

# 약탈문화재의 환수와 원소유자 반환의 원칙

-대전지방법원 2016가합102119 서산부석사 불상인도청구사건을 중심으로-

박 선 아\*

## 〈目 次〉

I. 머리말	IV. 이 사건 판결의 정당성
II. 사건의 경과 및 판결의 내용	V. 결론
III. 문화재반환의 이념적 근거와 국제협약	

## I. 머리말

문화재는 국가, 민족 또는 종교단체와 같은 어느 특정한 집단의 정체성<sup>1)</sup>과 불가분적으로 연결된 것으로서 도난·약탈되어 외국에 머물고 있는 문화재는 침략과 약탈의 증거물일 뿐이다. 특히 약탈된 외국문화재를 국유화하거나 문화재로 지정하는 조치는 노골적인 약탈자로서의 모습을 드러내는 것일 뿐이다.<sup>2)</sup> 이러한 문화재 약탈에 관한 확고한 윤리에도 불구하고 그동안 법은 약탈문화재 환수<sup>3)</sup>를 정당하게 해결하지 못하였다.<sup>4)</sup> 이러한 법적 현실 속에서 문화재 반환

DOI: <http://dx.doi.org/10.18018/HYLR.2017.34.3.325>

\* 한양대 법학전문대학원 부교수, 법학박사, 변호사. (sunpark@hanyang.ac.kr)

- 1) 헤겔은 문화재를 민족 정체성의 확장이라고 한 바 있다. Giselle Barcia, “After Chabad : Enforcement in Cultural Property Disputes”, *Yale Journal of International Law*, V.37, p.463.
- 2) 인류가 진정으로 문화재의 가치를 존중하고 문화재 보호 의지가 있다면 루브르와 대영박물관을 채우고 있는 고대 문명 문화유산들의 화려한 모습 뒤에 숨은 강대국들의 탐욕과 약소국의 비통한 역사를 보아야 할 것이다. 김경임, *클레오파트라의 바늘*, 홍익출판사, 2009, 354쪽.
- 3) 문화재 반환(return)에 있어서 환수 restitution), 송환(repatriation) 및 회복(restoration)등의 용어가 혼용되지만, 반환은 일반적 의미로 사용되고 환수는 문화재가 어느 곳에 있는 것이 정당한 것 인지를 따져 ‘있어야 할 곳’으로 되돌린다는 점에서 규범적인 판단이 개입된 개념으로 쓰인다. 송호영, *해외소재 불법 문화재의 환수를 위한 법정정책 연구*, 문화재, 제48권 제4호, 국립문화재연구소,

을 위한 민·관의 작은 노력들<sup>5)</sup>이 모이고 있는 가운데 지난 2012년 10월 일본 쓰시마 섬에 소재하던 고려시대 불상 2점이 도굴꾼에 의해 절취되어 국내로 반입되는 사건이 발생하였다. 이 사건으로 인해 해외로 유출된 우리 문화재의 반환에 대하여 국민들의 관심이 높아졌고, 2점의 불상을 일본 측에 반환할 것인지 여부를 둘러싸고 논쟁이 일어났다.<sup>6)</sup>

국내로 유입된 불상 2점 중 하나인 고려시대 금동관음보살상은 1330년대에 제작된 것으로서 원소유자는 서산 부석사로 밝혀졌다. 서산 부석사는 우리 정부가 일본에 불상을 반환하려는 움직임을 보이자 점유이전금지가처분 소송 및 유체동산인도소송을 제기하여 2013. 2. 25. 가처분결정이 선고되었고 2017. 1. 26. 1심에서 서산부석사에 이를 인도하라는 원고승소판결이 선고되었으며 현재 2심 재판이 진행 중이다<sup>7)</sup>.

이 논문에서는 국내법원에 제기된 약탈 문화재의 환수에 관한 소송으로서 서산 부석사 금동관음보살상에 대한 점유이전금지가처분 및 유체동산인도청구사건의 경과를 정리하고 1심 판결에 대하여 평석하고자 한다.

이 사건을 논함에 있어서 문화재를 바라보는 두 가지의 이념적 흐름인 국제주의와 국가주의가 어떻게 발전되어 왔는지, 문화재에 관한 국제협약들은 두 가지 이념 중에서 어떤 입장을 취하였는지, 현재의 세계적인 추세는 어떠한지에 대해서 설명하고자 한다. 아울러 이 사건 서산 부석사 사건과 유사한 사건으로서 어느 멕시코 인이 프랑스 루브르 박물관에서 점유하고 있던 마야 문서를 절취하여 멕시코로 반입한 사건을 소개하고 멕시코의 대응과 두 나라의 최종 합의 과정을 통하여 이 사건에 대한 시사점을 찾고자 한다. 이를 통하여 문화재의 원소유자로의 반환의 원칙을 관철하지 못하는 현재의 국제법 및 국내법적 현실 속에서 앞으로 어떠한 해법을 만들어서 국제적인 문화재 보호에 이바지하고, 기원국 또는 원소유자 반환이라는 법적 정의에 부합하는 문화재 환수문제에 대해서 논하고자 한다.

2009, 28쪽.

- 4) 문화재에 관한 국제협약의 이와 같은 현실은 문화재 시장국 또는 현 보유국들의 국제협약의 미가입, 소극적 입장의 고수, 국제조약의 원칙적 불소급효 및 시효 조항 등 여러 원인에 기인한다. 박선아, “문화재 분쟁해결을 위한 국제소송에 관한 연구”, 박사학위논문, 한양대학교, 2013, 1쪽.
- 5) 문화재청은 국외소재문화재재단을 통하여 정부 차원에서의 노력들을 하고 있다. 시민단체들의 그동안 노력들은 한국일보 2017. 8. 5. 문정왕후 어보 환수, 이데일리 2015. 8. 13. 아주경제 2015. 9. 8. 세계일보 2014. 12. 8. 자 등 참조
- 6) 연합뉴스 2013. 2. 28, 조선뉴스프레스 2016. 10. 12, 오마이뉴스 2017. 6. 16. 등 참조.
- 7) 불상에 대한 점유이전금지가처분사건은 대전지방법원 2013. 2. 25. 자 2013카합155 결정, 유체동산인도사건은 제1심은 대전지방법원 2016가합102119, 항소심은 대전고등법원 2017나10570 사건.

## Ⅱ. 사건의 경과 : 부석사 금동관음보살상 인도사건

### 1. 사실관계

원고는 서기 677년에 창건된 후 조선 초기 중건하여 서산시 부석면 취평리 도비산에 소재한 대한불교조계종 소속 사찰이다. 부석사금동관음보살상(이하 ‘이 사건 불상’)<sup>8)</sup>은 일본 나가사키현 쓰시마시 도요타마정에 있는 관음사(이하 ‘관음사’)의 재단에 봉안되어 있었는데 2012. 10. 경 절도범들이 이를 절취하여 대한민국으로 밀반입하였다. 위 절도범들이 붙잡히는 과정에서 이 사건 불상은 압수되었고, 절도범들에 대한 형사판결<sup>9)</sup>에 따라 피고인 대한민국은 이 사건 불상을 절도범들로부터 몰수하여 현재 국립문화재연구소 내 유물수장고에 보관 중이다.

### 2. 서산부석사에 의한 점유이전금지가처분 및 유체동산인도청구 소송의 제기

법무부가 이 사건 불상에 대하여 절도 사건의 피해물건 환부절차를 밟을 움직임 보이자 원고는 2013. 2. 19. 신속하게 점유이전금지 가처분 소송을 제기하였고, 2013. 2. 25. 위 신청이 인용되어 우리 정부가 일본정부에게 불상의 점유를 이전하는 것이 금지되었다. 이처럼 문화재 반환 여부가 문제되는 경우 가처분 소송도 자주 이용되는데, 가처분 소송은 비록 현 단계에서

8) 불상의 공식적인 명칭은 ‘부석사 금동관음보살상’이다. 제작연대는 고려 충숙왕 17년 1330년, 크기는 세로 45.5cm, 가로 56cm, 재질은 금동철재이다. 문화재청에 의해 ‘기타문화재 중 국외소재문화재로 지정된 바 있다.

9) 형사판결의 범죄사실은 다음과 같다. “피고인은 2012. 7.경 乙[2013. 6. 28. 대전지방법원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도)죄로 징역 4년 선고, 2013. 11. 7. 확정], 丙[같은 날, 같은 법원에서 같은 죄로 징역 3년 선고, 같은 날 확정]과 함께 일본에 있는 문화재를 훔치기로 공모하고, 2012. 8. 초순경과 2012. 9. 초순경 각각 乙, 丙과 함께 일본 쓰시마섬으로 출국하여 사찰을 전전하며 절취 대상 문화재를 물색하고 귀국하였다. 피고인은 2012. 10. 3.경 乙, 丙, 丁[2013. 6. 28. 대전지방법원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도)죄로 징역 3년 선고, 2013. 11. 7. 확정]과 함께 부산항을 출발하여 일본 쓰시마섬에 도착한 다음, 범행에 사용할 차량을 임차하고 절취품을 담은 가방을 구매하였으며, 대상 장소를 둘러보는 등 범행을 준비하였다. 1. 동조여래입상에 대한 범행, 피고인은 乙, 丙, 丁과 함께 2012. 10. 6. 18:30경 일본 나가사키현 쓰시마시 미네초키사카 247에 있는 카이진 신사에 이르러, 乙은 인근 도로에 주차된 차량에서 망을 보며 대기하고, 피고인과 丙, 丁은 현관 출입문 옆에 걸려 있는 열쇠를 이용하여 시정장치를 열고 산사 안으로 들어갔다. 丁은 산사 안에 설치된 진열장 밑부분을 양손으로 잡고, 피고인과 丙은 유리판을 들어올려 진열장 안에 들어 있는 일본 국가지정중요문화재 조3259호 동조여래입상(통일신라시대 작품)을 미리 준비한 가방에 넣어 가지고 나왔다. 2. 관세음보살좌상에 대한 범행, 피고인은 乙, 丙, 丁과 함께 계속하여 2012. 10. 6. 20:00경 일본 나가사키현 쓰시마시 도요타마정에 있는 관음사에 이르러, 乙은 인근 도로에 주차된 차량에서 망을 보며 대기하고, 피고인과 丙, 丁은 시정되지 않은 출입문을 열고 관음사 안으로 들어갔다. 피고인은 관음사 안에 설치된 재단에 있는 현지정유형문화재 조8호 관세음보살좌상(고려시대 작품)을 들어 내려주고, 丙과 丁은 이를 받아 미리 준비한 가방에 넣어 가지고 나왔다.” 대전지방법원은 피고인에 대하여 징역 3년을 선고하였다. 대전지방법원 2014. 5. 9. 선고 2014고합69 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도), 문화재보호법위반 참조.

는 소유권과 불법유출사실의 입증 등 문화재 반환청구권의 존부가 불명확하다 하더라도 향후 회복할 수 없는 손해의 발생이나 긴급한 필요 등의 임시적인 조치를 구할 보전의 필요성이 인정되는 때에 적절한 구제수단이 된다. 이후 원고 부석사는 2016. 4. 20. 대한민국에 대하여 불상을 원고에게 인도하라는 유체동산인도소송을 제기하였고, 2017. 1. 26. 피고는 원고에게 불상을 인도하라는 주문과 함께 가집행선고가 부가되었다. 그러나 이 사건 불상에 대한 가집행정지신청이 인용되어 항소심이 진행 중인 현재, 피고 대한민국이 이 불상을 점유하고 있다.

### 3. 1심 판단

이 사건 불상은 원고에 봉안되기 위하여 제작된 것으로 원고의 소유이고 이를 고려 말경에 약탈당하였다는 원고 주장에 대한 1심 판결을 요약하면 다음과 같다.

“이 사건 불상은 원고의 소유로 넉넉히 추정할 수 있고, 과거에 증여나 매매 등 정상적인 방법이 아닌 도난이나 약탈 등의 방법으로 일본 쓰시마(대마도) 소재 관음사로 운반되어 봉안되어 있었다고 봄이 상당하다.

1951. 5.경 발견된 이 사건 불상 복장물에서 ‘남섬부주고려국서주부석사당주관음주성결연문’이라는 제목의 글이 발견되었다.<sup>10)</sup>

현재 충남 서산지역의 고려시대의 명칭은 소주이고, 대한불교조계종은 고려말 서주 지역에 소재한 부석사와 원고는 동일한 사찰이라고 밝히고 있으므로, 이 사건 불상은 원고에 봉안하기 위하여 1330년경 제작된 것으로 볼 수 있다(관음사에 있는 이 사건 불상에 대한 안내문에도 이 사건 불상이 고려시대 말기에 만들어진 고려 불상이라는 취지로 기재되어 있다).

대한불교조계종에 대한 사실조회회신 역시 불상을 이운(移運, 불상을 옮겨 모심)할 때에는 불상의 내부에 원문을 적어 그 내용을 밝히고, 때로는 전각 내부에 사찰의 이력을 기록하는 현판 등에 그 기록을 남기기도 하며, 이는 사람의 경우 호적등본에 해당되는 것으로 불상의 내력을 종합적으로 살펴볼 수 있는 자료이고, 이러한 자료가 없을 경우 불상의 현상이 비정상적으로 변경된 것으로 간주할 수 있다는 내용이다.

그런데 앞서 본 바와 같이 이 사건 불상의 제작 당시 넣어두었던 복장물이 1931년경까지 발견되지 않은 상태로 있었고, 이안(또는 이운)에 관한 기록도 발견되지 않았다. 관음사의 연혁약

10) 이 결연물에는 다음과 같은 취지의 내용(번역)이 기재되어 있고, 시주자 32명의 이름이 기재되어 있다. ‘무릇 듣기에 모든 불보살들이 큰 서원을 내어 중생 제도에 너나를 떠나 평등하게 보인다. 그러나 부처님 말씀에 인연이 없는 중생은 교화하기 어렵다고 하였으니 이 금구(金口, 부처님 말씀)에 의거하여 제자 등이 함께 대서원을 내어 관음1존을 만들고 부석사에 봉안하고 영충공양하는 까닭은 현세에서는 재앙을 소멸하고 복을 부르는 것이며 후세에서는 함께 극락에 태어나기를 원하는 바람 때문이다. 천력3년(1330년) 2월’. 대전지방법원 2016가합102119 판결 참조.

사에 의하면 관음사는 1526년경 창건되었고 당시 이 사건 불상을 봉안하였다. 따라서 이 사건 불상은 1330년 서산에서 제작된 후 1526년경 이후에 일본으로 이동되었다고 추정할 수 있다.

이 사건 불상과 관련하여, 어느 재단법인인 발행한 잡지에 전 일본 규슈대학(九州大學) 교수는 다음과 같은 취지의 내용을 기고하였다. 기고의 내용은 다음과 같다. ‘관음사의 설립자가 조선으로 건너가 악행을 저질러 절연을 당한 후 불교를 수양하여 귀국하여 관음사를 열었다고 한다. 왜구의 한 집단이었다고 생각되는 그가 창립한 관음사에 천력3년(1330년) 제작된 고려불상이 존재한다는 것은 왜구에 의한 불상 등의 일방적 청구가 있었던 것으로 추측된다.’ 위 글의 전체적인 취지는 왜구가 이 사건 불상을 정상적이지 않은 방법으로(일방적으로) 가져왔다는 것으로 보인다.

고려사(조선시대에 편찬된 고려시대의 역사서)에는 이 사건 불상이 제작된 1330년 이후인 1353년부터 1381년까지 5회에 걸쳐 왜구들이 현재의 서산 지역을 침입하였다는 기록이 있고, 대마도 향토사학자 등이 발간한 잡지인 ‘대마도의 자연과 문화’에도 역시 그 무렵 왜구들이 서산지역을 침탈한 사실이 있다는 내용이 기재되어 있다.

이 사건 불상에는 화상의 흔적이 있고, 보관(寶冠)과 대좌(臺座)가 존재하지 않는 등 일부가 손상된 상태이다. 이와 같은 불상의 형상에 비추어 볼 때, 이 사건 불상이 정상적인 경로로 이전되었다고 보기는 어려워 보인다.

증인에 의하면 ‘왜구들은 주로 사찰에 방화를 한 후 불상을 가지고 나온 것으로 보이므로 불상의 화상 흔적은 불상이 약탈되었다는 근거로 볼 수 있다. 관음사가 쓰시마(대마도) 내에서 화재로 인하여 이전되었다는 기록은 없었다.’고 한다.

따라서 이 사건 불상의 점유자인 피고는 그 소유자인 원고에게 이 사건 불상을 인도할 의무가 있다.”

### Ⅲ. 문화재 반환에 관한 이념적 근거와 국제협약

#### 1. 문화재 반환에 대한 두 가지 이념

##### (1) 문화재에 관한 국제주의와 국가주의 대립

국제사회는 두 차례의 세계대전 이후 문화재의 국제적 보호와 협력에 대하여 국제적 합의를 위한 공동의 노력을 경주하였다. 그러나 각 국은 문화재 반환 문제에 있어서 기원국 또는 점유국이라는 자국의 위치에 따라 상반된 입장을 취해왔음을 부인하기 어렵다.<sup>11)</sup> 특히 2차 세계대

전 이후 문화재 기원국들이 약탈문화재 환수의 문제를 적극적으로 제기하자 문화재 보유국과 기원국 간의 입장 차이는 더욱 뚜렷해졌다. 이와 같이 문화재 기원국과 보유국 사이에 대립하고 있는 문화재 반환을 둘러싼 두 이념을 문화재에 있어서 국제주의(Cultural Internationalism)와 국가주의(Cultural Nationalism)라고 부른다.

문화재 국가주의는 문화재를 한 국가의 문화유산의 일부로 본다. 문화재 국가주의자들은 문화재의 가치가 문화재 기원국에서 보유될 때 가장 잘 인식될 수 있을 뿐만 아니라 그 정체성과 가치를 유지하고 확보할 수 있다고 주장한다.

반면, 문화재 국제주의는 문화재를 특정국의 이해관계를 초월한 예술적, 고고학적, 인종학적 또는 역사적 관심 대상으로서 보편적인 인류문화의 구성부분이라고 주장한다. 문화재는 그 기원지가 어디인지, 현재 소재지가 어디인지를 묻지 않고 문화재의 소유권이나 국가의 주권과도 독립된 것으로 본다. 이들은 문화재 국제주의가 인류 전체에게 더 큰 이익을 가져온다고 주장한다.<sup>12)</sup>

문화재 국제주의자들 및 문화재 보유국들의 논리는 크게 합법적 소유권 취득의 측면, 인류 유산의 측면 및 문화재 보존적 측면의 주장으로 나눌 수 있다.

우선 합법적 소유권 취득의 측면에서 문화재 보유국들은 박물관에 소장하고 있는 외국 문화재들은 취득 당시를 기준으로 합법적으로 취득하였다고 주장한다. 또한 문화재의 존재 자체가 자신들의 문화·역사와 더 이상 분리될 수 없는 역사적 사실이 되었음을 내세워 문화재 보유의 적법성을 주장하기도 한다.<sup>13)</sup> 그러나 이러한 주장은 ‘기정 사실(fait accompli)’에 대한 권한 부여, 또는 ‘현 상태의 유지(status quo)’로서 ‘야만시대의 부활’이라는 비판을 받고 있다.<sup>14)</sup>

11) 두 이념은 국가별로 입장을 달리 하는 경향이 있는데, 대체로 상대적으로 빈곤한 기원국은 국가주의를, 상대적으로 부유한 시장국(현보유국)은 국제주의를 추종하는 경향을 보인다. 기원국과 시장국을 국가별로 분류해 보면, 역사적으로 문화재가 풍부했던 멕시코, 이집트, 그리스, 인도 등은 기원국에 해당하는데, 이러한 국가에서는 문화재의 공급이 국내 수요를 초과하는 경향을 보이고 있다. 이에 반해 미국·영국·프랑스·독일·일본·스칸디나비아국가·스위스 등은 문화재 시장국의 지위를 가지는 나라로서, 이들 나라에서는 문화재에 대한 국내적 수요가 공급을 초과하는 경향을 보이고 있다. 대체적으로 시장국은 부유하고 기원국은 상대적으로 가난한데, 문화재시장국에서의 수요는 결국 기원국에서 문화재 반출을 유발하는 동기가 된다. 홍성필, “문화재의 불법유통에 관한 국제적 규제”, 국제법학회 논총 제45권, 대한국제법학회, 1999, 240쪽.

12) John Henry Merryman, “Thinking about the Elgin Marbles”, Michigan Law Review 83, 1985, p.853.

13) 김경임, *클레오파트라의 바늘*, 홍익출판사, 2009, 137-157쪽.

14) 1978년 UNESCO 사무총장 Amadou Mahtar M'Bow의 호소문 “A Plea For the Return of an Irreplaceable Cultural Heritage to Those Who Created It” ; 김형만, *문화재반환과 국제법*, 삼우사, 2001, 17쪽 재인용.

인류 유산적 측면에서의 문화재 국제주의자들의 입장은 다음과 같다. 세계 유명 대형 박물관들이 문화재의 역사성과 예술성을 보다 많은 대중에게 소개할 수 있고, 문화재가 세계 대형 박물관에서 보다 더 잘 보유·유지되고 있다고 주장한다. 그러나 대부분의 약탈문화재가 보유국에서 어떻게 다루어지고 있는지를 살펴보면 위와 같은 주장의 허구성을 확인할 수 있다. 프랑스에 의해서 약탈되었다가 조건부 반환된 우리의 약탈문화재 ‘외규장각 의궤’는 100년 이상 프랑스에 보관되어 있었지만 단 한 건의 연구도 프랑스에서 진행된 바 없었다. 외규장각 의궤에 대한 연구는 프랑스에서 의궤가 발견되어 약탈문화재임이 드러난 후 이루어진 문화재 기원국인 우리나라 박병선 박사의 연구인 ‘해제’가 유일하였다.<sup>15)</sup>

그 외에도 문화재 보존적 측면에서 문화재 보유국들은 보유국이 소장하고 있는 문화재들은 최적의 조건에서 보존되고 있고, 기원국의 요구대로 문화재를 반환하면 이가 파손될 우려가 크다고 주장한다. 그러나 문화재 보유국이나 그 나라의 대형박물관들이 우려하는 위와 같은 점들은 선진국이나 UN 등 국제기구의 기술적, 재정적 원조를 통해서 충분히 해결될 수 있으므로 설득력이 떨어진다.<sup>16)</sup>

## (2) 문화재 국가주의의 우세

문화재에 관한 국가주의에 따르면 문화재는 문화재의 현 소재지나 현 점유와는 관계없이 민족적인 특징을 내포하므로 문화재 수출 규제나 기원국들의 환수 요구를 정당하다.

국제 사회는 침략과 약탈에 대한 반성적 합의에 근거하여 문화재 국제주의가 문화재 보유국의 이익만을 지나치게 대변한다는 비판으로부터 자유로울 수 없게 되었고, 이에 대한 반성으로 현재 국제사회에서는 문화재 국제주의보다 국가주의가 우세한 것으로 평가받고 있다.<sup>17)</sup> 그러

15) 프랑스는 외규장각 의궤가 소중한 프랑스 국유문화재이고 이를 대한민국에 반환한다면 ‘루브르를 텅텅 비게 될 것’이라는 기막힌 주장까지 펼치면서 반환을 거부하기도 했다. 김경임, 위의 책, 356쪽.

16) 김형만, 문화재반환과 국제법, 삼우사, 2001, 21쪽.

17) 두 이념의 대립은 그리스의 고대 대리석 조각군들을 돌려받기 위한 그리스와 영국의 문화재분쟁에서 확연히 드러났다. 영국에서 소위 엘긴 마블(Elgin Marbles)로 불리는 이 조각군은 원래 그리스 파르테논 신전을 장식한 대리석 조각군(Parthenon Marbles)으로 오스만 제국 주재 영국 대사로 재직했던 토머스 브루스 엘긴 백작이 그리스에서 유출하여 영국에 반입한 것이다. 토머스 브루스 엘긴 백작은 1801년 당시 그리스를 식민지배 중이던 오스만 제국의 허락을 받아 반출하였고, 현재 이 대리석 조각군은 영국 런던의 대영박물관에 전시되고 있다. 그리스는 1832년 독립 이후 오스만 제국 발굴허가의 위법성을 들어 반환을 주장하였지만 영국은 합법적 취득 등의 이유를 들어 반환을 거부하고 있다. 파르테논 마블(Parthenon Marbles)이 영국으로 반출된 경위와 그리스의 반환운동에 관한 자세한 설명은 김경임, ‘과연 민족의 유산인가, 인류보편의 유산인가’, 클레오파트라야의 바늘, 홍익출판사, 2009, 136-157쪽. 또한 어느 멕시코 변호사가 프랑스 국립 박물관에서 절취한 멕시코에서 유래한 마야 문명 문화재인 코텍스에 대한 반환 문제를 놓고 벌인 프랑스와 멕시코 사이의 문화재 분쟁에서도 국제주의와 국가주의는 큰 입장 차이를 보인 바 있는데, 멕시코-프랑스간 사례는 아래에서 언급하겠다.

나 그것만으로는 문화재 유출과 취득의 불법성을 정당화하는 논거로는 일정한 한계가 있다. 나아가 문화재가 기원국에게 반환되어도 개인소장품으로 사라져 공중이 접근하거나 학문적 연구의 대상으로 삼을 수 있는 기회나 관람의 기회가 상실될 수 있다는 우려는 문화재 국가주의가 해결해야 할 과제들로 남아 있다.<sup>18)</sup> 더욱 강력한 문화재 보호의 이념으로 문화재 국가주의가 자리매김 하기 위해서는 기원국으로의 약탈문화재 강제 반환을 보장해 주어 불법거래 등에 의한 문화재의 국제적인 유통을 실효적으로 예방할 수 있다는 점을 지속적으로 주장하고 그에 대한 이론적 근거를 정립하여야 할 것이다.<sup>19)</sup>

## 2. 원소유자 반환의 원칙과 국제협약

1954년 헤이그 전시문화재협약<sup>20)</sup>과 1970년 UNESCO 문화재 협약<sup>21)</sup>은 협약의 채택 동기가 다를 뿐만 아니라 문화재의 정의<sup>22)</sup>와 문화재 보호의 의미에 대해서도 차이가 있다. 1954년 헤이그 전시문화재협약은 전시 문화재 보호로부터 유래하였다. 1954년 헤이그 전시문화재협약은 그 전문에서 ‘문화유산은 모든 인류의 것’이라는 점을 선언함으로써 문화재 파괴로부터의 문화재보전을 강조하였다. 반면 1970년 UNESCO 문화재협약은 불법적인 문화재 반출입과 양도 등을 규제하고 예방하기 위해 채택되었다. 동 협약은 전문과 본문에 걸쳐서 ‘민족적 문화유산 및 그에 대한 국가의 이익’을 강조하여 기원국의 문화재 보유와 원소유자에게로의 반환이라는 정의를 세우고자 노력하였다.<sup>23)</sup> 이러한 입장 차이에 대하여 1950년 헤이그협약

18) 문화재에 관한 국가주의와 국제주의는 보호 자력이 없는 기원국의 환경으로부터 위협받고 있는 문화재에 관한 사안에서 입장을 차이가 가장 명확하게 드러난다. 문화재 국제주의자들은 파괴적인 보유에 의하여 위협에 처한 작품들이 위협이 덜하거나 없는 다른 나라로 이동한다면 더 잘 보존되고 연구되어 인류에게 사랑받게 될 것이므로, 이를 방치하기보다 수출하는 것이 낫다고 주장한다. 이들은 문화재는 그것들에 대하여 지식이 있는 박물관과 수집가들의 공동체가 잘 발달되어 있고 작품을 존중할 줄 아는 나라에 있었다면 더욱 잘 보존되었을 것이라고 설명한다. 보호 자력 없는 기원국들이 문화재를 방치하는 것은 곧 인류의 문화유산을 위협에 빠뜨리는 것이고 파괴적인 보유 또는 탐욕적인 방치라고 밖에 볼 수 없다고 강력하게 주장한다. John Henry Merryman, “Two Ways of Thinking About Cultural Property”, *The American Journal of International Law* 80, 1986, p.(p.835-849).

19) 김형만, 위의 책, 28쪽.

20) 1954년 전시 문화재 보호에 관한 협약이라 함은 1954년에 채택된 *The Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*을 말한다.

21) 1970년 UNESCO 문화재협약이라 함은 1970년에 채택된 *Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property*을 말한다.

22) 1954년 헤이그 전시문화재협약 제1조는 문화재에 대하여 “모든 민족의 문화적 유산에 있어 큰 중요성을 지니는 동산 또는 부동산”으로 정의하고 있다. 1970년 UNESCO문화재협약 제1조는 문화재를 “고고학, 선사학, 역사학, 문학, 예술 또는 과학적으로 중요하며 각 국가가 종교적 또는 세속적 근거에 따라 특별히 지정한 재산으로 본 조에서 열거한 11가지의 유형에 포함되는 재산”으로 정의하고 있다. 박선아, 앞의 논문, 7쪽.

은 국제주의적 관점에, UNESCO 1970년 협약은 국가주의적인 관점에서 있다는 평가를 받고 있다.<sup>24)</sup>

문화재 국가주의는 문화유산에 대해서 가지는 자국의 특별한 이해관계를 주장하고 문화재의 가치는 기원국의 영토 내에 보유될 때에만 가장 잘 인식되고 보존될 수 있다는 입장으로 이는 1970년 UNESCO 문화재협약에 강력하게 반영되어 있다.<sup>25)</sup> 문화재에 관한 가장 보편적인 국제협약이자 국가주의적 입장인 UNESCO협약은 1874년 브뤼셀 선언(Declaration of Brussels)<sup>26)</sup> 이래 문화재와 관련한 국제사회의 지배적인 이념으로 뿌리내려온 국제주의로부터의 이탈을 의미한다.<sup>27)</sup> 동 협약 채택 이후 현재에 이르기까지 문화재 국가주의는 UNESCO 등 국제기구, 국내법, 문화재에 관한 연구 등에서 지배적인 지지를 받고 있다. 미국도 위 협약에 따라 1982년 문화재협약이행법을 제정하여 시행하고 있으며, ‘1993년 문화재반환에 관한 유럽공동체지침’, ‘1995년 UNIDROIT 문화재 환수협약’<sup>28)</sup> 또한 위 1970년 UNESCO협약에서 선언한 문화재 국가주의와 기원국 반환 원칙 또는 원소유자 반환의 원칙에 기초하여 제정되었다.

23) 문화재에 관한 두 가지 시각을 1954년 헤이그 전시문화재협약 과 1970년 UNESCO 문화재협약에 대한 상호 비교를 통하여 설명한 논문으로 John Henry Merryman, “Two Ways of Thinking About Cultural Property”, *The American Journal of International Law* 80, 1986, p.(p.835-849).

24) 이동기, “문화재환수협약의 성립 경위와 현황 -UNESCO협약과의 관계를 포함하여-”, 국제사법연구 제15호, 한국국제사법학회, 2009, 167쪽.

25) 1978년 유네스코 총장은 “미술품이 만들어진 자연적·사회적 배경에서 평가될 때 전문가 이진 비전문가이진 모두에게 그 작품이 얼마나 많은 아름다움과 진실을 가져다주었는지 알 수 있다.” 김형만, 앞의 책, 27쪽. ; “유네스코 협약은 민족적 문화유산으로서의 국가의 주권적 소유권 개념을 부각시키고 있다.” 김형만, 앞의 책, 256쪽. ; 이동기, “문화재환수협약의 성립 경위와 현황 - UNESCO협약과의 관계를 포함하여-”, 국제사법연구 제15호, 한국국제사법학회, 2009, 166쪽.

26) 1874년 브뤼셀 선언(Declaration of Brussels)은 러시아의 국제법학자 마르텐스(Fyodor Fyodorovich Martense, 1845- 1909)의 권고에 의해 러시아 정부의 제창으로 1874년에 개최된 브뤼셀회의에서 채택된 선언으로서 15개국의 군인·외교관·국제법학자 등이 참가하여 전쟁의 법규관례를 성문화한 조약의 작성을 의도한 것이었다. 러시아 정부가 최종안을 회부하기 이전에 헤르체코비나에서 반란이 일어나, 영국이 열의를 잃었기 때문에 조약으로서 발효되지 못하였지만 헤이그 평화회의에서의 전쟁법 법전화의 선구자가 되었다. 21세기 정치학대사전, 2010.1.5., 한국사전 연구사.

27) 서헌제·박천호, “도난·불법반출 문화재에 관한 법리적 연구-1970년 UNESCO 문화재협약, 1995년 UNIDROIT협약 및 주요 체약국의 이행법을 중심으로-”, 한국법제연구원, 2007, 37쪽.

28) 1995년 UNIDROIT에서 제정된 ‘도난 또는 불법 반출문화재 반환에 관한 UNIDROIT 협약’(Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects 1995). 1995년 UNIDROIT 문화재 환수협약은 1970년 UNESCO 문화재협약의 문화재 보호 원칙을 실질적으로 이행하기 위한 수단으로서 사법적(私法的)규정의 필요성 때문에 제정되었다.

## Ⅳ. 이 사건 판결의 정당성

### 1. 일본의 자국문화재 지정과 반환 요청의 부당성

서산 부석사 금동관음보살상(이하 ‘이 사건 불상’)은 복장물을 통하여 세상에 나온 이유와 원 소장처가 어디인지를 밝힘으로 존재의 이유를 분명히 하였고, 반입 이전에도 여러 기회를 통하여 국내에 소개되었다.<sup>29)</sup> 수많은 약탈 문화재의 운명처럼 이 사건 불상도 약탈국인 일본의 지방문화재로 버젓이 등록되어 있었다.<sup>30)</sup>

이 사건 불상의 반환을 요구하는 일본 정부는 우리 ‘문화재보호법’ 제20조<sup>31)</sup>에 근거하여 자국 문화재일지라도 불법으로 유출된 것이 증명되지 않으면 정당한 절차에 따른 반환 요청이 있을 경우 반환해야 한다고 주장한다. 우리 문화재보호법 제20조 규정에 의하면 문화재청장은 국내에 유입된 불법반출문화재를 유지할 수 있고, 그 문화재의 원 소유국이 자국에서 불법반출된 것임을 증명하거나 조약에 따른 정당한 절차에 따라 그 반환을 요청하면 이를 반환해야 한다.

문화재보호법 제20조는 외국 정부가 정당하게 취득한 소유자라는 점이 인정될 때에만 ‘외국 문화재로서 보호’한다. 문화재 보호법은 외국이 소유권을 주장하는 문화재가 약탈 문화재인 경우에 어떻게 처리할 것인지에 대해서는 별도로 규정하고 있지 않다. 이 사건 재판 중 일본국은 정당한 취득 경위를 밝히지 않았을 뿐만 아니라 오히려 여러 연구와 전문가 증언을 통해서 약탈문화재임이 명확해졌으므로 막연히 문화재보호법 제20조를 들어서 반환을 요구하거나 판결의 부당성을 주장하는 것은 설득력이 없다.

29) 윤용혁, 고려 말의 왜국와 서산 부석사, 역사와 담론 69집, 호서사학회, 2014, 1, 269쪽.

30) 일본의 문화재 보호는 1950년에 제정된 ‘문화재보호법’에 의하여 이루어진다. 유형문화재의 보호체계를 살펴보면, 문화재는 그 소유자가 자기의 소유권에 기초하여 관리를 행사하는 것을 원칙으로 하되, 국가지정문화재는 그 공공성에 의하여 문화재보호법에 의하여 소유자의 권리가 제약되고 소유자에게 일정한 의무가 부과되고 있다. 이준우 외, 문화재 보호법제 정비방안 연구, 한국법제연구원, 2004, 82쪽.

31) 문화재보호법 법률 제20조(외국문화재의 보호)① 인류의 문화유산을 보존하고 국가 간의 우의를 증진하기 위하여 대한민국이 가입한 문화재 보호에 관한 국제조약(이하 “조약”이라 한다)에 가입된 외국의 법령에 따라 문화재로 지정·보호되는 문화재(이하 “외국문화재”라 한다)는 조약과 이 법에서 정하는 바에 따라 보호되어야 한다. ② 문화재청장은 국내로 반입하려 하거나 이미 반입된 외국문화재가 해당 반출국으로부터 불법반출된 것으로 인정할 만한 상당한 이유가 있으면 그 문화재를 유지할 수 있다. ③ 문화재청장은 제2항에 따라 외국문화재를 유지하면 그 외국문화재를 박물관 등에 보관·관리하여야 한다. ④ 문화재청장은 제3항에 따라 보관 중인 외국문화재가 그 반출국으로부터 적법하게 반출된 것임이 확인되면 지체 없이 이를 그 소유자나 점유자에게 반환하여야 한다. 그 외국문화재가 불법반출된 것임이 확인되었으나 해당 반출국이 그 문화재를 회수하려는 의사가 없는 것이 분명한 경우에도 또한 같다. ⑤ 문화재청장은 외국문화재의 반출국으로부터 대한민국에 반입된 외국문화재가 자국에서 불법반출된 것임을 증명하고 조약에 따른 정당한 절차에 따라 그 반환을 요청하는 경우 또는 조약에 따른 반환 의무를 이행하는 경우에는 관계 기관의 협조를 받아 조약에서 정하는 바에 따라 해당 문화재가 반출국에 반환될 수 있도록 필요한 조치를 하여야 한다.

일본 정부는 1970년 유네스코 협약의 불소급효를 주장하면서 반환을 요구한다. 물론 유네스코 협약은 협약 이전의 약탈 문화재에 대한 반환청구의 정당성을 소급적으로 확인하여 주지 않는다. 그러나 협약의 불소급효가 협약 이전의 문화재 약탈의 정당성의 근거가 될 수 없음은 분명하며, 협약은 그 취지뿐만 아니라 전체에 걸쳐 약탈 문화재임이 명확한 사안에서 ‘현 상태 대로의 유지’ 또는 ‘약탈 상황의 정당성’을 뒷받침하는 내용을 담고 있지 않다. 따라서 막연히 유네스코 협약이 소급효가 없기 때문에 이를 근거로 우리가 소유권을 주장하지 못한다고 하는 것은 오히려 유네스코 협약의 취지에 반하는 정당하지 못한 결론에 이르게 된다.

이에 반하여 원소유자인 부석사에게 이를 인도하여야 한다는 입장으로서 제1심 판결에 찬성하는 입장에서는 일본은 수많은 우리 문화재를 약탈하여 현재에도 UNESCO 국제박물관협회(ICOM)의 윤리강령을 무시하면서까지 불법적 보유를 유지하고 있기 때문에 이 사건 불상이 비록 절도행위에 의해서 반입되었으나 일단 이의 반환을 거부하여 약탈 문화재에 대한 정의를 한 일 간을 넘어서 국제사회에 환기시켜 원소유자 반환이라는 중국적 목표를 달성하여야 한다고 주장한다.

국제적 문화재 분쟁은 명료한 법적 근거를 가지고 쉽게 결론에 도달할 수 없으며, 문화재의 국제적 보호에 관하여 국제사회가 공감대를 형성하면서 진전시키고 있는 이념과 원칙에 따라서 판단해야 한다. 또한 보편적으로 적용될 수 있는 문화재에 관한 국제적 관습과 관행을 개별 사례를 통해서 발견하고 이를 결론에 반영하여야 한다. 법원과 우리 정부는 국가주의의 우세적 경향, 1970년 유네스코 협약의 취지, 2009년 세계박물관협회(ICOM, International Code of Ethics For Museums, 2009) 윤리규정 및 외국의 판례에서 확인된 법리 등을 종합적으로 고려하여 판단하고 대처해야 할 것이다. 2009년 세계박물관협회(ICOM, International Code of Ethics For Museums, 2009) 윤리규정 2.3 ‘Provenance and Due Diligence’(문화재의 내력과 상당한 주의의무)에서는 ‘박물관의 문화재 취득 시 성실한 조사를 통해 문화재가 불법으로 취득되거나 거래된 것이 아님을 확인해야 할 것’을 규정하고 있다.

일본은 금동관음보살상을 문화재로 지정하고 이를 보관하면서도 2009년 세계박물관협회(ICOM, International Code of Ethics For Museums, 2009) 윤리규정에 따라 취득 경위를 조사하거나 밝히는 절차를 전혀 거치지 않았다. 따라서 우리 정부와 원고인 부석사는 일본에 대하여 취득경위와 상당한 주의를 다하여 자국 문화재로 지정하였는지에 대해서 일본에 입증을 요구할 수 있다.

증거에 의하여 원소유자를 확정하고, 약탈당한 명확한 시기와 함께 약탈 사실을 확정하여 원소유자 반환의 원칙을 관철하고 있는 이 사건 판결은 결론에 있어서 정당하다. 그러나 이 사건 판결에서, 앞서 살펴 본 문화재 국가주의와 국제주의가 대립하는 국면을 넘어서 현재는 국가주의가 우세해진 경향이 판결의 결론에 대한 이론적 근거가 될 수 있고, 국가주의가 반영된 국제

협약과 여러 국제 규정 등이 판결의 결론에 대한 법적 근거가 될 것임에도 불구하고 이에 대한 판단은 실시하지 아니한 점을 지적하지 않을 수 없다.

## 2. 마야문명 문서 ‘코텍스’ 절취사건

문화재 분쟁은 재산권을 둘러싼 소유권 분쟁에 그치지 않는다. 서산부석사 금동관음보살상 사건 또한 약탈당한 문화재의 원 소유국인 우리나라와 이를 오랫동안 점유하여 왔던 일본 사이에 외교문제로서 양국 간은 물론 국제사회도 관심이 높다. 이와 관련하여 1982년 어느 멕시코인이 프랑스 루브르 박물관에 소재하던 마야문명 문서를 절취하여 멕시코로 반입했던 사건은 우리 사건에 참고할 만한 점이 있다. 당시, 멕시코와 프랑스 사이에서는 문화재 반환여부와 그 해결방법을 둘러싸고 국제주의자와 국가주의자 간에 논쟁이 벌어진 바 있다.<sup>32)</sup>

원래 ‘코텍스 문화재’는 멕시코에서 기원하는 것으로서 마야 문명의 중요 문화재였다. 그런데 19세기에 멕시코에서 도난당한 후 프랑스 국립박물관에 보관되어 있었다.<sup>33)</sup> 1982년 6월, 멕시코 출신의 변호사 호세 루이스 카스타냐는 박물관에서 이 고문서들을 열람한 후 그 중 14세기에서 15세기 사이에 제작된 아즈텍 달력 ‘오뱅 토날라마틀(Aubin Tonalamarl)’을 절취하였다. 카스타냐는 이 고문서들을 가지고 즉시 멕시코로 출국하였고, 멕시코에서 체포되었다. 카스타냐는 체포된 후 아즈텍 달력을 멕시코 국립 인류 역사학 연구소에 기증하면서 “이것은 약탈된 멕시코 고문서 회복의 첫 번째 거사”라고 선언했다. 검찰총장은 그를 즉시 석방했고, 언론은 그를 “멕시코 문화유산 회복의 영웅”이라고 보도했다. 프랑스는 “명백한 절도행위를 통한 문화재 회복은 인정할 수 없다”고 주장하면서 아즈텍 달력의 반환을 멕시코 정부에게 요구했지만 거부당했다. 멕시코 정부는 이 달력이 19세기 멕시코에서 약탈되어 유럽으로 간 것으로 1740년대 이후의 소유자에 대하여서는 정확한 기록이 있으나, 그 이전의 기록이 부재함을 들어 약탈의 가능성을 제기하였다.

32) Between France and Mexico, “a Cultural Crisis”, Int'l Herald Tribune Aug. 1982. ; John Henry Merryman, 위 논문 p.846.

33) 이 고문서를 프랑스가 취득한 경위는 다음과 같다. 멕시코 원주민인 아즈텍인들의 달력인 ‘토날라마틀’은 희소성이 높아 문화재 가치도 높다. 이 달력이 처음 확인된 것은 멕시코에 거주했던 이탈리아 귀족 로렌조 보투라니 베나두치의 소장 목록에서인데, 베나두치가 멕시코에서 추방된 후, 이 문서는 압수되어 멕시코 주재 스페인 총독부의 소유로 들어갔다. 그 후 아즈텍 달력은 멕시코 출신 천문학자 가마의 손을 거쳐 1802년 독일인 네벨에게 넘어갔다가 다시 프랑스 유물학자 발테크가 구입했다. 1840년 발테크는 이 문서를 유럽으로 반출하였고, 1841년 프랑스 천문학자 오뱅에게 금화 200프랑에 팔았다. 오뱅은 유실된 3-8페이지를 구해 아즈텍 달력의 현재의 모습인 3-20페이지로 만들었다. 이때부터 위 고문서는 ‘오뱅 토날라마틀(Aubin Tonalamarl)’이라 불리기 시작했다. 오뱅은 위 고문서를 1889년 구필에게 매각하였고, 구필의 사후인 1898년에 그의 부인이 이를 프랑스 국립도서관에 기증함으로써 프랑스 국립도서관 소유가 되었다. A stolen relic is a problem for Mexicans, The New York Times, Aug 29, 1982. ; 칼럼 멕시코 아즈텍 달력과 서산 부석사 불상-약탈과 도난의 역사를 넘어, 이상근, 조선일보, 2016. 1. 19. 등 참조.

멕시코와 프랑스는 협상에 들어갔고, 아즈텍 달력 반환에 대한 멕시코 국민들의 여론이 악화되어 반환이 불가능하다는 것을 확인한 프랑스는 자신들의 소유권을 유지하는 대신 ‘3년 갱신으로 아즈텍 달력을 멕시코에 대여’하기로 했다. 그 후 2009년에는 아즈텍 달력에 관하여 ‘영구대여’ 형식으로 양국 간 협정이 맺어졌다. 비록 영구대여의 형식을 빌렸으나 양국이 화해를 통해서 원소유자인 기원국 반환의 원칙이라는 국가주의에 따른 결론을 도출한 사건으로서 이 사건은 참고할 만하다.

## V. 결 론

문화재의 고향 또는 유래라는 것은 여러 가지의 표지로 정해질 수 있다. 문화재는 인격적 특징을 갖고 기원지의 역사적·문화적 정체성이 투영된 것이다. 그 어느 누구도 문화재를 경제적 가치만이 투영되어 있는 일반적인 재화로 보지 않는다. 경제적 가치라는 것도 결국은 문화재의 정체성, 역사성, 학술성, 비대체성 등 문화재의 특징들이 결합되어 상승된 것이다.<sup>34)</sup> 현재 대부분의 국가에서는 문화재의 거래 및 반출에 대하여 일정한 범위의 제한 규정을 두고 있다. 이러한 법규들은 바로 문화재의 불법적인 거래를 금지함으로써 모든 국가구성원이 향유해야 할 문화재에 관한 이익을 보장하고자 하는 것이다. 이와 같은 각국의 문화재 관련 규정들은 단순히 자국의 문화재 보호에 한정하여 적용되는 것이 아니라 국제적인 문화재 보호질서에 관한 것이므로 문화재 분쟁에 있어서 공서로 작용하고, 문화재 보호의 기준을 국제적인 문화재 보호질서라는 공서차원에서 적용하는 것이 타당하다고 본다.<sup>35)</sup> 아울러 문화재의 밀반출을 금지하는 UNESCO협약의 기본정신을 일종의 국제법적 공서로 받아들여야 할 것이다.<sup>36)</sup>

따라서 제2심 법원은 앞서 살펴 본 국가주의의 우세적 경향, 1970년 유네스코 협약의 취지, 2009년 세계박물관협회(ICOM, International Code of Ethics For Museums, 2009) 윤리 규정 등을 종합적으로 고려하여 더욱 상세하게 문화재의 가치와 정체성, 문화재의 국제적 보호와 원소유자 반환의 원칙이라는 국제관습법을 확인하고 상세한 판결 이유를 실시할 필요가 있다. 특히 2009년 세계박물관협회(ICOM, International Code of Ethics For Museums, 2009)의 윤리규정 2.3 ‘Provenance and Due Diligence’(문화재의 내력과 상당한 주의의무)

34) Derek Fincham, “How Adopting the Lex Originis Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property”, *Colum. J. L. & Arts* 111(2008): p.146.

35) 이재경, “미술품의 국제거래상 준거법의 선택”, 국제사법연구 제14호, 한국국제사법학회, 2008, 260쪽.; 석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012, 118쪽.

36) 송호영, “문화재반환사건에 있어서 민법 및 국제사법상 몇 가지 쟁점”, 국제사법연구 제15호, 한국국제사법학회, 2009, 248쪽.

에 따른 문화재의 내력을 밝히는데 상당한 주의의무를 다하지 못하였고, 이 사건 재판 과정에도 이 사건 불상의 내력에 관하여 일체의 근거자료를 제출하지 못하면서 소유권만을 주장하는 일본 정부를 꾸짖는 준엄한 판결을 기대한다. 이는 1970년 유네스코 협약에 반영된 국가주의 및 원소유자 반환의 원칙에도 부합하는 것으로서 소급효가 없는 1970년 유네스코 협약의 단점을 극복하면서 문화재의 국제적 보호를 훼손하지 않는 오늘날의 국제관습법을 확인하는 것일 뿐만 아니라 비록 약탈 피해국의 판결이기는 하지만 문화재의 법적 정의를 바로 세우는 중요한 기회가 될 것이다.<sup>37)</sup>

(논문투고일자: 2017. 08. 31 / 심사 및 수정일자: 2017. 09. 18 / 게재확정일자: 2017. 09. 18)

**주제어** : 약탈문화재 환수, 원소유자 반환의 원칙, 문화재 소송, 문화재 국가주의, 1970년 유네스코협약

37) 같은 입장으로는 ‘일 대마도 간논지는 서산부석사 불상을 정당하게 취득했는지를 입증해야’, 이상근, 조선일보, 2018. 8. 30. 참조 ; 한국과 일본은 모두 ICPRCP(약탈문화재 환수를 위한 정부간 위원회)에 불상에 대한 제작 과정, 입수 경위 등을 각자 밝혀야 하므로 UNESCO와 양국이 함께 공동조사를 하는 절차를 거쳐 신중하게 접근하여야 한다고 주장한다. 금동보살좌상의 반환을 둘러싼 국내에서 주장되는 찬반의견의 구체적 내용에 대해서는 동아일보 2013. 3. 29.자 보도 등 참조.

## 〈참고문헌〉

### [국내자료]

#### [단행본]

- 김정임, “클레오파트라의 비늘”, 홍익출판사, 2009.  
 김형만, “문화재반환과 국제법”, 삼우사, 2001.  
 석광현, “국제민사소송법”, 박영사, 2012.

#### [논문]

- 박선아, “문화재 분쟁해결을 위한 국제소송에 관한 연구”, 박사학위논문, 한양대학교, 2013.  
 박천호·서현제, “도난·불법반출 문화재에 관한 법리적 연구-1970년 UNESCO 문화재협약, 1995년 UNIDROIT협약 및 주요 계약국의 이행법을 중심으로-”, 한국법제연구원, 2007.  
 송호영, “문화재반환사건에 있어서 민법 및 국제사법상 몇 가지 쟁점”, 국제사법연구, 제15호, 한국국제사법학회, 2009.  
 \_\_\_\_\_, “해외소재 불법 문화재의 환수를 위한 법정책적 연구”, 문화재, 제48권 제4호, 국립문화재연구소, 2015.  
 손경한, “문화재환수협약의 개요와 한국의 대응방안”, 국제사법연구 제15호, 한국국제사법학회, 2009.  
 이동기 편, “문화재환수협약의 성립 경위와 현황 -UNESCO협약과의 관계를 포함하여-”, 국제사법연구 제 15호, 한국국제사법학회, 2009.  
 이재경, “미술품의 국제거래상 준거법의 선택”, 국제사법연구, 제14호, 한국국제사법학회, 2008.  
 홍성필, “문화재의 불법유통에 관한 국제적 규제”, 국제법학회 논총 제45권, 대한국제법학회, 1999.

### [기타 자료]

- 이근관, “UNIDROIT 협약 가입을 위한 국내법 개정방향 연구 최종 결과보고서”, 문화재청, 2007.  
 이준우 외, “문화재 보호법제 정비방안 연구”, 한국법제연구원, 2004.

### [해외자료]

#### [논문]

- Derek Fincham, *How Adopting the Lex Originis Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property*, *Colum. J. L. & Arts* 111, 2008.  
 Erik Jayme, *Protection of Cultural Property and Conflict of Laws : The Basel Resolution of Institute of International law*, *Int'l J. of Cult. Prop.* 6, 1997.  
 Giselle Barcia 편, *After Chabad : Enforcement in Cultural Property Disputes*, *Yale Journal of International Law*, V,37.  
 John Henry Merryman 편, “a Cultural Crisis”, *Int'l Herald Tribune* Aug. 1982. John Henry Merryman, *Thinking about the Elgin Marbles*, *Michigan Law Review* 83, 1985.  
 John Henry Merryman, *Two Ways of Thinking About Cultural Property*, *The American Journal of International Law* 80, 1986.

### [기타 자료]

- Porter v. Wertz, 23 U.C.C. Rep. Serv.(CBC) 614, N.Y. Sup. Ct. Mar. 13, 1978.

〈국문초록〉

## 약탈문화재의 환수와 원소유자 반환의 원칙

- 대전지방법원 2016가합102119 서산부석사 불상인도청구사건을 중심으로 -

박 선 아

2012년 10월 일본 대마도에 소재하던 우리 불상 2점이 도굴꾼에 의해 절취되어 국내로 반입되는 사건이 발생하였다. 이 사건으로 인해 해외로 유출된 우리 문화재의 환수에 대하여 국민들의 관심이 더욱 높아졌다. 일본 정부는 우리 정부에 반환을 요청하였고, 두 개의 불상 중 ‘금동관음보살상’의 원소유자로 밝혀진 서산 부석사와 불교계는 일본으로 반환하지 말 것을 주장하면서 가치분신청과 유체동산인도소송을 제기하였다. 이에 대하여 대전지방법원은 2013년 2월 26일 부석사측의 신청을 받아들여 일본 관음사가 정당하게 이를 취득했다는 것이 별도로 확정되기 전까지 일본으로 불상의 점유를 이전하는 것을 금지하였다. 그 후 2017. 1. 26에는 유체동산인도를 구하는 본안소송에 대해서도 대한민국정부는 원소유자인 서산 부석사에게 불상을 인도하라는 주문의 원고 승소 판결을 선고하였고, 현재 항소심 진행 중이다. 그렇다면 해외를 떠돌고 있는 우리 문화재가 절도범에 의해 우리나라로 반입되는 당혹스러운 상황 속에서 약탈문화재 환수와 문화재의 국제적 보호의 문제를 이 사건을 통해서 어떻게 추구할 수 있을 것인지, 제1심 판결은 정당하였는지에 대해서 논의해볼 필요가 있다.

이 사건은 논함에 있어서 문화재를 바라보는 두 가지의 큰 이념적 흐름인 국제주의와 국가주의를 살펴보고, 두 이념이 어떻게 발전되어 왔는지, 문화재에 관한 국제협약들은 두 가지 이념 중에서 어떤 입장을 취하였는지, 현재의 세계적인 추세는 어떠한지에 대해서 설명하고자 한다. 또한 이 사건 서산부석사 사건과 유사한 구조로 이루어진 멕시코 인에 의한 프랑스 루브르 박물관의 마야 문서 절도 사건을 살펴보면서 이 사건에 대한 시사점을 찾고자 한다.

〈Abstract〉

## A Study on Restitution of Looted Cultural Properties and Principle of Return to Original Owners

Park, Sun Ah\*

In October 2012, an incident occurred, in which two pieces of Korean statues of Buddha, which had been located in Tsushima Island in Japan, were stolen by a grave robber and carried into Korea. Because of this incident, the people's interest further increased in the repatriation of Korean cultural properties taken out of the country. The Japanese government asked the South Korean government to return them, and Seosan Buseoksa Temple, identified as the original owner of 'Standing Gilt-bronze Avalokiteshvara Bodhisattva' of the two statues of Buddha, along with Buddhist orders, filed a petition for a provisional injunction and a lawsuit for the transfer of corporeal movables, arguing for not returning that to Japan. Concerning this, Daejeon District Court prohibited the transfer of the occupation of the statues of Buddha to Japan until the reasonable acquisition of this by Kanon-ji Temple, Japan, would be confirmed separately, accepting Buseoksa Temple's request on February 26, 2013. Later, on January 26, 2017, concerning a lawsuit on the merits, requesting for the transfer of corporeal movables, too, the Korean government ruled in favor of the plaintiff of the formal adjudication that asks to transfer the statues of Buddha to the original owner, Seosan Buseoksa Temple, and currently, the trial on appeal is in progress. Then, in the embarrassing situation where Korean cultural properties wandering overseas are carried into Korea by thieves, it is necessary to discuss how the issues of the repatriation of plundered cultural properties and the international protection of cultural properties can be resolved through this incident and whether the verdict of the first trial was reasonable.

Discussing this incident, this study would investigate two big ideological flows of

---

\* Hanyang Lawschool.

views on cultural properties, internationalism and nationalism and describe how the two ideologies have been developed, what position international agreements on cultural properties took, of the two ideologies, and how the present global trend is. In addition, this study would find the implications of this incident, looking at the incident of the theft of Mayan documents at the Louvre Museum in France, committed by a Mexican.

*Key Words*: Restitution of Looted Cultural Properties, Principle of Return to Original Owners, Litigation of Cultural Properties, Nationalism of Cultural Properties, 1970 UNESCO Convention