 대하여 타방국의 국민에게 연구의 기회를 부여하기 위하여 가능한 한의 편의를 제공”할 의무를 부여하고 있다. 이는 양국이 보유하고 있는 문화재에 대한 양국의 접근을 원활하게 한다는 구체적 사항에 대한 규정이지만, 그 규범적 밀도가 대단히 낮은 사실을 부인하기 어려울 것이다.

결국 이 협정에 있어 중핵적인 조항은 “일본국 정부는 부속서에 열거한 문화재를 양국 정부간에 합의되는 절차에 따라 본 협정 발생 후 6개월 이내에 대한민국 정부에 인도한다”라고 규정하고 있는 제2조이다. 부속서에는 “인도”의 대상이 되는 총 1,326점에 달하는 문화재 품목(1962년 2월, 한국측은 환수대상 문화재 목록을 일본 측에 제시하여 총 4,479점의 반환을 요구했었다)이 (1) 도자기, 고고자료 및 석조미술품, (2) 도서, (3) 체신관계 품목으로 구분되어 규정되어 있다. 동 협정은 기본관계조약 및 여타 협정과 마찬가지로 1965년 12월 18일 발효하였으며, 협정 제2조의 규정에 따라 이들 문화재는 1966년 5월 27일에 “인도”되었다.

다만 이들 문화재는 원칙적으로 국유문화재로서 사유에 속하는 문화재에 대하여는 협정과 불가분의 일체를 이루는 합의의사록에 다음과 같이 규정되어 있다.¹⁷⁾

한국측 대표는, 일본 국민의 사유로서 한국에 연유하는 문화재가 한국에 기증되도록 희망한다는 뜻을 전달하였다. 일본 측 대표는 일본 국민이 소유하는 이러한 문화재를 자발적으로 한국에 기증함은 한 일 양국 간의 문화협력의 증진에 기여하게도 될 것임으로, 정부로서는 이를 권장할 것이라고 말하였다.

이들 규정의 해석과 관련하여 한국 정부의 입장은 합의의사록이 일본 정부에 대하여 적극적인 의무를 부과하고 있다고 해석하는 데 반하여, 일본 정부는 일본 국민이 자발적 기증을 하는 것을 허락한다는 지극히 소극적인 의미에 불과하며 이들 기증과 관련하여 일본 정부가 보상금의 지급 등 어떠한 구체적인 조치를 취할 의무를 부담하는 것이 아니라고 보고 있다.¹⁸⁾

1965년 문화재협정 및 합의의사록의 발효 이후 합의의사록에 기재된 사항의 이행에 대하여는 상당 기간 별다른 논의가 없다가 1982년부터 현재까지 6차에 걸쳐 양국 간에 개최된 한·일문화교류실무자회의에서 한국측이 이의 이행을 요구하였다. 이에 대한 일본 측의 반응은 예상대로 대단히 소극적이었으며¹⁹⁾ 일본 국민의 사유에 속하는 문화재로서 한국측에 자발적으로 반환 또는 기증된 예는 매우 드물고 이 또한 일본 정부의 권장에 의한 것이라고 보기는 어려운 실정이다.

결국 1965년의 문화재협정은 한·일 국교정상화 회담의 틀 내에서 체결된 다른 조약 및 협정이 그러하듯이, 허다한 국제법적 문제들을 정면으로 해결하기보다는 정치적·외교적 절충에 의하여 봉합한 데 불과하였다.²⁰⁾ 그로 인하여 일본 내에 소재하는 한국 기원 문화재의 반환과 관련하여 아직까지도 적잖은 논란의 여지를 남기고 있는 것이다. 결국 이 협정은 협정 당시에 파악할 수 있었던 일부 문화재에 한하여 반환문제를 다루고 있을 뿐 여타의 문화재에 대한 일본 측의

17) 谷田 正躬·辰巳 信夫·武智 敏夫(編), **日韓條約と國內法の解説** (東京: 大藏省印刷局, 1966), p.92.

18) 같은 글, p.95.

19) 김형만, “한일간 문화재반환의 국제법적 문제”, 이장희(편저), **한일간의 국제법적 현안 문제**(서울: 도서출판 아사연, 1998), p.176 n. 66.

20) 같은 글, pp.169-175.

반환의무에 대하여 명확한 근거를 마련하지 못하고 있다. 다만 이러한 협정상의 불비(不備)가 미반환 문화재에 대한 포기를 의미하는 것으로 해석되어서는 곤란할 것이다. 전시 또는 식민지 시기에 반출된 문화재의 반환에 관하여 아직까지 상당한 논란이 있는 것은 사실이지만, 그럼에도 불구하고 1965년의 협정 체결 이후에 이 문제와 관련하여 국제법상 주목할만한 변화가 발생하였음에 주의하여야 할 것이다. 특히 1970년대 이후 과거 식민모국으로부터 식민지였던 국가로의 문화재 반환의 실행이 빈발하였다.²¹⁾ 이러한 사태 발전은 문화재 반환에 대단히 소극적이며 문화국제주의(cultural internationalism)의 주창자이기도 한 학자로 하여금 다음과 같은 언명을 행하게 하고 있다.

UNESCO 및 최근 들어서는 유럽평의회(Council of Europe)의 틀 내에 문화재의 반환에 대한 법적 의무의 성립 여부에 관계 없이 이를 자발적으로 기원국으로 반환하는 경향이 증대하고 있다.²²⁾

한·일 간에 1965년 조약 및 협정을 재론하거나 개정하는 데 현실적으로 상당한 어려움이 존재함을 상기할 때, 1991년부터 개시된 북한과 일본 간의 수교협상에서 문화재 반환 문제가 좀더 심층적으로 다루어질 것을 기대할 수도 있을 것이다. 2002년 9월 17일 채택된 북·일 정상 평양선언은 제2항에 “쌍방은 재일 조선인들의 지위문제와 문화재문제에 대하여 국교정상화회담에서 성실히 협의하기로 하였다”는 규정을 두고 있다. 북한의 핵개발 문제로 인하여 난항을 겪고 있는 국교정상화회담이 재개될 경우 문화재반환과 관련하여 어떠한 결론에 도달할 것인지 주목된다. 다만, 북한과 일본 간의 국교정상화가 한·일 간의 국교정상화와 유사한 방식 및 내용으로 진행될 가능성이 높은 점²³⁾ 그리고 아무래도 협상

21) 이들 구체적 사례에 관하여는 다음의 문헌을 참조하시오. Jeanette Greenfield, *The Return of Cultural Treasures*, 2nd ed.(Cambridge: Cambridge University Press, 1996), pp.261-295; 배재식·백충현·이상면, “한·일간의 법적 제문제 — 1965년 제조약의 시행상의 문제점”, 서울대학교 法學 제35권 제1호(1995), pp.41-43; 백충현, “해외유출·불법 반출문화재 반환의 국제법적 규제”, 서울대학교 法學 제30권 제3·4호(1989), pp.37-64; 백충현, “해외유출문화재 반환 및 불법 반출의 국제법적 규제”, 법조 제369호(1989), pp.3-37.

22) John Henry Merryman, “Thinking About the Elgin Marbles,” 83 *Michigan Law Review*(1985), p.1893.

23) “한반도/북·일 관계정상화 방식 한·일과 비슷”, *한겨레*(2002. 9. 24).

의 중점이 청구권 및 경제협력방식에 두어지고 있는 점 등에 비추어 볼 때,²⁴⁾ 문화재반환과 관련해서도 1965년 협정에 비하여 큰 진전을 달성하지 못할 가능성도 배제할 수 없는 실정이다.

3. 소결

일제강점기 동안 일본으로 반출된 문화재의 반환과 관련하여 한·일협정 및 합의의사록은 상당히 애매한 형태의 절충을 시도하고 있다. 또한 협정 체결 이후의 한국의 실행을 보더라도 문화재반환과 관련하여 소극적인 태도를 취해 왔다고 볼 수 있다. 이러한 사정에 비추어볼 때 이 협정에 기초하여 반출문화재의 반환청구를 제기하는 데는 적잖은 어려움이 존재하는 것도 사실이다. 그럼에도 불구하고 합의의사록상의 일본정부의 “권장”의 약속을 적극적으로 해석할 경우, 협정 및 합의의사록에 기초하여 반환 요구를 행하는 선택지가 봉쇄되어 있다고는 보기 어렵다. 위에서 지적한 바대로 협정의 체결 이후의 국제법 및 국제실행상의 주목할만한 변화도 고려하여 할 것이다.

한 가지 더 언급할 점은 일본소재문화재의 반환청구와 관련하여 중요한 의의를 갖는 자료가 최근 발굴되었다는 것이다. 문화재의 국제적 보호문제의 전문가인 일본 학자의 연구결과에 의하면, 1945년 로버츠 위원회(Roberts Commission, 정식명칭: American Commission for the Protection and Salvage of Artistic and Historic Monuments in Europe)가 작성한 “극동 지역에서의 골동품, 예술품, 서적, 문서 및 기타 문화재의 반환에 관한 원칙(Principles for the Restitution of Antiquities, Works of Art, Books, Archives and Other Cultural Property in the Far East)” 제3조는 다음과 같이 규정하고 있다.

1894년 이후 불평등조약 하에서 그리고 극동지역에 대한 일본의 점령 기간 중 일본이 탈취한 모든 문화재는 강박 하에서 양도된 것으로 봐야 하며 따라서 이들 문화재는 약탈물로서 개별적인 반환청구 또는 소송의 대상이 된다.²⁵⁾

24) 高崎宗司, “日朝交渉と日韓會談”, 姜尙中·水野直樹·李鍾元(編), 日朝交渉: 課題と展望(東京: 岩波書店, 2003), pp.140-141.

25) 원문은 다음과 같다. “All cultural property taken by Japan under unequal treaties, since 1894, and during the periods of Japanese occupation of Far Eastern territories shall be deemed to have been transferred under duress and accordingly treated as looted property, subject to specific claims or open to adjudication.” Toshiyuki Kono,

전후 극동지역에서의 문화재반환 문제의 처리가 이 원칙대로 이루어진 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 이러한 자료는 전쟁 직후 미국을 비롯한 연합국이 일본의 식민지로부터 반출된 문화재에 대하여 어떠한 법적 견해를 가지고 있는지에 대하여 중요한 정보를 제공하고 있다. 물론 이 자료는 1965년 협정의 협상과정에서 인용된 적이 없다. 1965년 협정 및 합의의사록에 기초하여 문화재의 반환청구를 제기하는 경우, 이와 같은 새롭게 발굴된 자료를 적극적으로 활용하여야 할 것이다.

Ⅲ. 동아시아에서의 문화재 불법거래의 현황

지금까지 동아시아 지역의 문화재 문제를 논의할 때 빠뜨릴 수 없는 사항인 전시 또는 식민지 시기에 반출된 문화재의 반환에 대하여 간략한 논의를 행하였다. 이제부터는 이 지역에 있어서의 문화재의 불법적인 거래에 관하여 살펴보도록 하겠다. 먼저 동아시아 지역에서 문화재의 불법적인 거래가 창궐하게 된 경제적·사회적 배경에 대하여 고찰을 행한 후, 문화재의 불법적인 유통 실태에 대하여 분석을 행할 것이다.

1. 문화재의 불법적 거래의 경제적·사회적 배경

1945년 이후 시기, 특히 1970년대 이후 군사 및 경제 강국으로서 중국의 재등장 및 한국의 급속한 경제적 성장은 동아시아에서의 문화재에 관한 논의에도 심대한 영향을 끼치고 있다. 첫째, 중국 및 한국에서의 빠른 경제발전은 현존하는 문화재에 대하여 심각한 위협을 야기하고 있다. 도시로의 급속한 인구유입 및 그로 인한 택지 개발, 방대한 사회기반시설과 공장 건설 등의 자본투자 계획은 이 지역의 문화재의 물리적 보존에 큰 위협이 되고 있다.²⁶⁾

둘째, 급속한 경제성장을 통하여 상당한 부를 달성한 많은 기업가 및 개인들은

“Return of Cultural Property Displaced during Occupation and/or Armed Conflict: A Japanese Point of View,” *Return of Cultural Property and the Fight Against Its Illicit Trafficking*(문화재 반환 촉진 및 불법거래 방지 국제전문가회의(서울, 2002. 9. 30- 10. 2) 발표논문집), p.22 n. 32.

26) J. David Murphy, *Plunder and Preservation: Cultural Property Law and Practice in the People's Republic of China*(Hong Kong, Oxford and New York: Oxford University Press, 1995), pp.50-52.

이 지역에서 유래하는 문화재의 구입에 대하여 많은 관심을 보이고 있으며 이들 문화재의 주요 수요자가 되었다. 이들 문화재에 대한 수요의 급격한 증가는 공급을 창출하기 위하여 이 지역 문화재에 대한 대량적인 도굴 및 밀거래를 초래하였다. 이러한 현상은 특히 중국에서 심각한데, 밀거래를 위한 대량적인 도굴로 인하여 “유적지의 파괴, 문화재 파괴행위(vandalism), 학문적 자료의 멸실, 유물의 맥락(context)으로부터의 유리(遊離), 부패를 비롯한 각종의 범죄행위”가 행해지고 있다.²⁷⁾

셋째, 근래 들어 중국 및 한국은 민족 또는 국가의 정체성 형성에 있어서 문화재가 행하는 적극적인 역할을 깊이 인식하기 시작했으며 아울러 자국 문화재의 대량적인 해외반출 또는 약탈에 의해 깊은 상처를 입은 공동체적 차원의 자존심 회복에 많은 관심을 보이고 있다. 이를 위하여 중국 및 한국은 해외에 소재하는 자국 기원 문화재의 회수에 높은 관심을 보이고 있다. 일례로 중국과 한국은 근래 들어 자국 기원 문화재가 거래되는 국제시장에 매우 적극적으로 참여하고 있다.²⁸⁾ 전세계적인 차원에서 활발히 전개되고 있는 이른바 세계화(globalization)에도 불구하고 이들 국가에서는 집단적·민족적 정체성의 정립이라는 변증법적·대위법적 현상이 강력하게 전개되고 있는 것이다.

2. 동아시아에서의 문화재 불법거래의 현황

(1) 도굴, 절도 그리고 밀수로 인한 동아시아 문화재의 위기

중국이나 한국에서 문화재에 대한 위협이 거의 재난의 수준에 달하고 있다는 점은 널리 인정되고 있다. 한국의 경우, 일본의 식민지배기간 동안 분묘 등에 대하여 철저한 발굴 및 발굴품의 대량 반출이 행해졌으며, 또한 1945년 이후 문화재에 대한 상업적 또는 물질주의적 관심이 고조됨에 따라 매장문화재가 사실상 고갈되기에 이르렀다. 20세기 전 기간에 걸쳐 상당히 많은 도굴꾼들이 활동하였는데, 이들의 숫자는 1980년대에는 대략 30,000-50,000명 정도로 추산되었으며, 1990년대 후반 들어서 약 1,000명 정도로 급격히 감소하였다.²⁹⁾ 불법 도굴꾼수의

27) 같은 글, p.54.

28) *New York Times*, “For \$8.6 Million, Christie's Sells a Rare Korean Dragon”(2 November 1996); *New York Times*, “State Bidder Buys Relics for China”(3 May 2000).

29) **한겨레** 21(2000년 10월 3일).

급격한 감소는 효과적인 법집행에 기인하는 것이 아니라, 발굴할만한 가치가 있는 문화재의 대부분이 이미 도굴되었다는 비극적 사실에서 그 원인을 찾을 수 있다. 신라와 가야 왕조의 문화재가 풍부한 경상도 지방의 고대 무덤 중 단지 2-3퍼센트만이 불법 도굴꾼들의 약탈과 파괴행위를 면했다고 한다.³⁰⁾ 이러한 상황으로 인하여 문화재 절도범들은 그들의 탐욕스런 관심을 다른 취약한 지역으로 돌리고 있는데 전통적인 사찰이 그 대표적인 예다. 이들 사찰들은 대개 인적이 드문 곳에 위치하고 있으며 첨단보안시스템이 잘 갖춰져 있지 않다. 한국 최대의 불교종파인 조계종의 총무원은 창궐하고 있는 불교유물의 절도에 위기를 느끼고서 1999년 “불교문화재 도난 백서”를 발간하였다. 이 백서에는 1984년부터 1999년 6월까지 도둑맞은 문화재가 453점이나 수록되어 있다.³¹⁾

우리의 논의와 관련하여 중요한 사실은, 불법적으로 도굴되거나 절취된 문화재들이 높은 가격을 받을 수 있는 시장이 해외에 존재하기 때문에 이들 행위가 만연하다는 점이다. 물질적으로 풍요로워진 많은 한국인들이 한국문화공예품의 암거래시장에서 주요 고객이 된 것도 사실이다. 그러나 도굴꾼이나 절도범들의 체포에 관한 신문기사를 보면 대부분의 경우 범죄자들이 해외, 특히 일본에 그런 물건들을 밀반출하려고 시도했거나 이에 성공한 것을 알 수 있다.³²⁾ 여전히 해외 시장은 한국에서 불법적으로 발굴되거나 절취된 문화재의 수요의 원천인 것이다.

문제의 심각성을 증명하기 위해서는 한두 가지 사례를 인용하는 것으로 충분할 것이다. 최근 양쯔강 중류지역의 삼협(三峽)댐 건설과정에서 유례없는 도굴이 자행되고 있다는 보도가 있었다. 한(漢) 시대에 제작된 4피트 크기의 청동 솟대가 1998년 3월 말 뉴욕의 국제아시아예술품박람회(International Asian Art Fair)에서 이때까지의 중국 예술품 중에서는 최고가에 경매되었는데, 이것은 댐 건설지역에 위치한 한 도시로부터 도굴되어 반출된 것으로 추정되고 있다.³³⁾ 또한 뉴욕 타임즈의 보도에 따르면, 일본 교토의 근교에 소재한 미호(Miho) 박물관의 소장품 중에 47.5인치 크기의 불상이 있는데, 이것은 1994년 7월 4일 밤 중국의 산둥(山東) 지방의 한 도시에서 절취된 문화재로 판명되었다. 이 사건을 취재한 기자에 따르면, 절도와 문화재의 반출은 “만연하고 있는 국제적 문제”이며, “문화

30) 박유리, “문화재 유통실태와 해외문화재 반환문제”, **민족예술**(2000. 5), www.kpaf.org.

31) 같은 글.

32) **한겨레**(1998년 7월 28일); **주간한국**(1998년 8월 5일); **주간동아**(2000년 4월 27일).

33) S.P.M. Harrington, “Plundering the Three Gorges,” <www.archaeology.org/online/news/china.html>

재에 대한 절도 및 도굴의 경우, 사원과 박물관의 경비가 허술할 뿐만 아니라 아직껏 발굴되지 않은 분묘와 기타의 고고학적 유적이 다수 존재하는 중국에서 가장 많이 발생하고 있다.”³⁴⁾ 비록 이 사건은 관련 박물관이 절취된 불상의 반환을 중국에 약속함으로써 좋은 결말에 이르렀지만,³⁵⁾ 중국 문화재에 대한 강력한 국제적 수요 및 중국 내에서 문화재에 대해 미흡한 보호 및 관리로 인하여 인류역사상 가장 오래되고 유명한 문명 중 하나인 중국의 문화유산이 심각한 위협에 처해 있다는 사실은 여전히 남아있다.

이와 같은 예들을 무수히 존재한다. 문화재의 절취 및 도굴 문제의 심각성은 그 동안 문화영역에 있어서의 문제가 존재한다는 사실을 인정하는 데 소극적이었던 중국 정부도 이제 공식적으로 인정하고 있는 바이다. 1987년 문화재의 도굴 및 밀수에 관한 국무원 통고(國務院關於打擊盜掘和走私文物活動的通告)는 그 전문(前文)에서 다음과 같이 문제의 심각성을 밝히고 있다.

최근 문화재의 밀수, 고분묘 및 옛 유적을 도굴하는 범죄행위가 전국 각지에서 자주 발생했으며, 이로 인하여 많은 문화재들이 절취되어 해외로 밀반출되었다. 이것은 우리 국가의 문화유산을 심각하게 파괴할 뿐만 아니라 건전한 사회기풍을 타락시키고 사회주의적 물질문명 및 정신문명의 건설에도 위해를 가하고 있다.³⁶⁾

1987년 국무원통고의 이행에 관한 문화부 고시가 위 통고가 채택된 지 4일 만에 공포되었는데, 그 전문에서 문화재의 도굴 및 절도에 국제적 성격이 존재함을 다음과 같이 지적하고 있다.

문화재의 밀수가 점차 조직화·국제화됨에 따라 중국 내에서 문화재가 대량적으로 절취되어 해외로 밀반출되고 있다. 중국으로부터 밀반출된 문화재들이 홍콩 및 마카오의 시장에 넘쳐나기에 이르렀고 일본, 미국, 영국뿐만 아니라 대만도 홍콩 및 마카오에 문화재 전문상들을 파견하고 있다. 이들은 홍콩 및 마

34) Erik Eckholm, “Stolen Chinese Relics A Showpiece in Japan?; Archaeologists See an Epidemic of Theft,” *New York Times*(20 April 2000).

35) Calvin Sims, “Japanese Agree A Stolen Statue Will Be Sent to China,” *New York Times*(18 April 2001).

36) Murphy, 위의 글(각주26), pp.68-69.

카오에 상주하면서 이들 문화재의 구입에 열을 올리고 있는데 이 과정에서 문화재의 가격이 치솟기도 한다. 문화재의 밀수는 고분묘 및 옛 유적에 대한 불법적인 도굴이 창궐하는 것을 조장하고 있다.³⁷⁾

통고 및 고시에 규정된 강력한 형사적 및 기타 조치가 불법적 도굴 및 밀수라는 만연한 문제를 해결하는 데 그리 효과적이지 못한 것으로 보인다. 1991년에 채택된 고분묘 도굴범죄에 대한 엄격한 단속에 관한 공안부, 국가문물국 의견(公安部, 國家文物局關於嚴厲打擊盜掘古墓葬犯罪活動的意見)에 따르면 “한동안 잠잠했던 고분묘에 대한 도굴 행위가 최근 들어 다시금 급속히 확산되고 있다”고 한다. 이 의견은 또한 “도굴로 인한 피해의 정도가 건국 이후 가장 심각하며, 역사상 유례를 찾기 어려울 정도”임을 밝히고 있다.³⁸⁾

이제까지 불법적인 도굴 및 밀수가 동아시아 지역에 만연하고 있으며 중국 및 한국의 문화재에 대한 국제시장, 특히 일본시장의 존재가 도굴 및 밀수 문제의 만연에 큰 기여를 하고 있음을 살펴보았다. 이제 동아시아 지역에 존재하는 문화재 관련 문제의 국제적인 성격 및 문화재의 불법적인 거래 방지가 식민지 시기 반출 문화재의 반환이라는 문제와 밀접한 관련을 맺고 있음을 생생하게 보여 주고 있는 히가사 사건에 대하여 고찰하도록 하자.

(2) 히가사 컬렉션 사건³⁹⁾

히가사 켄이치(日笠健一)는 중국과 한국 도자기의 주요 수집가 중 한 사람이었다. 1990년 3월 11일 오후 일본 고베에 있는 히가사의 집에 한국인 2명이 침입하여 히가사의 부인의 손발을 묶고서 고려청자 6점과 조선백자 3점을 훔쳤다. 다음날, 범인 중 1명인 김수홍은 부산행 비행기를 탔고, 김수홍은 이들 도자기를 싸구려인 것처럼 위장하였기 때문에 아무런 문제 없이 세관을 통과하였다. 국내로 밀반입한 도자기 중 4점은 전문골동품상을 통하여 1점당 1억원씩 받기로 하고 일부 선금을 받고 넘겨 주었다. 이들이 강취한 골동품 중 5점은 국내의 어느 박물관도 소장하고 있지 않은 명품으로 판명되었다.⁴⁰⁾

37) 고시의 내용에 관하여는 다음의 문헌을 참조하시오. 新中國文物法規選編(北京: 文物出版社, 1987), pp.327-331.

38) Murphy, 위의 글(각주 26), p.69.

39) 아래 이야기는 관련 시기 한국의 신문 기사를 통해 구성한 것이다. 기사내용은 <www.kinds.or.kr> 참조.

이 사건이 발생하자 일본 경찰은 고베시에 수사본부를 설치하였으며 일본 언론들도 이 사건을 대대적으로 보도하였다. 김수홍은 1989년 9월 피해자의 자택을 방문해서 도자기를 촬영한 일이 있는데, 피해자 히가사의 신고를 받은 일본 경찰이 김수홍의 신원을 확인하고 부산시경에 수사공조를 요청함에 따라, 김은 1990년 4월 6일 체포되었다. 김수홍은 문화재보호법위반으로 전과가 8번이나 있는 골동품상이었다.⁴⁰⁾ 그는 범행 일체를 자백하면서도 “우리나라 골동품을 되돌려 받아야 한다는 민족적 울분까지 느껴 10여 년간 끈질기게 히가사를 설득했으나 성과가 없어 이를 흠뻑했다”고 주장하면서 자신의 행위가 정당함을 강변하였다.

이 문제가 한국과 일본 사이에 외교적 분쟁으로 비화될 것을 염려한 히가사는 1990년 4월 10일 한국에서의 기자회견을 통하여, 합법적인 절차를 거쳐 도자기들을 회수한 후에 이를 한국정부에 기증하겠다고 약속하였다. 그러나 이 약속은 실현되지 않았다.

이 문제에 관해 양국 정부 간에 미묘한 외교적 긴장이 조성된 후인 1990년 7월 13일 부산지방법원 형사부는 김수홍에게 징역 3년을 선고하고, 형사소송법 제 333조를 원용하면서 절취한 물건을 소유자에게 반환하도록 판결하였다. 이에 김수홍은 항소하였다. 그러는 동안 히가사는 한국정부에 도자기를 기증하기로 한 약속을 뒤집고, 도자기 회수를 위해 8월 30일 법원에 가환부신청을 하였으며 법원은 이 신청을 받아들였다. 도자기를 임시로 보관하고 있었던 부산시립 박물관은 도자기의 반환에 대하여 문화재청에 문의한 결과 문화재청은 반출을 허가하였고, 얼마 후 도자기들은 일본으로 반환되었다. 일부 한국의 학자들과 전문가들은 문화재청에 대해 무원칙한 외교적 타협을 하면서 한국의 문화재 관련 법령을 위반했다고 비판하였다.

이 사건은 1990년 11월 2일 부산고등법원이 김수홍을 집행유예로 석방할 것을 판결하면서 새로운 국면을 맞게 되었다. 법원은 김이 “빼앗긴 문화재를 되찾아야 한다는 의협심으로 저지른 정상을 참작”하여 집행유예를 선고하였다. 이 극적인 이야기는 여기서 끝나지 않았다. 히가사는 반환 받은 도자기를 고베의 자택으로 가져갔는데 이들 도자기는 1995년에 발생한 고베 지역의 대지진으로 인해 모두 회복이 불가능할 정도로 파손되고 말았다. 만약 히가사가 한국 정부에 기증하기로 한 그의 약속을 지켰더라면, 이들 도자기들이 비극적인 결말은 피할 수 있었

40) 조선일보(1990. 4. 7).

41) 한국일보(1990. 4. 7).

우리라는 사실은 매우 아이러니컬하다 할 것이다.

지금까지만 하더라도 매우 극적인 히가사 이야기는 계속된다. 1996년 11월 히가사는 한국인으로 추정되는 두 남자에 의해 또다시 강도를 당하였다. 이번에는 강탈 행위의 규모가 컸다. 일본언론에 의하면 9백만엔 정도의 가치로 추정되는 한국의 도자기 54점이 도난당하였다. 히가사는 다시 한국검찰청에 강도에 대한 철저한 조사를 해줄 것을 요청하는 청원서를 보냈다. 1997년 9월, 한국언론에 의하면 범인들은 절취 후 즉시 도자기들을 중국으로 반출했으며, 그것들을 팔기 위해서 동경과 서울에서 골동품상들과 접촉하고 있는 것으로 알려졌다. 한국의 일부 거래상들이 이 물건들에 대해 깊은 관심을 보였지만, 도자기를 둘러싼 불분명한 법률관계 때문에 구매는 포기하였다. 또한 히가사의 대리인이 1997년 5월과 8월에 북경을 방문하여 17종의 소유권을 다시 취득했다는 보도가 있었다. 그는 이들 도자기를 한국으로 역수입하여, 도난 문화재목록에서 이들 도자기들을 삭제할 것을 희망한다고 한국의 문화재청에 통보한 후 그것들을 한국인들에게 팔았다.

지금까지 동아시아의 문화재와 관련한 많은 중요한 문제들이 이 이야기 속에 함축되어 있기 때문에 히가사 사건을 상세히 다루었다. 우선, 식민지 점령기간 동안 반출된 문화재의 반환 내지 회복의 문제가 이 사건의 배경을 이룬다. 1990년 히가사 소유의 도자기를 절취한 김수홍은 그의 범죄행위는 비록 폭력에 의해서지만 국가의 문화재를 회복시키려는 적법한 행위라며 정당화시키고자 하였다. 심지어 그는 한국도자기들을 정당한 소유주, 즉 한국인들에게 반환하도록 히가사를 설득시키는 데 실패한 이후에야 범죄를 행했다고 주장하였다.⁴²⁾ 어떤 면에서는 단순한 강도사건이 언론을 비롯한 시민사회의 깊은 관심을 끌었으며, 문화재와 관련하여 동아시아 국가들이 직면하고 있는 복잡한 문제점들을 보여주는 이야기로 발전되어 갔다.

범죄에 대한 김수홍의 민족주의적인 변론은 한국사회 일부의 반향을 불러일으켰다. 도자기들을 취하는 데 있어 사용한 폭력적 수단은 비판하면서도, 일부 한국인들은 불법으로 해외 유출된, 특히 일본 식민지 기간동안(1910-1945) 유출된 한국문화재를 회복하려 했다는 동기에 대하여는 공감을 표시하였다. 일부 한국인들에게 김수홍은 한국문화재의 반환에 비협조적인 일본에 대해 한국인들의 불쾌감을 표출한 애국자 또는 로빈 훗과 같은 의적(義賊)으로 비춰졌다.⁴³⁾ 김수홍을

42) 국민일보(1990년 4월 7일).

43) 조선일보(1990년 4월 8일).

집행유예로 석방할 것을 판결하면서, 고등법원은 “의협심”과 도난품이 주인에게 반환된 사실을 언급하였다.⁴⁴⁾ 양국 정부 간에 문화재반환에 관한 협정이 1965년에 체결되었음에도 불구하고, 이 사건은 반환 또는 회복의 문제가 적어도 한국사회의 일부시각에서 볼 때는 아직은 결코 끝나지 않았음을 잘 보여준다고 하겠다.

둘째, 이 이야기는 동아시아에서 문화재 관련 문제가 국제적 또는 초국경간 성격임을 조명한다. 1990년의 첫 번째 사건에서, 히가사 집에서 불법으로 취득한 물건들이 아무런 어려움 없이 한국으로 수입되었다. 두 번째 이야기(1996-1997)에서, 문제의 문화재가 일본, 중국 그리고 한국으로 자유롭게 이동했던 것으로 보인다. 따라서 문화재의 이동에 관한 한 마치 이들 국가들 사이의 국경이 없는 것과 마찬가지였던 것이다.

셋째, 이 이야기는 문화재 보호에 관한 법의 이행, 특히 관련 조약의 준수에 있어서 중국, 일본 그리고 한국 사이에 상당한 비대칭성이 있음을 지적한다. 첫 번째 강도행위가 발생한 1990년에 조사와 행정을 담당했던 공무원에 의하면, (1) 양국 간에 사법공조 협정이 체결되지 않았고, (2) 일본이 1970년 UNESCO 협약의 당사국이 아니기 때문에 한국은 일본으로 그 도자기들을 반환할 법적 의무가 없다는 것이었다. 또한 관련 법령들에 의하면, 비록 도자기들이 도난품으로 밝혀졌다고 할지라도, 문화부장관의 허가 없이는 한국영토 밖으로 가져나갈 수 없다고도 주장되었다.⁴⁵⁾ 일본의 1970년 UNESCO 협약에 대한 비준 기여는 두 번째 이야기(1996-1997)에서도 언급되고 있다.⁴⁶⁾

3. 소결

동아시아지역에 존재하는 문화재들은 중국 및 한국의 급속한 경제적 성장, 북한 경제의 급격한 악화 등의 요인으로 인하여 큰 위기에 직면하고 있다. 급격한 개발로 인하여 문화재의 물리적 보존에 큰 문제가 발생하는가 하면, 상업적 동기에 의한 도굴이 광범위하게 자행되고 있다. 또한, 이 지역에 초국경적으로 존재하는 문화재의 불법거래 시장은 문화재의 보호에 중대한 위협을 가하고 있다. 여기에 더하여 한국, 중국, 일본 간에는 전시 및 식민지 시기 유출 문화재의 반환이 미해결로 남아 있어 더욱 문제를 복잡하게 하고 있다. 다음 장에서는 이러한 현

44) **조선일보**(1990년 11월 3일).

45) **중앙일보**(1990년 4월 10일).

46) **한국일보**(1997년 9월 30일).

상을 타개하기 위하여 먼저 법적 영역에서 취할 수 있는 조치들에 대하여 논의를 행한 다음, 법적 영역 이외에서 취해야 할 조치에 대하여도 알아보도록 한다.

IV. 동아시아 지역에서의 문화재의 불법거래 방지를 위한 대책(1) — 범영역에서 취해질 조치들

이전 장에서, 한 지역에서 문화재의 초국경간 불법거래에 대한 현재 상황에 대해 논의하였다. 이 논의는 문제가 국제적 또는 초국경적 성격을 가짐에도 불구하고, 협력을 위한 지역적인 메카니즘이 결핍되어 있음을 부각시켜 주고 있다. 이번 장에서는 불법거래를 효과적으로 방지하기 위한 국제법적, 국내법적 차원에서 취해져야 할 조치들에 대해 논할 것이다.

1. 문화재보호관련법령상 국제협력의 기초 마련

중국, 일본 그리고 한국은 모두 문화재 보호에 관한 법률을 가지고 있다. 세 국가 중에서, 일본은 가장 먼저 문화재 보호에 관한 법령들을 공포했다. 메이지 유신이 있는 지 단지 3년 후인 1871년에 이미 일본은 문화재보호에 관한 법령을 내놓았다. 1888년에는 국가보물조사를 위한 임시사무국(臨時全國寶物取調局)을 설립하였고 이 조사를 통하여 1895년 나라제국박물관(Nara Imperial Museum) 그리고 1897년 동경제국박물관(Tokyo Imperial Museum)을 개관하게 되었다. 2차 세계대전이 끝나는 시기까지 다양한 법령들이 제정되었는데, 국보보존법(1929)이 정부에 의해 제정되었다. 1945년 이후 이 분야의 가장 중요한 법률은 1950년 문화재보호법이었는데, 이 법은 오늘날 일본문화재보호에 관한 기본법으로서 유지되고 있다.⁴⁷⁾ 이 법에 의하면, 각종의 문화재는 유형문화재, 무형문화재, 민속문화재, 기념물, 전통적 건조물군(建造物群) 등으로 분류되어 보호를 받는다. 이채로운 점은 보호의 대상을 유형문화재에 국한하지 않고 무형문화재에까지 확장하고 있는 점이다. 문화재 보호와 관련이 있는 법률로서 또한 1961년에 제정된 고도에 있어서 역사적 풍토의 보존에 관한 특별조치법(古都における歴史的風土の保存に關する特別措置法)을 들 수 있다. 교토, 나라, 카마쿠라 등 고도의 역사적 분위기를 보존하기 위하여 일정한 구역이나 지구 내에서 건축행위에 대하여 신고

47) 中村, 위의 글(각주 7), pp.13-28.

제 또는 허가제의 실시를 내용으로 하고 있는데 현재 이들 도시 이외에 총 9곳이 고도로 지정되어 있다.

한국에서는 일제강점기인 1933년 조선보물고적명승천연기념물보존령이라는 제목의 제령(制令) 제6호가 채택되었다. 이 보존령은 1962년 1월 10일 문화재보호법이 법률 제961호로 제정·시행될 때까지 한국에서의 문화재보호에 관한 기본적인 법이었다. 1962년에 제정된 문화재보호법은 일본의 문화재보호법의 강력한 영향 하에 있었다. 이 법은 그 후 빈번한 개정을 거쳐 오늘에 이르고 있는데, 이 법에서 문화재는 유형문화재, 무형문화재, 기념물, 민속자료 등으로 분류되고 있다.

중국의 경우, 1930년 6월 고대물건 보존법, 그리고 1930년 7월 고대물건 보존법의 이행을 위한 세부법령이 알려진 가장 오래된 입법이다. 1949년 이후 중국(중화인민공화국)은 많은 법률, 지침서, 규칙들을 제정하였다. 예를 들어 집권 후 즉시, 정치국 위원회는 귀중한 예술품, 그림과 도서의 반출을 금지하는 임시조치와 고대문화유적지와 고대무덤, 그리고 매장지의 조사와 발굴에 관한 임시조치를 1950년 5월 24일에 공포하였다. 1961년 문화재 보호와 관리에 관한 임시조치가 근간이 되어 오늘날 중국의 문화재보호에 관한 기본법이라 할 수 있는 1982년 문화재보호법(中華人民共和國文物保護法)이 제정되었다.⁴⁸⁾ 이 법은 1991년 6월 29일 일부 조항이 수정되었는데, 2002년 10월 28일에 이르러 대폭적인 수정·보완을 거친 신법이 채택되었다.⁴⁹⁾

신법은 그 동안의 중국 사회에 있어서의 문화재보호의 중요성에 관한 인식의 성장, 중국 법제도의 발전 및 사회주의 시장경제의 확립 등의 변화를 반영하고 있으며 여러 면에서 주목을 요한다. 우선 1991년법이 총 33개조에 불과한 데 반하여 신법은 모두 80개의 조항으로 이루어져 있다.⁵⁰⁾ 문화재가 재생이 불가능한 문화자원(不可再生的文化資源)임을 밝히고 있으며(제11조), 문화재를 부동산문화재(不可移動文物), 동산문화재(可移動文物)로 분류하여 상세한 규정을 두고 있다. 중국의 급속한 발전과 더불어 건축 및 토목 공사가 급증하고 있는 현실에 비추어 특히 전자에 대하여 상세한 규정을 두고 있다(제2장). 1970년대 말 이후 시장

48) Murphy, 위의 글(각주 26), pp.81-85.

49) 이 법의 시행령이라 할 수 있는 中華人民共和國文物保護法實施條例(中華人民共和國國務院令第377號)가 2003년 5월 18일 공포되어, 같은 해 7월 1일부터 시행되었다.

50) 신법의 편제는 대체로 구법과 유사하여 다음과 같은 장으로 이루어져 있다. 제1장(總則), 제2장(不可移動文物), 제3장(考古發掘), 제4장(館藏文物), 제5장(民間收藏文物), 제6장(文物出境進境), 제7장(法律責任) 및 제8장(附則).

경제가 급속히 성장한 현실을 고려하여 사인 간의 문화재 거래를 허용하고 있으며 이를 위하여 문화재거래상(文物商店) 및 경매기업(拍賣企業)에 대하여 규율하고 있다(제5장). 과연 신법이 중국에서의 문화재보호와 관련하여 어떠한 효과를 초래할 것인지에 대하여 관심이 모아지고 있다.

지면의 제한으로 인해, 중국, 일본 그리고 한국에서의 문화재보호에 관한 국내 입법에 대해서 상세한 논의를 할 수는 없다. 이 글에서는 먼저 문화재보호관계 법령상 국제협력의 기초 및 근거를 마련할 필요성에 대하여 언급한 다음, 민법상의 선의취득제도의 정비에 대하여 논하도록 한다.

동아시아지역에서는 국제적 또는 초국경간 문화재 관련 범죄가 점점 더 증가함에도 불구하고, 이들 국가 내에서의 문화재보호 법률과 규정들은 국내적으로 또는 지역적으로 제한된 모습을 보여주고 있다. 동산문화재의 국제적 거래와 관련하여 주로 자국의 중요문화재의 반출만을 다루고 있다. 문화재의 불법거래 억제를 위한 국제적 또는 지역적 협력에 대해서는 별다른 주의를 기울이지 않고 있다. 이와 관련하여 최근 일본에서 주목할만한 변화가 발생하였다. 일본은 문화재의 불법적인 반출입 및 소유권 양도의 금지와 예방수단에 관한 UNESCO협약에의 가입을 미루고 있다가 2002년에야 가입하였다. 이 협약의 발효와 더불어 이 협약의 “적확한 실시를 확보하기 위하여”⁵¹⁾ 2개의 법률을 새로이 제정하였다. 이들 법률 중의 하나인 문화재의 불법적인 수출입 등의 규제 등에 관한 법률 제4조는 1970년 UNESCO협약 제7조(나)(1)⁵²⁾상의 의무의 국내적 실시를 규정하고 있다. 동 법률 제3조에 의하면, 협약 제7조(나)(1)에 규정된 시설에 소장된 문화재가 도난당했다는 통지를 외국으로부터 받는 경우 이 문화재는 “특정외국문화재”로 지정된다. 특정외국문화재는 같은 법률 제4조에 의하여 외국환 및 외국무역법(外國爲替及び外國貿易法) 제52조의 규정에 따른 수입승인의 대상이 되어 사실상 수입이 불가능하게 된다. 이러한 규정을 둠으로써 그 동안 도난 또는 불법반출된 문화재의 수입규제에 소극적이라는 비판을 받았던 일본의 법제에 상당한 개선이 이루어졌다고 볼 수 있다. 그러나 박물관 등이 소장품의 도난 사실을

51) 문화재의 불법적인 수출입 등의 규제 등에 관한 법률(文化財の不法な輸出入等の規制等に關する法律) 제1조.

52) 이 조항은 다음과 같이 규정하고 있다. “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.”

발견하는 데 시간이 걸리기도 하며, 이러한 도난 사실이 정부 당국에 보고되어 외국 정부에 통보되기까지 시일이 소요된다. 또한 정부 간의 통보 체계가 제대로 정비되어 있지 않는 경우도 많다. 이러한 점에 비추어볼 때 외무대신이 접수한 외국 정부의 통보에 기초하여 문부과학대신이 특정외국문화재로 지정한 것에 대해서만 수입규제를 행하는 것이 과연 도난 또는 불법반출된 문화재의 수입규제 및 불법적인 거래 방지에 실효적일지는 의문이다.

중국의 경우 2002년 문화재보호법 제6장이 4개조의 규정을 두어 문화재의 반출입에 대하여 규율하고 있다. 이들 조항들은 그러나 국유문화재 기타 귀중 문화재의 국외반출에 관한 규정들이며 문화재의 불법적인 반입의 방지에 대하여는 별다른 규정이 없는 실정이다.

한국의 문화재보호법은 문화재보호를 위한 국제협력에 대해 상대적으로 열려 있다. 문화재보호법 제2조(“정의”)는 “문화재”를 “인위적·자연적으로 형성된 국가적·민족적·세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적·경관적 가치가 큰 것”으로 정의한다(밑줄 첨가).⁵³⁾ 특히 1983년 2월 14일 1970년 UNESCO협약에 대한 수탁서 기탁에 앞서 1982년 12월 31일 문화재보호법을 개정하여 “외국문화재의 보호”라는 표제를 가진 제78조를 신설하였다. 이 점에서 본다면 한국은 일본, 중국에 비하여 이른 시기에 도난 또는 불법반출된 문화재의 반입규제를 위한 법적 조치를 취하고 있었던 셈이다.

동조 제1항은 “인류의 문화유산을 보존하고 국가 간의 우의를 증진하기 위하여 대한민국이 加入한 문화재보호에 관한 국제조약에 가입된 외국의 법령에 의하여 문화재로 지정·보호되는 문화재(이하 “외국문화재”라 한다)는 조약과 이 법이 정하는 바에 의하여 보호되어야 한다”라고 규정하고 있다. 또한 외국문화재가 불법반출된 것으로 인정할만한 상당한 이유가 있는 때에는 그 문화재를 유지

53) 일본의 문화재보호법 제1조는 “이 법률은 문화재를 보존하고 또한 그 활용을 도모함에 의하여 국민의 문화적 향상에 기여함과 더불어 세계문화의 진보에 공헌함을 목적으로 한다”고 규정하여 문화재보호의 초(超)일본적·세계적 함의에 대하여 언급하고 있다. 그러나 문화재에 대한 정의(定義)조항이나 기타 규정에서 유사한 언급이나 표현을 찾기 어렵다.

중국의 문화재보호법은 제1조에 “문화재에 대한 보호를 강화하여 중화민족의 우수한 문화유산을 계승하고, 과학연구작업을 촉진하며, 애국주의와 혁명전통교육을 진척시키고, 사회주의 정신문명 및 물질문명을 건설하기 위하여, 헌법에 의거하여 본법을 제정한다”고 규정하여 민족주의적 색채를 강하게 드러내고 있다. 따라서 이 법에서 문화재보호에 관한 국제협력주의적 언급을 찾아보기 힘든 것은 놀라운 일이 아니다.

할 수 있으며(제3항), 이렇게 유치한 외국문화재를 박물관 등에 보관관리하며(제4항), 문화재청장의 외국으로부터 불법반출된 문화재의 반환을 위한 필요한 조치 의무(제6항)를 규정하고 있다.

한국의 문화재보호법 제78조와 관련하여 주의할 점은 동조 제2항의 규정이 1999년 1월 29일의 개정을 통하여 삭제되었다는 것이다. 제2항은 “외국문화재를 국내에 반입(수입을 포함한다. 이하 같다)하고자 하는 자는 그 문화재의 반출국에서 적법하게 반출되었음을 증명하는 서류를 첨부하여 문화공보부장관에게 신고하여야 한다”고 규정하고 있었다. 2002년의 일본법과는 달리 반입하고자 하는 모든 문화재에 대하여 반출국으로부터 적법하게 반출되었음을 증명하는 서류의 제출이 필요하였던 것이다. 1999년 1월 이 규정은 “비효율적인 각종 행정규제를 폐지 또는 정비”한다는 명목 하에 삭제되었다. 이에 따라 외국으로부터 도난 또는 불법 반출된 문화재의 반입규제에 대한 법적 근거의 대부분이 사라진 셈이다. 이러한 입법적 공백은 1970년 UNESCO협약의 국내적 이행의무와 관련하여 상당한 문제를 야기하고 있는데, 국회 차원의 검토를 통하여 시급히 시정되어야 할 것이다.

2. 민법상 선의취득제도의 정비

도난 또는 불법반출된 문화재의 불법거래방지와 관련하여 민법상의 선의취득 원칙(즉, 판매자의 權原(title)에 대한 어떠한 흠결도 알지 못하고서 구입한 경우, 심지어 그것이 도난품일지라도, 취득자는 특정기간 후에 정당한 권원(good title)을 취득할 수 있다)⁵⁴⁾이 상당한 장애물로 작용하기도 한다.

주지하다시피, 영미법계(commom law system)의 국가의 경우, “누구도 자신이 보유하지 않는 것을 양도할 수 없다”(nemo dat quod non habet) 또는 “누구도 자신이 가진 것 이상의 권리를 타인에게 양도할 수 없다”(nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet) 등의 규칙이 적용되어, 도난당한 물건에 대하여 선의취득자에게 보상을 지급함이 없이 반환을 청구할 수 있다.

이에 반하여 대륙법계의 국내법은 국가별로 차이가 있기는 하지만, 대체로 도난 당한 물건의 선의취득자에 대하여 영미법계보다 강한 보호를 부여하고 있다. 독일법의 경우 선의취득자가 10년간 평온하게 보유하면 도난당한 물건에 대한 소유권을 시효취득하게 된다. 프랑스법과 스위스법은 대체로 유사한데 각각 3년,

54) Patrick J. O'Keefe, *Trade in Antiquities: Reducing Destruction and Theft*(Paris: UNESCO, 1997), p.41.

5년 간 도난당한 물건에 대한 반환청구를 허용하고 있다. 그리고 일정한 요건(시장, 공개적인 경매 또는 전문적인 상인으로부터 구매된 경우)이 충족되는 경우, 선의취득자에 대하여 보상을 지급하도록 하고 있다. 만약 위에서 규정한 기간이 도과한 경우에는 선의취득자는 완전한 소유자로서 보호를 받는다. 또한 이탈리아 국내법에 따르면 선의취득자는 선의취득과 동시에 완전한 보호를 받게 된다.⁵⁵⁾

문화재를 절취한 자가 이러한 각국 국내법상의 차이를 악용할 경우, 합법적인 방식으로 도난 문화재를 “세탁”할 수 있다는 데 문제점이 있다. Winkworth v. Christie 사건이 그 대표적인 예일 것이다. 이 사건에서 문제의 문화재는 영국에서 절취되어 이탈리아로 반출된 다음 그곳에서 양도된 후 새로운 소유권자에 의하여 다시 영국으로 반입되어 경매에 부쳐졌다. 이러한 사안과 관련하여 영국법원은 국제사법상의 규칙을 다소 기계적으로 적용하여 당해 문화재의 소유권양도가 발생하였던 이탈리아법을 적용하였고 그 결과 당해 물건의 도난사실을 몰랐던 매수인은 선의취득자로 간주되어 매수와 동시에 당해 문화재에 대한 완전한 소유권을 획득하였던 것이다.⁵⁶⁾

이처럼 각국 국내법상의 차이를 이용한 도난문화재의 “세탁”이 합법적으로 가능하다면 문화재 도난의 방지라는 목표는 달성하기 어려워질 것이다. 이 문제점을 해결하기 위하여 채택된 것이 바로 1995년 UNIDROIT협약인 것이다. 이 협약의 제3조 제1항은 “도난 당한 문화재의 점유인은 이를 반환하여야 한다”라고 규정하고 있는데, 협약 제3조는 영미법계와 대륙법계의 관련 법규를 절충·조화(rapprochement)시키고 있는 것으로 평가되고 있다.

이 조항의 채택과정에서의 논의를 좀더 살펴보자. 당해 조항의 채택에 이르는 과정에서 두 가지의 방안을 두고 논의가 행하여졌다. 첫 번째 방안은 도난 당한 문화재의 절대적인 반환의무(une obligation absolue de restituer un bien culturel vole)를 규정하는 것이었고, 두 번째 방안은 도난 당한 문화재를 구입한 자가 매수시 신중한 조사를 행한 경우 당해 문화재의 소유권을 취득하도록 하는 것이었다. 이 중 첫 번째 방안이 정부전문가위원회 제3차 회합에서 채택되었고, 1995년 협약 제3조 제1항으로 규정되기에 이르렀다.⁵⁷⁾

도난 문화재의 절대적인 또는 무조건적인 반환의무(une obligation incondition-

55) Droz, 위의 글(각주 1), p.242.

56) 같은 글, p.243.

57) Prott, 위의 글(각주 6), p.55.

nelle de restituer les biens culturels vofes)⁵⁸⁾가 채택된 이유는 첫째 이 방안만이 문화재의 불법적인 거래를 억제할 수 있는 현실적인 접근방법이라는 것이다. 또한 대체불가능한 독특한 가치를 가진 문화재를 상실한 경우 금전지급 기타 어떠한 방법으로도 그 손실을 상쇄할 수 없으며 오직 당해 문화재의 반환만이 유일한 해결책이라는 점 역시 고려되었다.⁵⁹⁾ 결국 고도의 가치를 가진 문화재를 일반적인 상품과 동일시할 수 없다는 인식이 주효한 것이다.⁶⁰⁾

도난 문화재의 절대적 반환의무를 규정하고 있다는 점에서 1995년 협약은 영미법을 따랐지만,⁶¹⁾ 제4조에서 선의취득자에 대하여 일정한 보상을 지급하도록 하고 있다는 점에서 대륙법(특히, 프랑스법 및 스위스법)적 원리를 반영하고 있다고 볼 것이다. 결국 1995년 협약 제3조는 영미법과 대륙법의 중간적인 방식(un mécanisme intermédiaire)을 채택하고 있는 것이다.⁶²⁾

이와 같이 문화재의 불법적인 거래방지에 있어 중요한 의의를 갖는 선의취득에 관하여 한국, 중국 및 일본의 국내법은 어떻게 규정하고 있는지를 살펴보자. 먼저 일본민법은 제192조 내지 194조에서 선의취득(일본민법은 이를 “즉시취득”이라 부르고 있다)에 대하여 규정하고 있으며, 한국 민법의 관련 규정(제249-251조)은 이와 대체로 유사하다. 다만, 일본민법의 경우 즉시취득을 스위스 민법과 유사하게 점유권의 장애 규정하고 있는 데 반하여, 한국 민법의 경우 선의취득은 독일 민법과 마찬가지로 소유권의 장애 실려 있다.⁶³⁾

58) Francioni, 위의 글(각주 6), p.78.

59) Prott, 위의 글(각주 6), p.55.

60) Francioni, 위의 글(각주 6), p.78.

61) 다만 주의할 점은 1995년 협약에 있어서도 도난문화재의 회복청구소송을 제기할 수 있는 기간에 제한을 두고 있다는 것이다. 협약 제3조 제3항에 따르면 “회복에 관한 어떠한 청구이든 청구인이 당해 문화재의 소재 및 점유인의 신원을 안 때로부터 3년의 기간 내에 제기되어야 하며, 어떠한 경우이든 도난 시로부터 50년의 기간 내에 제기되어야 한다.” 그러나 “확인된 기념물 내지 고고학적 유적의 불가분의 일부를 구성하는 문화재 또는 공공수집품에 속하는 문화재의 회복에 관한 청구는 당해 청구인이 문화재의 소재와 점유인의 신원을 안 때로부터 3년이라는 기간” 내에 소를 제기해야 한다는 규정 이외의 제한은 원칙적으로 받지 않는다.

62) Droz, 위의 글(각주 1), p.248.

63) 선의취득제도에 관한 비교법적인 논의에 관하여는 다음의 문헌을 참조하시오. 我妻榮(著)·有泉亨(補訂), **物權法**(東京: 岩波書店, 1983), pp.210-213; 梁慧星(主編), **中國物權法研究(上)**(北京: 法律出版社, 1998), pp.476-487; 野村好弘, “文化財の越境移動と善意取得 — 文化財の國際保護に關するUNIDROIT草案の檢討 —”, **明治學院大學 法律科學研究所年報** 제11호(1995), pp.39-40.

중국의 경우, 아직까지 통일적·체계적인 민법전이 채택되지 않은 상태에서 이에 대한 논의 및 기초작업이 활발하게 진행되고 있다.⁶⁴⁾ 민법전이 채택되지 않았다 하여 선의취득에 관한 학설 및 판례가 정립되지 않았다는 것은 결코 아니다. 중국민법학계의 선도적인 학자가 책임편집(主編)을 맡은 교과서에 따르면, 중국의 사법실무 및 민법이론은 종래부터 선의취득제도를 승인하고 있었다.⁶⁵⁾ 또한 사회주의 시장경제의 발전과 더불어 이 제도의 중요성도 증대될 것이라 보고 있다. 또한 중국의 물권법채택을 위한 학자들의 2건의 건의서에도 이 원칙과 관련된 규정들을 포함되어 있다.⁶⁶⁾

일본의 경우, 민법 제192조는 선의취득자에 의한 동산소유권의 즉시취득을 규정하고 있다. 이 원칙은 도난품 또는 유실물의 특별한 경우에 관해 규정하고 있는 제193조와 제194조에 의해 제한을 받는다. 제193조는 도난 또는 유실일로부터 2년 이내에 도난품 또는 유실물의 반환을 주장할 수 있는 권리를 규정하고 있다. 제194조는 경매, 시장에서, 또는 전문상인으로부터 선의로 물건을 취득한 경우에 후취득자가 실제 지불한 가격을 지불함으로써 도난 또는 유실된 물건의 반환을 주장할 수 있는 원소유자의 권리를 규정하고 있다. 한국 민법의 규정들은 거의 일본 민법과 동일하다. 중국학자들의 건의서의 규정 내용 역시 한국 및 일본 민법과 유사한데 다만 도품 및 유실물의 경우 그 반환청구기간을 1년으로 제한하고 있는 점이 다르다. 두 건의서 모두 “선의취득”이라는 용어를 사용하고 있으며 또한 이 제도는 한국 민법과 마찬가지로 소유권의 장애 규정되어 있다.

선의취득원칙은 대부분의 국내법 체제 하에서 일반적으로 인정되는데, 이 원칙의 주요 목적은 민사와 상사거래에서의 거래의 안전과 신속을 확보하는 것이다.⁶⁷⁾ 그러나 위에서도 살펴본 바와 같이 문화재의 불법거래방지를 위한 노력을 심각하게 훼손시킬 우려가 있다. 동아시아 3국 중에서 중국은 이미 1995년

64) 중국민법전의 제정에 관한 상세한 논의로는 다음을 참조하시오. 劉士國, “中國民法典의制定について — 草案建議稿を中心に”, **北大法學論集** 제53권 제4호(2002), pp.1107-1124.

65) 梁慧星, 위의 글(각주 63) p.475. 다만, 중국의 사법실무에 있어 선의취득의 적용범위가 매우 협소하고 또한 입법상으로도 체계적인 규정이 결핍되어 있어 물권법에 체계적인 조항을 둘 필요성이 지적되고 있다. 王利明(編), **中國物權法草案建議稿及說明**(北京: 中國法制出版社, 2001), pp.233.

66) 梁慧星(편), **中國物權法草案建議稿: 條文, 說明, 理由與參考立法例**(北京: 社會科學文獻出版社, 2000), pp.363-371; 王利明, 위의 글(각주 65), pp.233-239.

67) 이영준, **物權法(전정판)**(서울: 박영사, 1996), pp.257-259.

UNIDROIT 협약에 가입하였다. 따라서 문화재거래와 관련해서는 이 협약 상의 규정의 적용을 받을 것이다. 이 협약에 아직 가입하지 않고 있는 한국과 일본의 경우 문화재의 불법적인 거래를 위하여 민법상의 선의취득의 원칙을 제한 적용할 필요성이 강력하게 제기되고 있다. 일본의 경우 이러한 필요성을 인정하여 2002년에 제정한 문화재의 불법적인 수출입 등의 규제 등에 관한 법률에 제6조(특정외국문화재에 관한 선의취득의 특칙)⁶⁸⁾를 두고 있다. 이 조항은 일본 민법 제193조에 대한 특칙으로서 도난 당한 외국문화재의 경우 도난 당한 때로부터 10년의 기간 내에 회복청구의 소의 제기가 가능한 것으로 하고 있다. 다만, 민법 제193조에 규정된 2년의 기간을 경과한 시점에 소가 제기된 경우 “점유자가 지불한 대가”를 변상해야만 도난 문화재를 반환 받을 수 있도록 하고 있다.

한국의 경우에도 문화재의 도난 및 불법거래를 근절하기 위한 조치의 일환으로서 문화재의 경우 일반 민법상의 선의취득에 대한 예외규정을 신설해야 한다는 주장이 제기되고 있다.⁶⁹⁾ 실제로 2001년에는 도난 또는 불법취득한 문화재에 대한 선의취득을 배제하는 내용과 문화재 절도범에 대한 공소시효를 사실상 배제하는 내용의 법률안이 국회에 제출되었다.⁷⁰⁾ 이와 같이 논의에도 불구하고 아직까지 도난 문화재에 대하여 선의취득을 배제 또는 제한하는 입법은 마련되지 않고 있는 실정이다. 1995년의 UNIDROIT 협약의 채택과 일본의 문화재의 불법적인 수출입 등의 규제 등에 관한 법률(2002)의 제정에서 볼 수 있듯이 문화재의 도난 및 불법적인 거래를 방지하기 위하여 선의취득을 배제·제한하는 정책이 일반화되고 있는 추세이다. 한국의 경우에도 1995년 협약에의 가입⁷¹⁾ 또는

68) 일본 민법 제192조에서는 즉시취득이라는 표제를 사용하고 있는 데 반하여, 2002년 법률 제6조의 표제에서 선의취득이라는 용어를 사용하고 있는 점은 흥미롭다.

69) **세계일보**(2001. 8. 2); **문화일보**(2001. 8. 4).

70) **법보신문** 제633호(2001. 11. 28).

71) 1995년 협약과 한국 민법 간에는(특히 협약 제3조 제3항과 민법 제250조는 시효기간의 종류 및 기간의 장단의 측면에서) 적잖은 차이가 존재한다. 1995년 협약은 자기집행적 조약으로서 별도의 국내적인 이행법률 없이도 직접적인 효력을 발휘할 것으로 보인다. 1995년 협약 제18조는 “이 협약에서 명시적으로 인가된 것을 제외하고는 어떠한 유보도 허용되지 않는다”라고 규정하고 있는데, 실제 1995년 협약상 유보가 명시적으로 허용되고 있는 조항은 없다. 따라서 당해 협약상의 특정 규정의 법률효과를 변경 또는 배제하지 않고 단지 그 의미를 분명하는 데 그치는 해석적 선언(*interpretive declaration*)은 별론이지만, 1995년 협약에 유보를 행하는 것은 배제되어 있다. 따라서 당해 조약에 가입할 경우 관련 민법 규정과의 충돌이 쉽게 예견된다.

한국이 1995년 협약을 비준할 경우에 필연적으로 발생할 협약상의 규정과 민법상

관련 국내법 규정의 개정을 통한 문화재의 보호를 진지하게 고려해야 할 것이다.

3. 문화재보호 관련 국제조약에의 보다 적극적인 참가

동아시아지역에는 아직까지 문화재보호 및 불법거래 방지를 위한 지역적 협약이나 기타 레짐이 존재하지 않는다. 동아시아 지역이 직면하고 있는 문제를 구체적으로 고려하는 지역적 협력체계가 마련될 때까지는 1970 UNESCO 협약, 1995 UNIDROIT 협약 등과 같은 일반적 다자조약에 참가함으로써 이 지역에 존재하는 규범적 공백을 상당히 메울 수 있을 것이다. 이러한 점에 비추어볼 때 문화재 보호 및 문화재의 불법거래 방지를 위한 다자조약에 적극적으로 참여하는 것은 매우 중요하다 할 것이다. 이하에서는 먼저 이들 다자조약의 현황에 대하여 간단히 살펴본 후, 한·중·일 3국의 가입 실정에 대하여 고찰하도록 한다.

제2차 세계대전 이전의 시기에 있어서는 주로 전쟁시 문화재의 보호에 관심이 집중되었다. 유럽의 경우, 폴란드의 법학자였던 자콥 프레질루스키(Jacob Pryluski, 라틴명: Jacobus Prilusius)가 1553년에 출간한 책(『폴란드 왕국의 법령집(leges seu statuta ac privilegia Regni Poloniae)』)을 통하여 예술작품 등이 종교적 신성성을 갖지 않는 경우라도 전시에 이를 보호해야 한다는 사상을 제시하였다고 한다.⁷²⁾ 그 이후로도 겐틸리스, 바텔 등의 국제법학자에 의하여 전시 문화재의 보호가 주장되었고, 특히 19세기 후반기에 와서 전시 문화재 보호를 포함한 전쟁법규 전반에 대한 체계적 정리 및 법전화 작업이 전개되었다. 그 대표적인 예가 1863년의 리버 코드(Lieber Code, 원명: 야전에서서의 미연방정부 육군에 대한 명령(Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field)), 1880년의 국제법학회의 옥스퍼드 교범(Oxford Manual of the Institute of International Law) 등이었다. 이들 작업의 성과는 1899년 및 1907년의 이른바 만

의 규정 간의 충돌은 통상적인 조약의 법률합치추정의 해석원칙에 의해서 해결될 수 없을 것이다. 결국 이 조약상의 규정들은 후법우선의 원칙 및 특별법 우선의 원칙에 의하여 민법상의 규정에 우선하여 적용될 것이다. 달리 말하면 국제적인 성격을 갖는 문화재의 회복청구에 관한 한 1995년 협약상의 규정들이 일반법이자 구법인 민법상의 규정들을 개정하는 효과를 가지게 될 것이다.

72) 이 책에서 프레질루스키는 “Item: Sacra, literarum et artificum nobilium monumenta conserbavit integra, cunctis ab injuriis defensa. Vris item et virtutibus et eruditione conspicuis parci jubebit”이라 하고 있다. Stanislaw E. Nahlik, “La Protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé,” 120 *Recueil des cours*(1966 I), p.73.

국평화회의의 관련 협약, 특히 1907년의 제4협약(“육전의 법과 관습에 관한 협약”(Convention on Laws and Customs of War on Land))의 관련 규정으로 연결되었다. 그럼에도 불구하고 제1, 2차 세계대전을 통하여 많은 문화재가 파괴, 손상되었음은 주지의 사실이다.

문화재의 보호를 위한 국제적인 차원의 노력은 2차 세계대전 이후 특히 UNESCO에 의하여 줄기차게 전개되어 왔다. 전쟁이 종료된 후에는 먼저 전시 문화재의 보호를 위한 조약의 채택에 노력하였지만, 그 이후 국제법적 차원의 노력은 평시 문화재의 보호, 특히 문화재의 불법거래 방지에 집중되었다.⁷³⁾ 1954년 무력충돌 시 문화재보호를 위한 협약이 채택되었고,⁷⁴⁾ 그 이후 1970년 문화재의 불법적인 반출입 및 소유권 양도의 금지와 방지수단에 관한 1970년 UNESCO 협약, 1972년 세계문화유산 및 자연유산의 보호에 관한 협약(Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage),⁷⁵⁾ 도난 또는 불법 반출된 문화재에 관한 1995년 UNIDROIT 협약, 2001년 수중 문화유산의 보호에 관한 UNESCO 협약(2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage) 등이 체결되었다.

1954년 협약은 무력충돌 시의 문화재 보호에 관한 협약으로서 문화재의 불법 거래 방지와의 관련성은 적다. 그럼에도 불구하고 이 협약에 부속된 제1의정서는 무력분쟁 중 점령지역으로부터의 문화재의 반출을 금지하고 있고(제1항), 또한 점령지역으로부터 문화재가 반출된 경우 이의 반환의무를 규정하고 있다(제3항)는 점에서 전시 반출 문화재의 반환과 관련하여 적잖은 의의를 가지고 있다.

1970년 협약은 지금 현재 약 90여 개의 국가의 참여를 확보하고 있으며, 국제적인 차원에서의 문화재의 불법적인 유통에 대한 중심적인 다자조약(le principal

73) 이들 협약에 대한 상세한 논의에 관하여는 다음의 문헌을 참조하시오. 김형만, **문화재반환과 국제법**(서울: 삼우사, 2001), 제6장; W.W. Kowalski, “Restitution of Works of Art pursuant to Private and Public International Law,” 288 *Recueil des cours* (2001), pp.9-244; Joachim Berndt, *Internationaler Kulturgüterschutz*(Köln: Karl Heymanns, 1998), 제1장; Guido Carducci, *La restitution des biens culturels et des objets d'art*(Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1997).

74) 이 협약에 대한 상세한 논의에 관해서는 다음의 문헌을 참조하시오. Jiri Toman, *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*(Dartmouth, 1996); Nahlik, 위의 글(각주 72); Wojciech W. Kowalski, *Art Treasures and War*(Leicester: Institute of Art and Law, 1998).

75) 1972년 11월 23일 채택, 1975년 12월 17일 발효(한국: 1988년 9월 14일 수락서 기탁, 1988년 12월 14일 발효).

instrument multilateral)으로서의 지위를 누리고 있다고 볼 수 있다.⁷⁶⁾ 협약상의 핵심적인 의무는 수출증명서 또는 허가서가 첨부되지 않은 문화재의 수출의 금지(제6조(나)), 다른 당사국의 박물관 등으로부터 협약이 발효된 후 도난 당한 문화재의 수입의 금지(제7조(나)(1)), 협약이 양 관계당사국에서 발효된 후 반입된 도난 문화재에 대하여 출처 또는 원산 당사국의 요청이 있는 경우 그 회수 및 반환에 관하여 적절한 조치를 취하는 것(제7조(나)(2)) 등이다.

이 협약은 대부분의 규정이 자기집행적(self-executing) 성격을 결여하고 있어 그 국내적 이행을 위하여는 당사국의 국내법상의 입법조치를 필요로 한다. 또한 당해 협약의 국내적 이행과 관련하여 당사국들이 자국이 처한 상황이나 국내법상의 제한 등을 고려하여 협약상의 규정을 조정할 수 있도록 하고 있어 대단히 신축적이고 유연한 의무를 당사국에 부과하고 있다. 경우에 따라서는 일부 협약상의 의무 일부를 배제할 수 있거나 협약의 사물적 적용범위를 제한할 수도 있다.⁷⁷⁾

1970년 협약이 국제적인 차원에서의 문화재의 불법적인 거래를 억제하기 위한 기초를 마련한 점이나 현재 당사국이 90여 개국에 이르는 점 등에 비추어 그 의의를 낮게 평가해서는 안되지만, 위에서 언급한 바와 같이 당해 협약이 부과하는 의무의 비자기집행성, 그로 인한 협약의무의 비통일성은 협약이 스스로 설정한 목적(문화재의 불법적인 반출입 및 소유권양도의 금지 및 예방)을 달성하는 데 중대한 장애를 구성한다.

1995년 UNIDROIT 협약은 1970년 협약의 이러한 문제점을 해결하기 위하여 1970년 협약상의 규정들을 구체화하여 특히 도난 당하거나 불법반출된 문화재의 반환에 관한 최소한의 통일적인 규칙을 규정하고 있는 것이다. 특히 1995년 협약은 당사국의 국내법 중 (선의취득과 관련된) 사법규정(제2장) 및 행정법규정(제3장)의 통일을 시도하고 있다. 또한 1970년 협약과는 달리 1995년 협약은 자기집행적 성격을 보유하고 있다. 이와 같은 차이점에도 불구하고 1995년 협약은 1970년 협약과 기본적으로 동일한 주제를 규율하면서 후자의 의무를 구체화하고 동시에 당사국간에 통일하고 있다는 점에서 양자는 서로 보충적인 관계(complementarity)에 있다고 볼 수 있다.⁷⁸⁾

76) Carducci, 위의 글(각주 73), pp.134-135.

77) *Transfert international de biens culturels: Convention de l'UNESCO de 1970 et Convention de l'Unidroit de 1995, Rapport du groupe de travail*(Berne: Office fédéral de la culture, 1998), pp.9-11.

78) Prott, 위의 글(각주 6), p.31.

2001년 수중문화유산보호협약은 주로 상업적 동기에 의한 수중문화유산의 무분별한 발굴을 규제할 목적으로 채택되었으며 대부분의 규정이 이들 유산의 효율적인 보호에 관한 것이다.⁷⁹⁾ 그렇지만 이 협약 제14조는 불법적으로 반출된 수중문화유산이나 이 협약에 위반하여 수중으로부터 회수된 문화재의 자국 영토로의 반입, 거래 및 소유를 방지하기 위한 조치를 당사국에 부과하고 있다. 이 한도 내에서는 이 협약 역시 문화재의 불법적인 거래 방지에 기여한다고 할 수 있다.

히가사 사건에서 드러나듯이 이들 다자조약에의 가입 여부는 동아시아 지역에서의 문화재의 불법거래 방지 및 도난 문화재의 반환에 있어 중요한 역할을 한다. 현재 동아시아 국가들에 의한 이들 조약에의 가입은 어느 정도로 진척되고 있는가? 도굴과 밀수에 의해 자국 문화재가 대량적으로 유출되는 것을 깊이 우려하고 있는 중국은 문화재 관련 국제조약의 비준에 깊은 관심을 보여 왔다. 중국은 이미 문화재보호 관련 3개 주요 협약인 1954년 헤이그협약, 1970 UNESCO 협약, 그리고 1995 UNIDROIT 협약의 당사국이 되었다. 중국은 이들 협약에 각각 2000년 5월 1일, 1989년 11월 28일, 1997년 5월 7일에 가입·비준을 행하였다. 중국이 근래 들어 국제적인 차원에서의 문화재의 불법거래 방지에 얼마나 적극적인 태도를 보이고 있는가를 여실히 보여주고 있는 사실이다. 다만 위에서도 언급한 바와 같이 이들 국제조약의 국내적 실시가 얼마나 실효적인지에 대하여는 의문이 남는다.

한국도 이들 조약 중 1970년 협약에 이미 1983년에 가입하였고, 현재 1954년

79) 이 협약에 대한 상세한 논의로는 다음의 문헌을 참조하시오. Anastasia Strati, *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: An Emerging Objective of the Contemporary Law of the Sea*(The Hague/London/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1995); Sarah Dromgoole(ed.), *Legal Protection of the Underwater Cultural Heritage: National and International Perspectives*(The Hague/London: Kluwer International, 1999); Patrick J. O'Keefe, *Shipwrecked Heritage: A Commentary on the UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage*(Leicester: Institute of Art and Law, 2002); Guido Camarda and Tullio Scovazzi(eds.), *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: Legal Aspects*(Milan: Giuffrè Editore, 2002); Guido Carducci, "New Developments in the Law of the Sea: The UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage," 96 *American Journal of International Law*(2002), pp.419-434; Craig Forrest, "A New International Regime for the Protection of Underwater Cultural Heritage," 51 *International and Comparative Law Quarterly*(2002), pp.511-554.

협약 및 1995년 협약의 비준을 검토 중인 것으로 알려지고 있다. 문화재 보호 분야에 관한 한, UNESCO 한국위원회 등의 단체의 활발한 활동에 의하여 한국의 국제적 위상이 비교적 높은 편이다. 그럼에도 불구하고 문화재보호 관련 조약에의 참가와 관련하여 좀더 확고한 정책의지 하에 체계적이고 지속적인 접근이 필요하다 할 것이다. 또한 위에서도 지적한 바와 같이 이미 가입하고 있는 1970년 협약의 국내적 이행과 관련하여 국내법적 흠결이 존재하고 있는 실정이다.

이 지역에서 가장 큰 예술품 시장을 가진 일본은 최근까지 이들 조약에의 참가에 매우 소극적인 태도를 보여 오다가 2002년 9월 9일에서야 1970년 협약에 대한 비준서를 기탁하였다. 이는 스위스, 영국 및 일본과 같이 주요 예술품 거래국의 문화재 관련 국제조약의 가입의 거부로 인하여 문화재의 도난 및 불법거래가 조장된다는 국제적 비난을 고려한 것이다.⁸⁰⁾ 그러나 위에서도 지적한 바와 마찬가지로 이 협약의 국내적 이행입법의 실효성이 그리 높지 않은 것은 문제이다. 또한 이 협약 상의 일반적이고 유연한 의무를 구체화하고 있는 1995년 UNIDROIT협약에 대하여는 상당히 소극적인 태도를 보이고 있어 가까운 장래에 국내법을 많이 정비할 의무를 규정하고 있는 1995년 UNIDROIT 협약에의 가입은 기대하기 어려울 것으로 보인다.⁸¹⁾

일본은 20세기 전반기 무력분쟁 또는 식민지 지배 동안 중국 및 한국으로부터의 문화재의 대량적·조직적인 반출에 대한 책임을 면하기 어렵다. 따라서 현 시점에 있어서의 문화재의 불법거래를 방지하기 위한 국제적·지역적 차원의 노력에 적극적으로 동참할 의무가 있다고 할 수 있다. 이러한 노력의 일환으로 문화재 보호 및 불법거래방지에 관한 일반적 다자조약에의 능동적인 참여를 들 수 있을 것이다. 그러나 방금 본 바와 마찬가지로 이 문제에 대하여 일본은 상당히 소극적인 태도를 보이고 있다. 일본은 그 동안 캄보디아, 중국 각지의 유형문화재 보호에 상당한 규모의 지원을 행하고 있다. 또한 무형문화유산의 보호에도 노력을 아끼지 않아 현재 UNESCO 내에 무형문화유산 보존진흥 일본신탁기금

80) "UNESCO Canvasses Japan to Sign the 1970 Convention," *Museum Security Mailinglist Reports*(2000년 10월 22일), <www.museum-security.org/02.047.html> 참고로 영국도 2002년 8월 1일 1970년 협약에 대한 비준서를 기탁하였다. 스위스는 아직 이 협약에 가입하지 않고 있다.

81) 1995 UNIDROIT 협약에 관한 일본의 회의적 태도에 관하여는 다음의 문헌을 참조하시오. 清水響, "盜取され又は不法に輸出された文化財に關するUNIDROIT條約について", *民事月報* 51/4(1996), pp.67-69.

(UNESCO/Japan Funds-in-Trust for Intangible Cultural Heritage)에 상당액(2000년 말까지 \$2,372,000)을 출연하고 있다. 또한 2003년 6월 14일 파리에서 채택되어 같은 해 10월의 UNESCO총회(General Conference)에 상정될 예정인 무형문화유산보호협약(Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Property)의 예비초안(preliminary draft)의 작성 과정에서도 주도적인 역할을 하였다.⁸²⁾ 이처럼 일본은 국제적인 무대에서 “문화대국” 또는 “문화재보호선진국”으로서의 이미지를 제고하는 데 많은 공을 들이고 있는 것이다. 그러나 이러한 일본의 노력이 정당한 평가를 받기 위해서는 반드시 문화재 보호 및 불법거래방지에 관한 국제 조약에 대한 적극적이고 능동적인 참여가 필수적이라 할 것이다.

4. 문화재 보호를 위한 지역적 조약 체결

방금 동아시아 지역에서 문화재의 보호 및 불법거래방지를 위한 규범적인 측면에서의 노력으로 이 문제를 다루고 있는 일반적 다자조약에의 적극적인 참가를 강조하였다. 이 지역에서 문화재의 불법적인 거래를 좀더 실효적으로 방지하기 위해서는 일반적 다자조약에서 한 걸음 더 나아가 동아시아 지역에 적용되는 지역적 협약 또는 협정을 체결할 필요가 있을 것이다. 위에서도 살펴본 바와 같이 문화재 문제와 관련해서도 각 지역별로 독특한 문제가 존재하며 따라서 개별지역의 실정에 부합하는 좀더 구체적인 협약을 채택할 필요성이 제기되는 것이다.

이미 다른 지역에서는 이러한 예들을 쉽게 찾아볼 수 있다. 유럽평의회(Council of Europe)의 틀 내에서는 고고학적 유산보호를 위한 유럽협약(1969 European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage), 문화재관련 범죄에 관한 유럽협약(1985 European Convention on Offences Relating to Cultural Property), 유럽의 건축유산의 보호에 관한 협약(1985 Convention for the Protection of the Architectural Heritage of Europe) 등 많은 지역적 조약들이 체결되었다. 미주국가들도 1976년 고고학적, 역사적 그리고 예술적 유산의 보호를 위한 협약(1976 Convention for the Protection of the Archaeological, Historical and Artistic Heritage for the American Nations)을 체결하였다.

또한 지역적 협약은 아니지만 유럽연합(European Union)의 틀 내에서도 1993년 1월 1일 유럽단일시장의 출범과 더불어 문화재의 불법적인 역외 반출을 방지

82) 이 예비초안의 문안은 <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001307/130784e.pdf>>에서 찾아볼 수 있다.

하기 위한 입법적 조치들이 취해졌다. 문화재의 반출에 관한 이사회 명령(Council Regulation (EEC) No 3911/92 of 9 December 1992 on the Export of Cultural Goods)⁸³⁾ 및 회원국의 영토로부터 불법적으로 반출된 문화재의 반환에 대한 이사회 준칙(Council Directive(EEC) 93/7 of 15 March 1993 on the Return of Cultural Objects Unlawfully Removed from the Territory of a Member State)⁸⁴⁾이 바로 그것이다. 1992년 명령의 골자는 특정 부류의 문화재에 대하여 EU 역외로의 반출 시 반출허가서(export licence)를 요구하고 아울러 회원국의 행정당국(administrative authorities) 간의 긴밀한 협조를 확보하는 것이었다.⁸⁵⁾ 1993년 준칙은 국가적 중요성을 갖는 문화재가 불법적으로 반출된 경우 사법절차를 통하여 이를 반환 받는 데 관하여 상세히 규정하고 있다. 특히 이 불법반출 문화재의 반환청구를 제기할 수 있는 제척기간을 4분하여 규정하고 있는데 이는 1995년의 UNIDROIT협약의 내용에 적잖은 영향을 끼쳤다.⁸⁶⁾

동아시아 지역은 인권, 군비축소, 어업, 환경보호 등 많은 국제법 분야에서 지역적 협력을 위한 기제 특히 지역적 협약이 없는 것으로 유명하다. 예를 들어 환경 문제만 하더라도 대기 및 해양 등 여러 측면에서 초국경적 오염이 심각함에도 불구하고 아직까지 이 문제들을 본격적으로 해결하기 위한 지역적 협력 체제는 마련되지 않고 있는 실정이다. 이러한 사정의 원인으로서 지역 내 국가들 간의 경제 규모나 발전 정도의 측면에서의 현격한 차이, 그로 인하여 환경협력에 임하는 각국의 기본입장 및 구체적인 의견에 큰 편차가 존재한다는 점, 정치적·역사적 등의 이유로 역내 국가 간 협력의 경험이 일천하다는 점 등이 지적되고 있다.⁸⁷⁾

문화재의 불법거래 방지와 관련해서도 유사한 문제가 존재한다. 문화유출국인 중국과 문화재유입국이자 주요한 예술품 시장 국가인 일본 간의 입장의 차이, 20

83) Official Journal No. L. 395/1(31 December 1992). 이 명령은 1996년의 이사회 명령 2469/96(Council Regulation No 2469/96 of 16 December 1996)에 의하여 개정되었다.

84) O.J. No. L. 74/74(27 March 1993).

85) Joanna Goyder, "Free Movement of Cultural Goods and European Community Law Part III; Two New Legislative Proposals," *2 International Journal of Cultural Property* (1993), p.148.

86) Droz, 위의 글(각주 1), p.272.

87) 이 문제에 대한 상세한 논의로는 다음의 문헌을 참조하시오. Mark J. Valencia (ed.), *Maritime Regime Building: Lessons Learned and Their Relevance for Northeast Asia* (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001).

세기 전반기에 중국 및 한국으로부터 대량적·체계적으로 유출된 문화재 문제의 미해결, 이들 유출 문화재의 실태 조사에 대해서도 협력이 이루어지지 않을 정도로 역내 국가 간 신뢰의 부족 및 협력 경험이 일천한 점 등은 심층적이고 광범한 지역적 협력의 큰 장애로 작용하고 있다.

그럼에도 불구하고 문화재의 보호 및 불법거래방지라는 심각한 문제를 해결하기 위해서는 동아시아 지역의 문제에 상응하는 지역적 협력체제의 강구가 절실하다 할 것이다. 동아시아 지역의 관련국 정부는 물론이고, 박물관, 미술관 등 종사자, 문화관련 NGO, 학자 등의 적극적인 협력을 통하여 지역적 협약을 포함한 협력 체제의 형성에 노력해야 할 것이다.

V. 동아시아 지역에서의 문화재의 불법거래 방지를 위한 대책(2) — 법 영역 이외에서 취해질 조치들

앞 장에서는 동아시아에서 문화재의 불법거래에 대한 효과적인 방지조치를 위해 규범적 영역(즉, 국제법과 국내법)에서 취해져야 할 조치들에 대해 논의하였다. 법적 영역에서 논의한 조치들이 효과를 발휘하는 데 상당한 시간이 걸릴 뿐만 아니라, 문화재의 불법거래 방지를 위해서는 시민사회의 적극적인 이해와 협력이 필요하다. 이러한 점에 비추어볼 때 조약, 국내법 이외의 분야에서의 개선점을 심층적으로 고려할 필요가 있다. 박물관·미술관 등의 시설의 확충, 공신력을 갖춘 감정기관과 경매회사의 설립, 문화재 보호를 위한 NGO의 활성화 등과 같이 다양한 조치들이 필요할 것이다. 이 장에서는 이들 모든 조치에 대하여 논급하는 대신에 다음 3개의 문제에 초점을 맞출 것이다.

1. 불법거래방지를 위한 정보기술(information technology)의 활용

동아시아 국가들은 고도로 발달한 정보기술, 특히 인터넷 관련 기술과 IT 기반 시설을 보유하고 있다. 따라서 이들은 지역 내 문화재 보호 및 불법거래방지를 위한 공동의 전자 데이터베이스를 용이하게 개발·운영할 수 있다. 세계적으로 보더라도, 도난문화재에 관한 전자 데이터베이스는 넓게 이용되고 있으며, 이는 예술품 거래상, 박물관, 그리고 수집가들이 도난 또는 불법 수출된 문화재의 구입을 회피하는 데 상당한 도움을 주고 있다. 대표적인 예로서 미술 연구를 위한 국제재단(The International Foundation for Art Research)이 운영하는 도난예술품

등록부(Art Loss Register)가 있다.⁸⁸⁾ 또 다른 예로 예술품 ID 체크리스트(Object ID checklist)가 있는데, 이는 UNESCO와 게티예술정보연구소(Getty Information Institute)가 협력하여 만든 것으로 현재는 예술품도난방지협의회(Council for the Prevention of Art Theft)가 운영하고 있다.⁸⁹⁾ 이것은 문화재의 출처를 판별하기 위해 필요한 정보를 기재하는 문서의 국제적인 표준양식을 제공하고 있으며, 인터폴(Interpol)이 작성·배포하는 도난예술품 CD-ROM, 미국 연방수사국(FBI)가 운영하고 있는 전국도난문화재파일(the National Stolen Art File)이라고 하는 데이터베이스에도 이용되고 있다.

한국에도 현재 소수의 도난 문화재 데이터베이스가 운용 중에 있다. 문화재청은 “도난문화재정보”라는 이름의 데이터베이스를 홈페이지에서 운영하고 있다.⁹⁰⁾ 이곳에는 2003년 8월말 현재 166건의 도난문화재가 등재되어 있는데, 도난 당한 문화재의 명칭, 소유자, 도난 일자, 규격과 사진 등의 관련 정보가 기재되어 있다. 그러나 이 사이트는 한글로만 이용할 수 있기 때문에, 중국, 일본 등 외국의 기관이나 개인이 쉽게 접근할 수 없는 문제점을 안고 있다.

2. 시민사회의 인식 고양

문화재의 보호, 특히 문화재의 불법거래방지를 위해서 시민사회의 적극적이고 능동적인 참여가 필요하다는 점은 주지의 사실이다. 결국 문화재의 거래, 유통, 전시 및 소장은 시민사회의 영역에서 이루어진다. 따라서 불법거래방지를 통한 문화재보호의 중요성에 관하여 일반 대중뿐만 아니라 문화재관련 사업에 종사하는 전문인들을 교육시키고 그들의 인식을 제고시키는 일은 매우 중요하다.⁹¹⁾

이와 관련하여 TV를 비롯한 대중 매체의 교육적 역할도 대단히 중요하다. 문화재가 시장(흔히 암거래시장)으로부터 천문학적 액수의 돈을 손쉽게 벌어들일 수 있는 골동품 또는 상품에 불과하다는 이미지를 대중에 심어서는 곤란할 것이다. 문화재는 직접적인 소유자 이외의 다양한 이해관계자(stakeholder)(즉 고고학자, 지역주민, 예술사가 및 후손을 포함하는 일반 국민 등)의 공동유산이라는 점

88) 이에 관한 상세한 정보는 <<http://www.artloss.com>>에서 얻을 수 있다.

89) 이에 관한 상세한 정보는 <<http://www.object-id.com>>에서 얻을 수 있다.

90) <<http://www.ocp.go.kr>>

91) 이 문제에 관한 자세한 논의에 관하여는 다음의 문헌을 참조하시오. O'Keefe, 위의 글(각주 54).

을 널리 인식시켜야 할 것이다. 한국방송공사(KBS)의 “진품명품”이라는 프로그램과 관련하여 근자에 발생한 시비는 문화재 보호에 있어서의 대중 매체의 교육적 역할에 대하여 많은 것을 시사해 주고 있다. 영국 BBC의 골동품 로드쇼(Antique Road Show) 등을 모방한 것으로 보이는 이 프로그램에서는 대개 유명 배우 또는 다른 유명인들로 구성되는 3명의 아마추어 심사위원에게 물품이 소개된 후, 골동품 전문수집상 등으로 구성된 전문가 패널이 추정가격을 발표한다. 다수의 고고학자 및 예술사가들은 이 프로그램이 문화재를 단지 상업적 또는 금전적 시각에서만 보도록 시청자들을 오도하고, 심지어는 문화재의 불법도굴과 절도를 조장한다고 비판하였다. 한국고고학회는 1997년 이래 이 프로그램의 폐지를 요구해 오고 있다.⁹²⁾

이러한 논란과 관련하여 문화재를 지칭하는 일반적 표현인 “cultural property” 대신 “cultural heritage”를 사용하자는 일부 외국학자들의 주장을 경청할 필요가 있을 것이다. 이들의 주장에 따르면 전자의 표현은 문화재가 직접적인 소유자의 배타적인 사용·수익·처분의 권한 하에 있다는 인상을 주며 또한 주어진 문화재를 주로 그 상업적 가치의 측면에서 접근하도록 한다. 이러한 문제점을 극복하기 위한 하나의 방편으로서 문화유산이라 번역되는 “cultural heritage”의 사용을 주장하고 있는 것이다.⁹³⁾ 실제로 UNESCO, 유럽평의회 등의 틀 내에서 채택되는 문화재 관련 문건들은 “cultural heritage”라는 용어를 빈번하게 사용하고 있다.

동아시아 지역에서의 상황을 보면, 한국 및 일본에서는 “문화재”라는 용어를 주로 사용하며, 1972년 협약 등과 관련하여 “문화유산”이라는 표현도 사용하고 있다. 이에 비하여 중국에서는 “문물(文物)”이라는 용어를 주로 사용하며 드물게 “문화유산”이라는 표현도 사용하고 있다. 방금 제기한 문제에 비추어볼 때 고도의 예술적·고고학적·역사적·민속학적 가치를 지니는 물건의 상업적·골동품적 가치를 부각시킬 우려가 있는 “문화재”라는 용어 대신 문화유산이라는 표현의 사용의 일반화를 고려해 볼 수 있을 것이다.

문화재의 보호에 있어 박물관, 예술품거래상 등의 전문기관 및 전문가가 중요한 역할을 한다는 점을 자명하다. 이들은 문화재 시장에서 주된 구매자의 역할을 수행하기 때문에 특히 문화재의 불법거래방지를 위해서는 이들의 적절한 기능수

92) 조선일보(1997년 2월 21일).

93) Lyndel V. Prott and Patrick O'Keefe, “‘Cultural Heritage’ or ‘Cultural Property’?” 1 *International Journal of Cultural Property*(1992), pp.307-320.

행이 매우 중요하다. 박물관 관련 국제기구인 국제박물관위원회(International Council of Museums, “ICOM”)는 이러한 문제점을 인식하여 1986년 ICOM 직업 윤리강령(ICOM Code of Professional Ethics, 2001년에 ICOM 박물관 윤리강령(ICOM Code of Ethics for Museums)으로 개정됨)이라는 문서를 채택하였다. 이 문서는 “박물관직 종사자로서 지켜야 할 최소한도의 직업윤리에 대한 일반적인 규정”을 담고 있다.⁹⁴⁾ 제3조 제1항에 의하면 각 “박물관은 수집정책에 대한 내규를 채택·공표해야 한다.” 그리고 제3조 제2항은 “불법적인 물건의 취득”에 관한 상세한 규정을 두고 있다. 많은 박물관들이 그들의 수집정책을 채택하였는데, 비록 그 구체적인 내용의 측면에서는 편차가 있지만 큰 줄거리는 같아서 불법적으로 거래되고 있는 물건을 구입하지 않겠다는 내용이다.

동아시아에서는 박물관 종사자들 사이에 문화재의 불법거래방지와 관련한 자신의 역할에 대한 인식이 투철하지 못한 듯하다. 예를 들면 한국의 박물관들이 자신의 구입 또는 수집정책에 대한 내부 규칙을 채택하거나 공표하는 경우는 매우 드물다. 실제로 많은 경우 문화재 구입 및 수집은 매우 은밀하고 비공개적인 방식으로 이루어진다. 실정이 이렇기 때문에 한 유명 박물관이 보유하고 있는 국보지정문화재가 불법 도굴품으로 판명되었다는 언론보도를 접하는 것도 놀라운 일이 아니다.⁹⁵⁾

이런 상황은 중국에서도 마찬가지인 것으로 보인다. 예를 들어, 한국의 문화재청에 해당한다 할 국가문물국의 지원으로 편찬된 박물관학에 관한 대표적인 교과서⁹⁶⁾에는 박물관학의 역사와 방법론, 자료 수집과 전시, 박물관 경영, 전산화 등에 대하여 상세한 논의가 담겨져 있다. 하지만, 불법적으로 거래된 물건의 수집이나 구입을 거절함으로써 문화재의 불법거래방지에 노력해야 한다는 박물관 종사자의 직업윤리나 임무에 대해서는 아무런 언급이나 논의도 찾아볼 수 없다.

3. 문화재보호를 위한 지식공동체(epistemic community)의 강화

근래 들어 동아시아에 있어서의 문화재 거래는 국제적 또는 초국경적 성격을 띠게 되었으며, 문화재 보호를 위해서는 지역 내 정부와 시민사회 상호 간의 협력이 절실하다. 지역 내 정부 또는 시민사회적 차원에서의 상호협력의 필요성에

94) O'Keefe, 위의 글(각주 54), p.44.

95) 주간동아, 2000년 5월 11일자.

96) 王宏鈞(主編), 中國博物館學基礎(上海: 上海古籍出版社, 2001).

도 불구하고 이 지역 내에서 문화재 보호 및 불법거래방지와 관련하여 국가적 또는 사회적 이익들이 다양한 층위에서 충돌하는 것도 사실이다. 예를 들어, 문화재의 주요 반입국으로서의 일본의 이해관계는 반출국으로서의 중국의 그것과 자주 충돌한다. 결국 동아시아에서의 문화재 불법거래방지와 관련하여 “복합적인 상호의존 및 만연된 불확실성의 조건·상황”이 성립한다고 볼 수 있다. 근래 국제관계이론 부문에서 자주 거론되는 국제레짐이론⁹⁷⁾에 의하면, 이러한 조건·상황 하에서 불확실성을 감소시키고 보다 합리적인 의사결정에 도달하는 데 있어 초국경적으로 활동하는 전문가 집단, 이른바 지식공동체가 중요한 역할을 수행한다고 한다.⁹⁸⁾ 선도적 레짐이론가 중 한 사람에 의하면 지식공동체는 다음과 같이 규정된다.

지식공동체는 자신의 전문영역에 있어서의 정책 관련 지식에 대하여 권위를 갖춘 지식전문가 집단의 네트워크를 의미한다. 지식공동체의 구성원은 자신이 전문성을 인정받는 영역에서 발생하는 사회적 또는 자연적 현상의 인과관계에 관한 지식 그리고 이러한 영역에 있어 어떠한 조치가 인류의 복지를 증진하는 지에 대한 규범적 신념을 공유한다.⁹⁹⁾

이러한 개념규정은 주로 국제환경협력의 맥락에서 사용된 것이지만, 동아시아에서의 문화재의 불법거래방지를 위해서도 활용될 수 있을 것이다. 이 지역에서의 문화재의 불법거래방지를 위해 중요한 역할을 담당할 지식공동체의 구성원으로서 (i) 법학자, 고고학자, 예술사가를 비롯한 학자들, (ii) 정부공무원과 문화

97) 이 이론에 의하면 레짐(regime)은 “국제관계의 특정의 분야에 있어 그를 중심으로 하여 행위자의 기대가 수렴되는, 명시적 또는 묵시적인 원리, 규범, 규칙 및 의사결정의 절차의 집합”(sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations)을 지칭한다. Stephen D. Krasner, “Structural Causes and Regime Consequences: Regimes As Intervening Variables,” 36 *International Organization* (1982), p.186; Volker Rittberger, “Research on International Regimes in Germany: The Adaptive Internationalization of an American Social Science Concept,” in *Ibid.* (ed.), *Regime Theory and International Relations*(Oxford: Clarendon Press, 1995), p.9.

98) Peter M. Haas, “Epistemic Communities and the Dynamics of International Environmental Co-operation,” in Volker Rittberger(ed.), *Regime Theory and International Relations* (Oxford: Clarendon Press, 1993), p.179.

99) 같은 글.

재보호와 관련한 국제기구(특히 UNESCO) 직원들, (iii) 문화재보호를 위해 활동하는 NGO 및 기타 민간기구(예컨대 ICOM)의 전문가 등을 들 수 있을 것이다.

이들 중 동아시아지역의 법학자들에 대해 간단히 언급하고자 한다. 중국, 일본, 그리고 한국에서의 법학자들은 대개 문화재보호, 특히 문화재의 불법거래방지에 대해 많은 관심을 두지 않는 것으로 보인다. 그 결과, 문화재 또는 문화유산에 관한 법은 법과대학 내에서 독립적인 과목으로 확립되어 있지 않다. 대부분의 경우 법학교육에서 문화재 관련 과목은 정규과정에 포함되어 있지 않으며, 이 분야를 연구하는 학자도 극히 소수에 불과하다. 그 결과 이 주제에 관한 책과 논문 등 연구업적의 축적도 많지 않은 실정이다. 지역 내 개별 국가 내에서 이 주제에 대한 법학자들의 연구가 활발하지 않을 뿐만 아니라 이들 국가 상호 간의 학문적 교류 역시 매우 드물다. 동아시아 지역 내에서 문화재를 보호하고 특히 불법적인 거래를 실질적으로 방지하기 위해서는 법학자를 비롯한 전문가로 구성되는 지식공동체가 초국경적으로 형성되어 상호 협력해야 할 것이다.

VI. 결론에 대신하여

이 논문에서 동아시아에서의 문화재보호와 관련한 다양한 문제들을 논의하였다. 동아시아에서의 문화재 보호에 관한 현재 논의의 역사적 배경을 설명하면서 지적한 바와 같이, 이 문제는 매우 복잡하고 다층적 맥락을 지니고 있다. 1945년 이전 시기에 중국과 한국에서의 방대한 양의 문화재의 일본으로의 반출, 중국과 한국에서의 민족적 자부심의 발흥과 그 결과 해외에 소재하는 자국기원 문화재에 대한 관심은 동아시아에서의 문화재의 불법거래방지에 대한 현재 논의에 영향을 미친다. 분석적으로, 두 가지 문제, 즉 1945년 이전 일본에 의한 중국과 한국 문화재의 약탈문제와 1945년 이후의 문화재의 불법거래방지 문제는 분리될 수 있다. 그러나 실제 두 문제의 연결고리를 단절하기는 어려워 보인다. 예를 들어, 만약 중국인과 한국인이 법적으로 의심스러운 상황 하에서 일본으로 반출되었던 문화재를 아주 높은 가격으로 다시 사야 한다면, 이러한 거래에 대하여 이들 국가의 국민들이 상당한 불만과 저항감을 느낄 것은 자명한 사실이다. 무력분쟁 또는 식민지 점령기간 동안에 일본으로 반출된 문화재를 반환하는 문제가 이 지역에서 심각한 논쟁을 불러일으킬 수 있는 잠재적인 문제인 것도 사실이다. 이와 연계하여 이 지역에서 문화재의 불법거래방지를 위해 일본의 보다 적극적인

역할이 요청된다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이, 일본은 예컨대 문화재보호를 위한 지역적 협정체결을 주도하거나 또는 문화재의 불법거래방지에 관한 다자조약들에 적극적으로 참여함으로써 이 문제에 대해 보다 적극적으로 대처하려는 의지를 보이지 않고 있다.

또 다른 역사적 요인 역시 지역의 문화재 보호에 영향을 미친다. 동아시아 지역이 당면한 심각한 외교쟁점 중 하나는 일본교과서에 관한 최근 논쟁에서 예증된 바처럼 과거역사의 해석에 관한 문제이다. 중국과 일본, 그리고 한국에서의 역사편찬은 민족의식을 강화시키려는 목적으로 과거역사를 이념적으로 또는 도구적으로 이용하려는 경향이 있다. 예를 들어, 고대에 한반도 남부지방을 일본이 지배했다는 주장은 한국의 사학자들에 의해 강하게 비판받고 있지만, 이는 종종 한국의 식민지 병합(1910-1945)에 대한 역사적 정당화근거로서 원용되기도 한다. 고구려와 발해에 대한 역사해석을 두고서 중국과 한국 간에 미묘한 긴장이 형성되는데, 양국은 모두 자기 민족역사의 일부로 편입시키려는 의도를 가진 것으로 보인다.¹⁰⁰⁾ 이러한 논쟁에서 문화재는 종종 중요한 역할을 담당한다. 광개토태왕 비문의 해석에 관한 뜨거운 논쟁이 그 좋은 예가 될 것인데, 한 때 몇몇 한국의 사학자들은 AD 4세기경의 일본의 한반도지배를 증명하기 위해 비문이 일본인들에 의해 의도적으로 변경되었다고 주장했었다.¹⁰¹⁾ 비록 요즘은 이러한 주장이 설득력을 잃고 있지만, 이를 통해서 고대문화재를 온전한 모습으로 보존해야 할 또 다른 중요성을 찾을 수 있다. 따라서 문화재보호와 동아시아에서의 보다 구체적인 문화재의 불법거래방지는 이 지역의 과거역사에 대한 이성적 대화의 진전을 위해서도 중요하다 할 것이다.

100) 최근 중국이 고구려사를 중국사로 편입시키기 위하여 ‘동북공정(東北工程)’ 프로젝트를 진행시킴에 따라 양국 사학계를 중심으로 긴장이 첨예화되고 있다. 언론보도에 따르면, 이 프로젝트는 최근 급변하는 동북아 정세를 감안, 중국이 고구려의 중국사 편입을 기정사실화함으로써 향후 야기될 수 있는 영토문제를 사전에 차단하겠다는 의도로 시작되었다 한다. **중앙일보**(2003년 8월 6일).

101) 동아시아에서의 고대역사의 도구적 또는 이념적인 이용(악용)에 관한 상세한 논의에 관하여는 다음의 문헌을 참조하시오. 이성시, **만들어진 고대: 근대 국민 국가의 동아시아 이야기**(서울:삼인, 2001).

<Abstract>

The Protection of Cultural Property and the Prevention of Its Illicit Trafficking in East Asia from a Legal Perspective

Keun-Gwan Lee*

The prevention of the illicit trade in cultural objects has recently become a global issue. The illegal trade in cultural objects is now increasingly recognized as one of the most prevalent categories of international crime. As the seriousness of the problem is widely felt, international society is making a concerted effort to bring this problem under control through international cooperation. For instance, it has adopted a series of international treaties on the prevention of the traffic in stolen or illegally exported cultural objects such as the 1970 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property and the 1995 UNIDROIT Convention on the International Return of Stolen or Illegally Exported Cultural Objects. Not only national governments but also various NGOs and other private-sector institutions and persons are participating in this concerted effort.

In this paper, I have discussed the prevention of the illicit trade in cultural objects from an East Asian perspective. It is needless to say that the prevention of the illegal traffic in cultural objects in East Asia has much in common with that problem in other regions. In these problem areas common to East Asia and other regions, I have discussed the present state of those problems in East Asia. In addition to these common problems, I have tried to identify and discuss some of the problems which I believe are specific to the East Asian region, such as the massive transfer of Chinese and Korean cultural objects into Japan in the

* Associate Professor of Law, Konkuk University

pre-1945 period, and venture a few proposals for the improvement of the present situation.

This paper consists of six sections. The introduction (I) is followed by a brief overview of the historical background to the present debate on the protection of cultural heritage in East Asia (II). I have described the present state of the illicit trade in cultural objects by discussing some of the representative cases. In particular, I have discussed the Higasa case in some detail since a number of problems relating to the protection of cultural heritage in the region are compressed into this colourful story (III). In the next section, I have looked at some of the measures to be taken in international and domestic law for an effective prevention of the illicit trade in cultural objects (IV). I have also discussed measures to be taken in the non-normative field (V). By way of conclusion, I have argued that more attention should be paid to the complexity of cultural heritage-related issues and their inter-linkage, in particular, the danger of an instrumental use of cultural objects for the purpose of biased national historiography (VI).