

# 문화재 소송에서 국가면제에 관한 연구\*

## - 미국 외국주권면제법상 수용예외 조항을 중심으로 -

박 선 아\*\*

### 〈요 약〉

문화재에 관한 역사는 도난, 도굴 및 불법 반출과 같은 불법행위에 의하여 황폐화되었고 현재에도 법과 정의를 회복하지 못한 채로 신음하고 있다. 이는 우리 인류가 문화와 예술에 대한 열정과 관심 이면에 숨겨왔던 탐욕의 결과였다. 더욱이 문화재에 관한 국제협약과 국내법은 문화재 분쟁의 법적 해결에 주목할 만한 성과를 보이지 못하였다. 이러한 비관적인 법적 상황 속에서도 문화재를 반환받고자 하는 개인 또는 국가 등 주체들은 국내 법원에 지속적으로 민사소송을 제기하였고, 반환의 성과를 내기도 하였다. 우리나라에서도 2010년 시민들이 중심이 되어 프랑스가 보유하고 있던 외규장각 도서의 반환을 위한 행정소송을 프랑스법원에 제기한 적이 있다. 2014년에도 일제 강점기와 한국 전쟁기에 해외로 유출된 문화재의 환수를 위해 미국과 일본 법원에 소송이 제기하는 등 민사소송을 통한 문화재 반환운동이 이루어지고 있다.

미국 법원은 1976년 제정된 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunities Act : 미국 FSIA) 아래에서 과거 나치정권이나 소련공산당 정부에 의하여 부당하게 몰수된 문화재의 반환을 구하는 소송에서 외국재산에 대한 재판관할권의 성립시켜서 적극적으로 반환판결을 내리고 있다. 미국법원에 외국 정부를 상대로 제기된 문화재 반환소송에서 국제재판관할을 성립시키고 반환판결을 선고하는데 주로 적용하는 것이 바로 미국 외국주권면제법(FSIA) 제1605조 (a)(3) ‘강제수용의 예외 (takings exception or expropriation exception)’이다. ‘강제수용’예외 조항은 오로지 미국 주권면제법에만

\* 이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2015S1A5A8017837).

\*\* 한양대학교 법학전문대학원 부교수

규정되어 있는 것이다. 미국 주권면제법의 ‘강제 수용 예외’에 해당하기 위해서는 ‘소송의 목적물이 국제법을 위반하여 취득’된 경우여야 한다. 그 ‘취득이 국제법을 위반한 ‘수용’이라 함은 ① 공공의 목적이 아니어야 하고, ② 차별적인 것이어야 하며, ③ 아무런 보상도 이루어지지 않은 것을 말한다. 국제법에 위반한 수용 요건이 충족된다고 하더라도, 그 재산 또는 그 재산과 교환된 재산이 미국에 소재하여야 하고 그것이 외국정부에 의해서 수행된 상사적 행위와 관련이 있어야 한다.

미국이 주권면제법상의 강제수용예외조항을 문화재반환소송에 적용하는 것에 대하여 강대국으로서의 면모를 과시하고 국수주의적 경향을 보인다는 비판이 있다. 그러나 수많은 중요 문화재를 약탈당하고도 이를 반환받지 못하고 있는 우리나라를 비롯한 문화재 반출 피해국들에게 문화재 반환의 국내 사법적 근거를 제시해주었다고 평가된다. 더욱이 문화재에 관한 국제질서에서의 법과 정의의 원칙에 따라 원소유자 반환 원칙을 확고히 하였다는 측면에서 타당하다고 생각된다.

[검색어] 문화재소송의 국제재판관할권, 문화재 분쟁, 문화재 반환, 국가면제, 미국 외국주권면제법 제1605조 제3항 수용예외조항

## I. 머리말

도난 또는 약탈당한 문화재의 반환을 구하는 민사소송에서 미국은 1976년 제정된 Foreign Sovereign Immunities Act(이하 외국주권면제법 또는 FSIA)의 국가면제예외 사유인 ‘수용예외’ 조항을 적용하여 재판관할권을 인정하는 경향을 보인다. 외국정부가 문화재 또는 예술작품을 국유문화재로 취득하는 과정이 위법한 경우에 이러한 행위를 FSIA의 국가면제 예외 사유 중 §1605 (a)(3) ‘국제법에 위반한 수용’으로 판단하는 것이다. 주로 나치정권이나 소련공산당 정부에 의하여 압류되거나 몰수된 문화재 또는 예술작품에 대한 반환소송에서 활용되고 있다. FSIA상의 수용예외 조항을 적용하여 미국 법원이 재판관할권을 인정한 주요 사건으로는 2004년 알트만(Altmann)사건<sup>1)</sup>, 2010년 카시르(Cassirer)사건<sup>2)</sup> 및 2008년 차바드(Chabad)사건<sup>3)</sup>등이 있다. 이 사건들에서 미국법원은 각

1) Altmann v. Republic of Austria (541 U.S. 677, 2004)

2) Cassirer v. Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation (F.3d 9 Cir.August 12, 2010.)

3) Agudas Chasidei Chabad of U.S. v. Russian Federation. 제1심 판결은 Agudas Chasidei Chabad of United states v. Russian Federation Civ. Action No. 05-01548(RCL). US District Court, District of Columbia. December 4, 2006. 항소심판결은 Agudas Chasidei Chabad of United states v. Russian Federation, US of Appeals for the District of Columbia Circuit. No. 07-7002. June 13, 2008. 이 사건에 대한 자세한 연구는

각 오스트리아, 스페인 및 러시아 정부의 국가면제 주장을 배척하고 미국 법원의 재판관할권을 성립시키고 민사재판권을 행사하였다.

종래 학자들은 문화재 분쟁의 해결 방법에 대하여 두 가지 시각으로 나뉘어져 있었는데, 문화재 국제주의(Cultural Internationalism)과 문화재 국가주의 (Cultural Nationalism)가 그것이다. 그러나 현재 문화재 분쟁에 관하여 학문적, 실무적으로 국가주의적 입장이 보편적으로 우세하다.<sup>4)</sup> 문화재 현 점유국이나 약탈국 조차도 기원국의 원 소유권을 인정하고 문화재의 회복에 동의하는 국가주의적인 입장으로 옮겨져 왔고 많은 국가가 국내 입법을 통하여 반환청구를 촉진하고 있다.<sup>5)</sup> 이러한 국가주의적 입장이 위 판결들의 배경 이념이 되었다고 평가할 수 있다. 그렇다면 이 논문에서는 미국 법원이 문화재 약탈국 또는 점유국에 의한 문화재 수용에 맞서서 수용예외 규정을 어떤 요건 하에 적용하여 재판권을 성립시켰는지에 대하여 살펴보고자 한다. 이를 통하여 FSIA상의 수용예외 규정이 수많은 우리 문화재를 국유문화재 또는 지방문화재로 보유하고 있는 외국, 특히 일본,<sup>6)</sup> 미국에 대한 반환청구에 활용될 수 있을 것인지, 과연 우리 법원도 미국 법원과 같은 판결을 할 수 있을 것인지에 대하여 논하고자 한다.<sup>7)</sup>

## II. 미국 외국주권면제법상의 수용예외

### 1. 외국주권면제법(FSIA)의 국가면제 예외사유

외국정부 또는 정부기구<sup>8)</sup>를 피고로 하는 소송에서 재판권행사를 위해서는 국내법상

박선아, “주권면제와 문화재소송 -Agudas Chasidei Chabad of United States v. Russian Federation사건을 중심으로”, 『한양법학』(한양법학회, 2017), 제28권 제3호를 참조하고 이 논문에서는 다루지 않는다.

4) 문화재 국제주의(Cultural Internationalism)과 문화재 국가주의 (Cultural Nationalism)에 대한 상세한 연구로는 John Henry Merryman, *Two Ways of Thinking About Cultural Property*, *The American Journal of International Law*(1986), Vol.80 참조.

5) 미국 연방도품법을 비롯한 국내입법에 대한 자세한 연구로는 이규호, “미국내 소재 우리 문화재의 환수를 위한 법적 고찰 -미국 연방도품법을 중심으로”, 『법조』 제61권 제3호(법조협회, 2012) 참조.

6) 최근에도 일본의 문화재로 등록된 고려시대 불상이 도굴꾼에 의하여 국내로 반입되는 사건이 발생된 바 있고 현재 반환을 둘러싼 항소심 재판이 진행 중이다. 이에 대한 자세한 연구로는 박선아, “약탈문화재의 환수와 원소유자 반환의 원칙 - 대전지방법원 2016가합102119 서산 부석사 불상인도청구사건을 중심으로”, 『법학논총』(한양대학교 법학연구소, 2017), 제34권 제3호.

7) 국외소재문화재재단의 발표에 의하면, 2017. 4. 1. 기준으로 우리 문화재는 세계 20개국에 168,330점이 흩어져있다. 그 중 가장 많은 비율을 차지하는 나라는 일본으로 동경국립박물관 등에 71,422점(42.43%)을, 다음으로는 미국이 메트로폴리탄 박물관 등에 총46,404점 (27.57%)을 각 소장하고 있다. <https://www.overseaschf.or.kr> (최종방문일 2017.11.28.)

국제재판관할권이 있어야 하고 국가면제의 대상이 아니어야 한다. 절대적이었던 국가면제는 20세기를 거치면서 국가면제 범위가 점차 축소되었다. 많은 국가들은 판례를 통하거나 국내법을 제정하는 방식으로 제한적 국가면제이론을 받아들였다.<sup>9)</sup> 국내법을 제정하는 방식으로 제한적 국가면제론을 수용한 대표적인 나라는 미국<sup>10)</sup>과 영국<sup>11)</sup>이다. 미국은 1976년 외국주권면제법(FSIA)을, 영국은 1978년 국가면제법(State Immunity Act)을 제정하였다. 국가면제에 관한 국제협약으로는 ‘1972년 European Convention on State Immunity(국가면제에 관한 유럽조약)’, 2004년 ‘UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property(국가 및 국가 재산의 재판권면제에 관한 유엔협약, 이하 ‘UN 국가면제협약’)이 있다.<sup>12)</sup> 우리나라는 아직 UN협약에 가입하지 않았고 국가면제에 관한 국내법도 제정하지 않았다. 다만 대법원이 1998년 전원합의체 판결을 통해서 제한적 주권면제이론을 확립함으로써 국가면제의 기본 입장을 세우고 있다.<sup>13)</sup>

- 
- 8) 국가면제를 향유하는 외국 국가(foreign state)의 개념에는 국가 또는 중앙정부는 물론 정부 하부 기관을 포함한다. 미국 FSIA는 § 1603(a)에서 미국이 관할권을 가질 수 있는 실체(entity)에 대하여 세 가지를 제시하고 있다. 즉 미국 FSIA는 외국(foreign state), 외국의 정치적 하부 구성요소(political subdivisions) 및 대리기관 및 종속기관(agency and instrumentalities) 이 세 가지를 대상 실체로 하고 있는 것이다. UN국가면제협약 제2조 1항(b)도 국가면제가 인정되는 국가 또는 국가기관을 (i) 국가 및 정부기관, (ii) 연방국가의 구성단위 또는 국가의 정치적 하부기관, (iii) 국가 및 기타 대행기관, 다만 국가의 주권 행사 기관에 한정, (iv) 국가의 대표기관 등으로 규정하고 있다.
- 9) 국가라는 이유로 사법(私法)상의 책임을 절대적으로 면제받는 것은 국가와 거래한 사인(私人)에게 불공정한 결과를 초래하는 비판이 제기된 절대적 국가면제이론을 극복하고 국가면제를 법률과 판례로써 제한하는 이론이 확립되었다. 석광현, “외국국가에 대한 민사재판권의 행사와 주권면제”, 『법조』(법조협회, 2000), 제12권 제40호, 317면.
- 10) 미국은 1952년까지 ‘절대적 면제’를 인정하는 관행이 지배적이었고, 대표적인 판례가 1812년 *The Schooner Exchange v. M'Faddon* 사건이다. 미국시민들이 프랑스의 군함(warship)을 미국 영해에서 나포한 사건에서, 미국인들이 군함의 소유권 주장에 대하여, 법원은 프랑스는 국가면제를 누리므로 재판권이 면제되고 군함은 여전히 프랑스 소유라고 판결하였다. 이와 같이 절대적 면제이론으로 자국 국민이 불리한 지위에 놓이는 상황이 자주 발생하자 미국 국무부는 국무장관 이름을 딴 ‘Tate Letter’라는 의견서를 작성하였고 이후 미국 국무부가 국가면제에 관한 행정적 심사를 하게 되었다. 그러나 행정적 심사와 법원의 판결의 불일치로 문제점이 발생하자 그 해결방법으로서 1976년 외국주권면제법이 제정되었다. 박선아, “문화재 분쟁 해결을 위한 국제소송에 관한 연구”, (한양대학교 대학원 박사학위논문, 2013), 141면.
- 11) 영국의 1978년 “국가면제법(State Immunity Act)”의 Part I 은 재판관할권 면제의 실체법적·절차법적 규정, Part II는 유럽국가면제협약의 당사국에만 적용되는 규정을, Part III는 보충규정으로 각 구성되어 있다. 제14조 제2항은 영연방가입국을 포함한 모든 외국 및 그 정부에게 국가면제를 부여하나, 행정기관과 별개의 법인격을 가진 단체는, ‘그 소송이 단체에 의한 주권행위와 관한 경우에 한하여 면제를 향유한다.
- 12) 유엔협약은 비준국 30개국을 넘지 못해 아직 발효되지 못하고 있다.
- 13) 대법원은 1998년 절대적 국가면제이론을 버리고 ‘대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체’ 판결을 통해서 제한적 국가면제이론을 취하였으며 이러한 입장을 확립하고 있다. 이 소송에서 한국인인 원고는 미합중국 산하의 ‘육군 및 공군 교역처’에 고용되어 미군 캠프에서 근무하다가 정당한

미국 FSIA §1604는 “외국은 이 장의 §1605-§ 1607의 경우를 제외하고는 미국의 연방 및 주의 관할권에 복종하지 않는다.”고 규정하고, §1330(a)는 “외국이 국제협약에 의하거나 §1605- §1607에 해당하여 면제를 향유할 수 없는 경우에는... 연방지방법원(district court)이 관할권을 가진다.”고 규정함으로써 국가면제의 제한을 선언하면서 §1605-§ 1607에서 외국국가에 대하여 재판권이 성립하는 국가면제의 예외사유를 규정한다. FSIA상의 주요 예외사유로는 국가면제의 포기(§1605 1 ①), 상사적 행위(§1605 1 ②), 외국의 재산 수용(§1605 1 ③), 미국 내에서의 불법행위로 인한 사망·상해·재물훼손(§1605 1 ⑤)<sup>14</sup>, 중재판정의 회부(§1605 1 ⑥), 외국국가 등에 의한 고문, 재판절차에 의하지 않은 살인, 항공기 납치, 인질구금 등의 행위(§1605A), 반소피고(§1607) 등이 있다. 현재의 외국주권 면제법은 1976년 제정된 이래에 1988년, 1996년, 1998년 등 3차례 개정을 거친 것이다.<sup>15</sup> 미국의 이러한 태도에 대하여 국가면제의 예외사유의 폭넓은 활용을 통한 법치주의 실천으로 긍정적으로 평가되기도 하지만 민사재판권의 문제를 외국판결의 승인으로 해결하고자 하는 경향과 반대되는 입장으로 비판하기도 한다.<sup>16</sup>

이유 없이 해고되었다고 주장하면서 미합중국을 피고로 하여 해고무효 확인 및 임금지급을 구한 사건이다. 이 판결에서 대법원은 “국제관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라 할 것이나, 국가의 사법적(私法的)행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관례라고 할 수 없다. 따라서 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 외국의 사법적 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 할 것이다”라고 판결하였다.

14) Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, (Oxford University Press, 2008), p.351.

15) 1988년 개정은 중재합의에 관한 6항이 추가되었으며, 1996년 개정은 테러리즘지원국으로 지정된 국가에 대한 7번째 사유를 규정한 것이다. 1998년 개정은 테러리즘의 경우 판결의 집행방법으로서 국가재산에 대한 압류를 허용하였다. 특히, 의회는 1996년 반테러리즘법(Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996, 약칭 AEDPA)을 제정하고, 이를 외국주권면제법(FSIA)에 추가하였다. 이 법률 제정 배경에는 펜암 103호기 폭파 사건, 이스라엘에서 발생한 자폭테러에 의한 여대생 Alisa Flatow 살해사건 등이 있다. 미국 외국주권면제법 개정의 연혁에 대한 상세한 설명은 Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, (Oxford University Press, 2008), pp.317-318.

16) 최근에는 외국 정부를 피고로 하여 중대한 국제적 인권침해를 원인으로 제기되는 소송에 대하여도 마찬가지로 찬반 논쟁이 있다. 법원이 외국정부의 국가면제 주장을 기각하고 재판관할권을 성립해야 한다는 의견이 강하게 대두되었으며, 그리스와 이탈리아에서는 국내법원의 판결을 통하여 이를 시도하였다. 이에 따라 그리스와 이탈리아는 독일에게 2차세계대전의 피해에 대한 배상금을 지급하라는 판결을 내렸다. 이후 독일은 위 사건을 국가면제를 주장하며 ICJ에 제소하였고 전쟁범죄는 국제법의 차원에서 해결할 사항이지 국제민사소송법의 영역에서 해결할 사항은 아니라는 이유로 반대하는 견해가 아직 우세하여, 국제사법재판소에서는 원고인 독일이 승소판결을 받았다. 그러나 당시 판결에 반대하는 재판관들의 의견도 상당히 설득력이 있으며, 인권보호의 중요성에 대한 국제적 합의와 강행규범을 넘어서 국가면제이론으로 소송자체를 차단하는 것은 적절하지 않다. 중대한 인권침해사건에서의 국가면제에 관한 연구로는 박선아, “중대한 인권침해와 국가면제”, 『법과 정책연구』(한국법정책학회, 2017); 석광현, 『국제민사소송법』(박영사, 2012), 48면.

## 2. 수용예외 조항의 의의와 요건

### (1) 의의

제한적 국가면제론은 국가의 행위를 일정한 기준에 따라 주권적 행위와 비주권적 행위로 구분하고, 후자에 대하여는 국가면제를 부인함으로써 법정지국의 재판권을 인정한다. 따라서 재판관할권을 확정하는 재판에서는 당해 행위가 주권의 행사와 관련된 행위인지, 상사적 행위 등 비주권적 행위인지를 구별해야 한다. 특히 문화재 소송에서 외국 정부에 대한 재판관할권 인정의 근거로 주로 활용되는 것은 FSIA §1605조 (a)(3) ‘강제수용의 예외 (takings exception or expropriation exception)’이다.<sup>17)</sup> 이것은 ‘국제법에 위반하여 취득된 재산에 관한 권리(...rights in property taken in violation of international law are in issue...)'가 국유 등 공공재산이 된 경우 그 재산과 관련한 소송에서 그 재산을 수용한 국가의 재판권 면제 주장을 배척하는 것을 말한다. 국제법을 위반하여 취득한 재산에 대한 권리가 소송의 목적이 된 때에 그 재산 또는 그 재산과 교환된 재산이 외국 또는 외국의 기관에 의해 소유되거나 운영되고 그 외국이 그 재산과 관련하여 미국 내에서 상업 활동에 종사하고 있는 경우에 수용예외 조항을 충족한다. 구체적으로 나누어 실시하면 다음과 같다. 우선 ① 재산권에 관한 소송으로서 국제법 위반으로 취득된 재산일 것, ② 그 재산이 외국정부에 의해 소유되거나 집행되고 있고 미국에서 상업적 행위와 관련성이 인정될 것으로 요약된다.

2004년 UN국가면제협약을 위한 국제법위원회(ILC) 초안은 제20조에서 한 국가가 타국이 일정한 행위를 취하는 데 대하여 부여한 유효한 동의는 그 행위가 동의의 범위 내에서 이루어지는 한, 전자의 국가와 관련하여 그 행위의 위법성을 조각한다고 규정한 바 있다.<sup>18)</sup> 이는 국가면제를 향유하는 주체에 의한 국유화처분 또는 강제수용은 외국 법원의 심사대상에서 제외한다는 입장을 분명히 한 것으로 해석한다. 이와 같이 ‘강제수용’ 예외 조항은 미국 외국주권면제법에 특유한 것으로서 2004년 국가 면제에 관한 유엔협

17) 미국 FSIA 28 USC § 1605 (3) 의 수용 예외 조항 전문은 다음과 같다. ‘... in which rights in property taken in violation of international law are in issue and that property or any property exchanged for such property is present in the United States in connection with a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or that property or any property exchanged for such property is owned or operated by an agency or instrumentality of the foreign state and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the United States.’

18) ILC Draft Article 20 “The provisions of the present articles shall not prejudice any questions that may arise in regard to the extraterritorial effects of nationalization taken by a State with regard to property, movable or immovable, industrial or intellectual.”

약(UN Convention on Jurisdictional Immunities of State and Their Property)”이나 영국 “국가면제법(State Immunity Act, SIA)”에는 존재하지 않는 예외사유이다. 수용예외조항을 활용하여 재판권행사여부를 확정하기 위해서는 국제법에 위반하였는지를 판단하기 때문에 최종적으로 반환청구권 유무에 대한 판단에도 결정적인 영향을 미친다. 국제법 위반으로 몰수된 재산과 관해서 단순히 외국에 대한 민사소송의 절차적 규정에 그치는 것이 아니라 원고에게 재산을 회복할 권리를 부여하는 실체법적인 효과까지 발생시키는 강력한 수단을 제공하는 것이다.<sup>19)</sup>

## (2) 요건

### 1) 재산권에 관한 소송으로서 그 재산의 취득이 국제법에 위반한 것일 것

재산에 관한 소송이 무엇인지에 대하여 제정 당시의 미국 하원 보고서(House Report)는 모호하게만 언급하였다. 그러나 국가행위에 관한 개정법안의 관점으로 해석하여 유형의 재산뿐만 아니라 무형재산 또는 계약상 권리도 적용된다고 해석한다.<sup>20)</sup> 그리고 국제법에 위반한 재산의 취득이라 함은 ① 취득의 목적이 공공을 위한 것이 아니어야 하고, ② 취득 과정이 차별적인 것으로서 공평하지 않은 것을 의미한다.<sup>21)</sup>

여기서 공공의 목적이 아니어야 한다는 의미는 주권 국가가 자국민에 대한 수용 모두를 국제법과 상반되는 것으로 간주하는 것은 아니지만 국민들이 소유하는 재산에 대하여 평온한 권리관계의 보장과 균형을 요구하는 것이라고 해석할 수 있다. 그 취득 과정이 차별적인 것으로서 공평하지 않아야 한다는 것에 대해서도 하원보고서(House Report)에 의하면 그 행위 자체가 아닌 신속하고 적절하며 효과적인 보상금을 지불하지 아니한 국유화 또는 수용처분으로 의미하는 것으로 해석된다.<sup>22)</sup> 위 세 판결에서 같은 설시를 하였는데, 그 중 차바드 사건<sup>23)</sup>의 경우 러시아 정부가 전쟁 시기에 취득한 컬렉션들은 취

19) H. Fox, supra note15, p. 350.

20) H. Fox, supra note15. p. 350.

21) 차바드 사건의 판결, Civ. Action No. 05-01548(RCL) US District Court, District of Columbia, December 4, 2006. at [466 F. Supp. 2d 15].

22) H. Fox, supra note15. p. 351.

23) 원고인 Agudas Chasidei Chabad of United States(이하 ‘Chabad 재단’)는 1940년 뉴욕주법에 의해 설립된 유대교 종교 법인으로서 러시아에서 태동한 유대교 종파인 루바비치(Lubavitch)운동의 지도자가문인 슈니어슨(Shneerson)가의 재산을 관리하기 위해 설립되었다. 피고들은 러시아 연방정부와 연방정부 기관인 러시아 국립도서관과 러시아 군 기록 보관소 등이다. 이 사건에서 문화재반환청구의 대상은 이른바 ‘슈니어슨(Shneerson)컬렉션’으로 불리는 유대교 서적과 문서 등으로 오랜 세대에 걸쳐서 사용된 종교 교육 교재들이다 이 컬렉션은 크게 ‘Library’와 ‘Archive’로 분류할 수 있다. 그 중 ‘Library’는 1772년 완성된 컬렉션으로서 12,000권이 넘는 서적과 381점의 원고로 구성되어 있다.

득과정이 비합법적이며 공익목적을 위한 취득도 아니었고 어떠한 보상이 지급된 바도 없다는 이유로 국제법 위반으로 취득된 재산이라는 점을 인정하였다.

## 2) 그 재산이 외국정부에 의해 소유되거나 집행되고 있고 미국에서 상업적 행위와 관련성이 인정될 것

국제법에 위반한 차별적이고 불공평한 수용이었다고 하더라도, 그 재산이 외국정부에 의해 소유되거나 집행되고 있고 미국에서 상업적 행위와 관련성이 인정될 것을 요구한다. 제정 당시의 하원보고서(House Report)는 재산 자체가 미국에서 소유되거나 운영되지 않는 경우에는 해당 기관의 상업 활동과 관련하여 해당 부동산을 소유하거나 운영하여야 한다고 해석하였다<sup>24)</sup> 미국은 앞서 언급한 세 판결 모두에서 이 입장에 따라서 판결하였다. 차바드 사건에서 미국 법원은 러시아가 차바드 사건 컬렉션을 이용하여 미국 출판업자로부터 사용료를 지급받는 영리적 목적의 행위를 미국에서 해왔기 때문에 상사적 행위에 관련된 재산으로 보는 것이 타당하다고 판시하였다.<sup>25)</sup> 또한 아래에서 자세히 살펴 볼 Altmann 판결에서도 나치에 의해 몰수되어 오스트리아 국립미술관에 전시된 클림트의 그림에 대하여 영어로 된 미국 내 박물관 안내서의 출판과 컬렉션에 대한 미국 내 광고를 수용된 재산과 관련한 충분한 상업 활동으로 간주하였다.

며, 'Archive'는 25,000페이지에 달하는 필사본 자료와 기록 등으로 구성되어 있었다. 슈니어슨 컬렉션은 2차 세계대전 중에 나치의 손을 거쳐 소련군에 의해 몰수된 후 현재 러시아 국립도서관과 러시아 군 기록 보관소 등에 보관되어 있으며 러시아의 국유문화재로 관리되고 있었다. 차바드 사건 판결에서 'Library'와 'Archive'를 구분하는 것은 그것들이 소련정부에 의해 몰수 또는 취득되어 국유화된 역사적, 절차적 과정이 다르기 때문이다. 이러한 국유화 과정의 차이에 대하여 이 판결의 원심인 제1심 판결은 'Archive'에 대해서는 불법적 몰수를 이유로 원고에게 반환하라는 원고승소판결을 선고한 반면 'Library'에 대하여는 원고의 청구를 기각하고 러시아 정부의 소유권을 인정하였다. 원, 피고 모두 항소하였고, 항소법원은 2006년 12월 4일 Archive와 Library 모두에 대해서 관할권을 가진다고 판결하였다. 2006년 재판관할권 확인 판결 이후 러시아 정부는 더 이상 이 소송에 참가하지 않겠다고 선언하였다. 그러나 법원은 외국FSIA법이 적용되는 사건에서도 주장이 명백하고 증거가 충분하다고 판단될 때에는 일방판결이 가능하다고 하면서 2010년 7월 30일 원고 차바드재단의 반환청구는 인용되었다. 보다 자세한 소송의 개요와 경과에 대해서는 박선아, 앞의 논문(주 3), 263-267면 참조.

24) H. Fox, *supra* note 15, p. 352.

25) 박선아, 앞의 논문(주 3), 267면.

### Ⅲ. 문화재 소송의 재판관할권과 수용예외조항의 활용

#### 1. Altmann 사건(2004년)

##### (1) 사건개요<sup>26)</sup>

오스트리아 벨베데레(Belvedere) 국립미술관은 오스트리아의 출신의 천재화가 구스타프 클림트(Gustav Klimt: 1862-1918)의 회화를 다수 소장하고 있었다. 이 작품들은 원래 클림트의 후원자인 블로흐 바우어(Bloch-Bauer)가(家)의 소유였다. 그러나 1938년 독일이 오스트리아를 점령하면서 유대인이었던 블로흐 바우어 가족은 유럽국가로 추방되었다가 1942년 미국으로 망명하였다. 당시 클림트의 그림들은 오스트리아 집에 보관되어 있었다. 나치정부는 이른바 제국도주세(Reichsfluchtsteuer)<sup>27)</sup>를 부과하고 이에 대한 담보로 작품을 압류하였으며, 종전 후부터는 벨베데레 국립미술관이 소장하였다.<sup>28)</sup> 그림을 빼앗긴 지 약 60년이 흐른 1999년 블로흐 바우어가의 마지막 생존자이자 상속인의 대표인 마리아 알트만(Maria Altmann)은 오스트리아 정부에 대하여 클림트의 작품들에 대한 소유권을 주장하였다. 그러나 오스트리아는 Maria Altmann이 기증의사를 피력하였음에도 불구하고 페르디난트 블로흐 바우어의 아내로부터 기증받았다고 주장하면서 알트만의 소유권을 부인하였다. 이러한 태도는 1946년 제정된 오스트리아 국내법인 무효법(Nichtigkeitgesetz, 독일의 점령기에 독일제국의 재산취득은 유무상을 불문하고 무효라는 취지의 법률)에도 반하는 것이었다. 이에 2000년 Maria Altmann은 미국 캘리포니아 법원에 오스트리아 정부를 상대로 클림트 그림들의 반환을 청구하는 소송을 제기하였다.

26) 보다 자세한 사건의 개요는 Altmann v. Republic of Austria, 142 F.Supp.2d 1187 (C.D.Cal.2001) 참조.

27) 제국도주세(Reichsfluchtsteuer)함은 독일의 국가사회주의정권이 독일제국의 국부가 외국으로 유출되는 것을 막기 위해 해외로 도주하거나 재산을 반출하는 자들에게 부과한 세금이다.

28) 소송의 목적물이 클림트의 그림은 총6점으로 알려져 있다. ① Portrait of Adele Bloch-Bauer I (1907) : 아델레 블로흐 바우어의 초상화 I, ② Portrait of Adele Bloch-Bauer II (1912) : 아델레 블로흐 바우어의 초상화 II, ③ Birkenwald/Buchenwald (1903) : 자작나무숲/너도밤나무숲, ④ Apfelbaum I (1912) : 사과나무 I, ⑤ Seeufer mit Häuser in Kammer am Attersee (1916) : 아터호숫가의 집들, ⑥ Schloss Kammer am Attersee III (1910) :아터호숫가의 성(城)이 그것이다. 그런데 소송과정에서 이 그림들의 유래와 소유권에 관한 감정을 거치면서 대상이 된 작품은 ①에서 ⑤까지로 확정되었다. 당시 이러한 감정을 한 Jonathan Petropoulos교수는 이들 작품들이 모두 생전에 블로흐-바우어가가 정당하게 소유권을 취득한 것으로 판정할 수 있지만, 작품 ⑥은 페르디난트 블로흐-바우어가 오스트리아 갤러리에 이를 기증한 것으로 보이기 때문에 대상에서 제외되었다. 이규호 외 5인, “문화재반환분쟁 해결 국제사례연구”, 『문화재청 용역 최종 보고서』(2011), 80면.

## (2) 이 사건의 쟁점과 법원의 판단

이 사건의 주된 쟁점은 오스트리아가 이 작품들을 이용하여 미국 내에서 상업행위(Commercial Activity)에 종사하였는지 여부였다. 또한 문화재소송의 경우 도난, 불법반출 또는 불법취득 이후 오랜 시간이 경과한 후 문화재가 모습을 드러내는 것이 아주 흔하기 때문에 비교적 최근에 확립되고 제정된 외국주권면제의 소급적용을 인정할 것인지도 주된 쟁점이 되었다. 이 점에 대하여 미국법원은 비록 그 몰수행위가 1976년 외국주권면제법 제정 이전이고 그 행위 당시에는 미국 법원이 절대적 국가면제이론에 입각해있었다고 하더라도 1976년 외국주권면제법의 소급적용을 금지하는 추정이 성립하지 않는 한 동법을 소급적용하여 국가면제를 부정할 수 없다고 판단하였다. 미국 연방대법원은 비록 외국주권면제법의 전문의 해석상 외국주권면제가 실제적이거나 절차적인지에 대해서 분명히 하지 않았지만 소급효를 가진다고 결정했는데, 이러한 결론은 이 사건이 전쟁범죄임이 명확한 사건일 뿐만 아니라 문화재 사건에 가지는 특수성에 비추어 지지를 받고 있다.<sup>29)</sup>

Altmann은 오스트리아 정부가 그녀의 가족의 소유였던 Klimt 그림을 소유하는 과정은 국제법에 위반한 재산의 취득으로서, FSIA의 수용 예외 조항에 해당하므로 오스트리아는 국가면제를 향유할 수 없다고 주장하였다. 법원은 주권 국가가 자국민의 재산을 수용으로 취득한 경우에도 국제법 위반 여부에는 영향을 미치지 않기 때문에 원고가 수용시점에 미국 시민이 아니었다는 오스트리아 정부의 주장도 받아들이지 않았다. 특히 수용예외조항의 적용여부에 대하여 첫째, 유효한 수용은 항상 공공의 목적을 위해 봉사해야 하고, 둘째, 외국인이라 하더라도 차별적 대우를 받아서는 아니되며, 셋째, 유효한 보상이 되기 위해서는 보상금을 지불하여야 하고 그렇지 않은 경우에는 위법하다고 실시하였다.

공공목적의 수용과 관련하여 판결은 당시 나치 당원은 공공 목적을 위해 클림트 그림을 취득하는 태도를 보인 바 없으며 일부 그림의 경우 개인적 이익을 위해 팔았거나 개인 수집품으로 전락하기도 했다는 점 등을 들어서 이러한 취득과 취급은 충분히 차별적인 것으로 보인다고 하였다. 미국 내에서의 상업 활동 관련한 요건에 대한 판단에 있어서도 오스트리아 미술관은 클림트의 그림들이 수록된 Klimt's Women이라는 책을 미국 예일대학교 출판부(Yale University Press)를 통해서 영어로 출판하는 등의 행위를 하였으므로 이 요건을 충족한다고 판단하였다. 이러한 서적의 출판과 판매를 비롯한 미국에서

29) C.M. Vazquez, *Altmann v. Austria and the Retroactivity of the Foreign Sovereign Immunities Act*, Journal of International Criminal Justice(2005), Vol.3, p.212.

의 전시회는 그 자체가 미국인 관광객을 끌어들이기 위한 수단으로서 상업 활동을 구성하며, 그러한 상업 활동은 바로 소송의 목적물인 그 그림들을 중심으로 이루어졌다고 인정하였다.<sup>30)</sup>

### (3) 오스트리아 중재법원에 의한 종국적 해결

2004년 미국법원이 Altmann의 반환청구소송에 대해 미국법원에 재판관할권이 있다고 확정하고<sup>31)</sup> 반환판결의 움직임을 보이자 오스트리아는 비로소 분쟁 해결에 적극적인 태도를 보이기 시작하였다. 더욱이 Altmann이 처음에 오스트리아 정부를 상대로 그림의 반환을 요구하면서 벨베데레 미술관에 기증할 용의가 있음을 비추었음에도 이를 거부한 오스트리아 정부에 대해 비난여론이 높아졌기 때문이다. 오스트리아정부로서는 반환판결이 선고되는 최악의 상황을 막아야 했다. 원고도 실효적인 조치를 원했기 때문에 강제 집행의 방법이 없는 미국의 판결보다는 직접적으로 오스트리아에서 효력이 있는 판단을 필요로 하였다.

이러한 양측의 이해관계에 따라서 2005년 5월 18일 Maria Altmann과 오스트리아 정부는 미국 소송을 종결하고, 오스트리아 중재법원의 판정에 의하여 분쟁을 해결하기로 합의하였다. 중재절차의 준거법은 오스트리아 실체법으로 정하였다. 중재절차에서 다수의 국내외 전문가들에게 클림트그림의 소유권이 누구에게 있는 것인지에 대한 의견 조회가 진행되었다. 이에 대해 대부분의 전문가들은 Maria Altmann에게 소유권이 있다는 의견서를 보내왔다. 그 주된 이유는 오스트리아 정부가 주된 논거로 들고 있는 Adele Bloch-Bauer의 유언을 살펴보면, 그 유언의 내용이 그녀의 남편인 Ferdinand를 구속할 만한 효력이 없다는 것이다. 또한 나치에 의해서 약탈된 클림트의 그림을 오스트리아 정부가 넘겨받게 되는 과정에서 오스트리아 정부가 그 그림의 소유권을 인정받을 만한 법적인 권원이 없다는 것이었다. 2006년 1월 오스트리아 중재법원은 오스트리아 정부가 Maria Altmann에게 클림트 그림(다섯 작품)을 반환하여야 한다고 판정하였고,<sup>32)</sup> 2006년 3월 클림트의 그림은 오스트리아 벨베데레 미술관으로부터 Maria Altmann에게 귀속되었다.<sup>33)</sup>

30) Altmann v. Republic of Austria, 142 F.Supp.2d 1187 (C.D.Cal.2001)

31) REPUBLIC OF AUSTRIA et al. v. ALTMANN - 541 U.S. 677 (2004)

32) Austria et al. v. Altmann, Decision of Austrian Arbitral Court, 15th January 2006.

33) 2007년 6월 클림트의 작품 중에서 ① “황금 아델레”는 화장품회사 재벌 로널드 로더(Ronald Lauder)에게 1억3500만 달러에 팔렸다. 이후 로더는 이를 뉴욕 맨해튼소재 노이에 갤러리(Neue Galerie)에 기증하였다. 나머지 그림 중 ② Portrait of Adele Bloch-Bauer II (아델레 블로흐 바우어의 초상화 II)

#### (4) 이 사건의 의미

FSIA상의 국가면제사유로서 수용예외조항의 적극적 활용은 미국 법원에서 국가면제를 인정하는 비율을 현저히 줄였다. 이것은 국가면제에서 주권을 향유하는 행위자보다는 그 행위에 초점을 맞추는 것이다. 그러나 미국은 전통적으로 외국 정부가 미국 내에서 다양하고 복잡한 상업행위를 하도록 장려하는 국가인 점에 비추어 모순되는 행위이며 국내소송을 통하여 국제적 긴장을 불러일으킨다고 비판되고 있다.<sup>34)</sup> 이 사건은 미국 법원에서의 소송을 통하여 법적 분쟁에 대한 대중의 관심을 환기시키고 소송을 통한 문화재 반환의 문제에 대한 법적 정당성을 확인하고자 하는 노력을 통하여 최종적으로 중재합의와 중재판정에 의하여 반환의 목적을 달성하였다. 만약 미국 법원에서 반환 판결을 확정하였다고 하더라도 오스트리아가 반환을 지속적으로 거부할 경우 외교적 분쟁을 낳고 문화재 냉전이라고 할 만한 상황을 초래하고 결국 원고로서도 그동안의 노력이 실효적이지 못한 결과가 될 수 있었다. 반환판결의 확정과 그 판결에 대한 집행가능성은 다른 차원의 문제이기 때문이다. 이 사건은 문화재 분쟁 해결을 위한 대체적 분쟁해결제도(Alternative Dispute Resolution, ADR)에 대한 긍정적인 논의를 전개시켰다. 즉 미국법원에서 외국주권면제법상의 '강제수용'예외의 조건을 성립시켜 외국정부에 대하여 재판권을 행사하고 문화재의 반환을 명하는 판결을 선고하는 판결들에 대한 긍정적, 부정적 의견 모두 자연스럽게 대체적 분쟁해결제도의 모색의 출발점이 되고 있다.

## 2. Cassirer 사건

### (1) 사건개요<sup>35)</sup>

프랑스의 인상주의 화가인 Camille Pissarro(카밀 피사로)가 그린 유화작품으로서 Saint-Honoré, après-midi, effet de pluie 등은 독일에 살던 부유한 유대인인 Julius Cassirer(줄리어스 카시르)가 1898년 구입하였다. 이 그림들은 아들인 Fritz, Fritz의 미망인인 Lilly Cassirer로 상속되기까지 약 40년 동안 Cassirer가에서 소유하였다. 1939년 유대인 박해가 심해지자 Lilly는 독일을 떠나기로 결정하고 자신의 재산을 가져갈 수 있는 공식 허가를 신청하였다. 이에 나치 정부는 Lilly 소유의 작품들의 가치를 감정하기 위해서 뮌헨 미술

는 크리스티경매장에서 8,800만 달러에 팔렸으며 나머지 그림들은 모두 총 1억9천2백7십만 달러에 매각되었다. 이규호 외 5인, 앞의 책(주 25), 90면.

34) H. Fox, supra note 15, p.371.

35) Cassirer v. Kingdom of Spain, 461 F.Supp.2d 1157 (C.D.Cal.2006)

상 Jakob Scheidwimmer를 공식 감정인으로 임명하였는데, 미술상 Scheidwimmer는 감정 후 Lilly가 이 작품들을 독일 밖으로 반출하는 것을 거부하면서 약 \$ 360에 자신에게 판매할 것을 요구하였다. 그러나 그녀는 독일을 떠나지 못할 것이 두려웠고 감정금액을 절대로 받지 못할 것이라는 것을 알았기 때문에 작품들을 어쩔 수 없이 포기하고 말았다. 그 후 미술상 Scheidwimmer는 나치의 박해로 독일을 떠나 네덜란드로 도망가는 어느 미술상과 이 작품들을 거래하였고 작품들은 네덜란드로 반입되었다. 그런데 독일이 네덜란드를 침략한 후에 나치 정부는 회화를 압수하여 다시 독일로 돌려보냈고 1943년 익명의 구매자에게 경매로 팔렸다. 이 그림들은 1952년 뉴욕의 한 갤러리에서 모습을 드러내었고, 세인트루이스의 개인 수집가에게 다시 팔렸다. 1976년에 알려지지 않은 딜러에게 다시 판매되었으며 스위스의 거주자이자 전 세계 일류 민간 예술 수집가 중 한 명인 Baron Hans-Heinrich Thyssen-Bornemisza (“Baron”)에게 판매되었다. 1988년 Baron은 스페인 정부와 5 천만 달러에 이 그림들을 10년간 임대하는 계약을 체결하였다. 그러던 중 5 년 만에 스페인은 이 그림들을 포함한 Baron의 컬렉션을 약 3 억 2,700 만 달러에 구입하였다. 이 매매계약의 조항에 따라 스페인은 마드리드시에 재단과 Thyssen-Bornemisza Museum(“박물관”)을 설립하였다. 구매계약서에는 향후 컬렉션을 더 이상 사용하지 않거나 재단이 해산되면 자동으로 스페인정부가 소장품의 소유자가 되는 것으로 규정되어 있었다. 2000년 미국 시민권자인 Lilly Cassirer의 손자이자 후계자인 Claude Cassirer는 마드리드에서 이 그림들이 전시된 것을 최초로 발견하였고, 재단의 이사장인 스페인 교육 문화체육부 장관에게 문화재의 반환을 탄원하였으나 거절당하였다. 2003년에는 5명의 미국 하원 의원이 장관에게 편지를 보냈으나 다시 거부되었다. 다만 Cassirer는 스페인에서 소송이나 중재 등 사법적(司法的)인 절차를 통한 반환시도는 하지 않았다. 그 후 2005년 5월 10일 Cassirer는 캘리포니아 법원에 재단과 스페인을 상대로 소송을 최초로 제기하였다.<sup>36)</sup>

법원은 2010년 8월 12일 피고 재단과 스페인 정부가 Pissarro를 직접적, 불법적으로 입수한 사람은 아니지만 원소유자는 FSIA에 따라서 스페인과 Thyssen Foundation을 상대로 소송을 제기할 수 있고 재판관할권이 있다고 판결하였다. 그러나 도난당한 예술품에 관한 미국의 법은 도난당한 미술품의 위치를 “실제로” 발견 한 시점과 피해자가 그 청구를 하기 위해 필요한 정보를 얻은 때로부터 6년까지 소제기를 할 수 있다는 이유로 소를 기각하였다.

36) <https://www.nytimes.com/2015/06/11/arts/design/judge-rejects-claim-for-a-pissarro-by-heirs-in-nazi-art-case.html> (최종방문일 2017.12.26)

## (2) 쟁점과 판단

이 사건의 주된 쟁점은 2006년 FSIA 1605 (a) (3)의 국가면제의 수용예외 규정이 직접적인 수용주체가 아닌 스페인에도 적용되는가, 상업적 행위 요건을 충족하는가, 그리고, 구제절차의 소진이라는 별도의 요건을 필요로 하느냐로 요약된다.

Cassirer는 1605 (a) (3) 항의 “수용 예외 규정”으로 인해 공동 피고들인 스페인 재단과 스페인 정부 모두 국가 면제를 받을 자격이 없다고 주장했고, 법원도 FSIA의 문언상 국제법을 위반하여 부동산을 수용한 주체가 곧 소송의 당사자가 되는 것이 아니라고 확인하면서 피고들의 국가면제 주장을 배척하였다. 또한 스페인 재단은 뉴욕 주, 캘리포니아 주 및 워싱턴 DC에서 Pissarro의 작품에 대해 포스터와 책을 미국인들에게 판매하고, 미국 회사로 하여금 작품들의 이미지를 복제하는 것을 허가하기도 하였으므로 미국 내에서의 상업적 행위 관련성을 충족한다고 판단하였다.

마지막으로 피고 스페인 정부는 Cassirer가 스페인이나 독일의 법원에 회화에 대한 자신의 소유권을 주장하면서 반환소송을 제기하는 등의 절차를 밟은 바 없다고 주장하면서, 미국 이외의 다른 법정지에서 사법적 구제절차를 모두 소진하여야 국가면제의 예외 사유를 적용받을 수 있다고 주장하였다. 그러나 이 점에 대하여 법원은 FSIA § 1605 (a) (3)의 문언상 “외국 구제 수단”에 관한 법률 요건이 없다는 것이 명확하기 때문에 수용예외 요건에 ‘구제절차의 소진’이라는 별도의 요건을 추가하여 적용하지 않는다고 실시하였다.<sup>37)</sup>

이러한 입장은 법률에 존재하지 않는 별도의 요건을 청구권자에게 부과하는 것은 의회에 부여된 헌법 권한을 침해하는 것일 뿐만 아니라 중국적으로는 외국 입법자와 법원에 대해 미국 연방 법원의 관할권을 제한 할 권한을 양도하는 것과 같은 효과를 준다는 우려에 근거한 것이다. 그러나 앞으로 구제절차의 소진 여부에 대한 판단은 국가면제에 관련된 사안에 도입될 가능성이 높다고 하는 견해도 있다. 그러나 이러한 예측을 하는 견해도 국가면제에 있어서 ‘구제절차의 소진’이라는 요건은 법원이 아니라 의회에서 해야 할 일이라는 점을 명확히 하면서 이 판결이 타당하다고 해석한다.<sup>38)</sup>

37) Cassirer v. Kingdom of Spain, 461 F.Supp.2d 1157 (C.D.Cal.2006)

38) Law Report, *Foreign Sovereign Immunities Act — Exhaustion Of Local Remedies — Ninth Circuit Requires Case-By-Case Prudential Analysis Of Exhaustion Of Local Remedies in Foreign Sovereign Immunities Act Suits. — Cassirer v. Kingdom of Spain*, 580 F. 3d 1048 (9th Cir. 2009), Harvard Law Review(2010), Vol.123(5), p.1369 참조.

## IV. 결 론

FSIA의 수용예외조항의 문화재 소송에서의 활용은 다른 나라에 소재하는 문화재나 예술품의 반환을 위하여 자국 법원에 외국정부를 상대로 반환청구소송을 제기할 수 있는가의 문제이다. 미국 법원에서 국가면제 예외사유로서 활용하는 ‘강제수용’예외 조항은 미국 FSIA에 특유한 것이다. 더욱이 미국에 소재하지 않는 재산의 경우 미국에서 상사적 행위와 관련이 있는 외국 정부기구에 의해 ‘소유되거나 운용되는 재산이라는 요건은 그 의미가 분명하지 않는 문제점이 있다.<sup>39)</sup> 미국의 이러한 입장은 강대국으로서의 면모를 과시하고 국수주의적 경향을 보인다는 비판과 원소유자 반환 원칙을 확고히 하였다는 격려가 모두 가능할 것이다.

한편 유엔국가면제협약에 미국주권면제법상의 조항과 같은 내용을 포함시키는 것에 대한 논의를 다시 진행해볼 수 있는 상황의 변화가 없는가? 미국 주권면제법과 같은 규정을 우리나라에서도 국내법으로 제정하는 것이 가능할 것인가? 그러나 ‘강제수용’또는 ‘국유화조치’라는 예외 사유는 아직까지는 국제공동체에서 널리 수락되지 않았고 생성 중에 있는 법리로 보인다. 아울러 미국 법원의 판결과 같은 결론을 위해서는 최소한 FSIA와 같은 국내법적 근거가 필요하거나<sup>40)</sup>, 법원이 외국 정부의 국가면제를 배척하기 위한 타당한 논거의 발전과 판례의 축적이 필요하다. 현재 서울중앙지방법원에 계류되어 있는 일본군 성노예피해자들이 일본 정부를 상대로 제기한 손해배상청구소송에서 과연 우리 법원은 일본 정부의 국가면제주장을 배척하고 재판권을 성립시킬 수 있는지 주목된다.<sup>41)</sup>

앞서 살펴 본 Altmann의 소송대리인은 단순히 Klimt의 그림이 유증된 것이지만, 이를 나치가 불법하게 압수하였던 것이라는 이유만으로 반환주장을 펼친 것은 아니다. 과거의 자료나 증거를 토대로 하여 압류 과정을 비롯한 사실관계를 확정하고 오스트리아 문화재반환법의 요건 충족 여부를 면밀히 검토하였다. 따라서 다른 나라 정부나 기관을 상대로 한 문화재나 예술품의 반환소송에서 단순히 과거의 역사적 배경이나 명분만 가지고 소유권을 주장하는 것은 충분치 않다. 상대방 국가의 국내법과 국제법적 원칙을 분석하고 구체적인 자료나 증거를 기반으로 소제기를 하여야 한다.<sup>42)</sup> 그러나 수많은 중요 문

39) H. Fox, *supra* note21, p. 350.

40) 이규호 외 5인, 앞의 책(주 25), 95면.

41) 서울중앙지방법원 2013며50479 호 및 서울중앙지방법원 2015가합505092사건

화재를 약탈당하고도 이를 반환받지 못하고 있는 우리나라를 비롯한 문화재 반출 피해국들에게 재판관할권의 행사에 관한 주요한 원칙과 근거를 제시해주었다는 점에서 의미가 있다고 본다.

원고 접수일 : 2017년 12월 10일

계재 심사일 : 2017년 12월 20일

계재 확정일 : 2017년 12월 21일

---

42) 소송을 제기하기 전에 다방면의 여론조성을 통하여 최대한 소송에 유리한 사회적 분위기를 만들 필요가 있고, 특히 중재법원에 있어서 더욱 유용할 수 있다. 그러나 차바드 사건의 경우 반환판결에도 불구하고 러시아정부는 판결을 이행하지 않았다. 이에 원고는 2011년 4월 압류를 허가해달라는 신청을 하였으나, 법원은 분쟁의 대상이 된 문화재라고 하는 것의 본질적인 성격을 고려하여, 기타 자산을 압류하는 것은 자의적이고 비효율적인 방법이라고 하면서 문화재에 대한 강제집행허가를 기각하였다. 다만 2013년 1월 법원은 2010년 7월 판결에 따라 컬렉션을 차바드에게 반환하지 않는 데 대하여 제재판결을 내려달라는 차바드의 청구에 대하여 2010년 반환판결을 이행할 때까지 1일 5만 달러의 이행강제금을 지급할 것을 결정하였다. 박선아, 앞의 논문(주 3), 266면 및 차바드 판결 이후 상황에 대해서는 Giselle Barcia, *After Chabad : Enforcement in Cultural Property Disputes*, Yale Journal of International Law(2012), Vol.37참조.

## 참 고 문 헌

### 1. 국내문헌

김대순, 『국제법론』(삼영사, 2014).

석광현, 『국제민사소송법』(박영사, 2012).

류병운, “외국에 대한 재판관할권과 판결의 집행 : 국가면제 이론의 검토”, 『영산법률논총』(영산대학교 법률연구소, 2005), 제2권 제1호.

박선아, “문화재 분쟁 해결을 위한 국제소송에 관한 연구”, (한양대학교 대학원 박사학위논문, 2013).

박선아, “주권면제와 문화재소송 -Agudas Chasidei Chabad of United States v. Russian Federation 사건을 중심으로”, 『한양법학』(한양법학회, 2017), 제28권 제3호.

박선아, “약탈문화재의 환수와 원소유자 반환의 원칙 - 대전지방법원 2016가합102119 서산 부석사 불상인도청구사건을 중심으로-”, 『법학논총』(한양대학교 법학연구소, 2017), 제34권 제3호.

박선아, “중대한 인권침해와 국가면제”, 『법과 정책연구』(한국법정책학회, 2017).

석광현, “판례평석(判例評釋) : 외국국가(外國國家)에 대한 민사재판권(民事裁判權)의 행사(行使)와 주권면제(主權免除)”, 『法曹』(법조협회, 2000), 제49권 제12호.

석광현, “국제적 불법거래로부터 문화재를 보호하기 위한 우리 국제사법과 문화재 보호법의 역할 및 개선방안”, 『서울대학교 법학』(서울대학교 법학연구소, 2015), 제56권 제3호.

최태현, “UN국가면제협약의 채택과 가입의 필요성”, 『법학논총』(한양대학교 법학연구소, 2008), 제25권 제4호.

이규호, “미국내 소재 우리 문화재의 환수를 위한 법적 고찰 -미국 연방도품법을 중심으로”, 『법조』(법조협회, 2012), 제61권 제3호.

이규호 외 5인, “문화재반환분쟁해결 국제사례연구”, 『문화재청 용역 최종 보고서』(2011).

### 2. 외국문헌

B. Schöenberger, *The Restitution of Cultural Assets* (Boom Eleven, 2008).

Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, (Oxford University Press, 2008).

- C.M. Vazquez, *Altmann v. Austria and the Retroactivity of the Foreign Sovereign Immunities Act*, Journal of International Criminal Justice(2005), Vol.3.
- E. Jayme, *Protection of Cultural Property and Conflict of Laws*, Int'l J.of Cult.Pro(1997).
- G. Barcia, *After Chabad : Enforcemen in Cultural Property Disputes*, Yale Journal of International Law(2012) , Vol.37.
- J. H. Merryman, *Two Ways of Thinking About Cultural Property*, The American Journal of International Law(1986), Vol.80.
- M.J. Bazylar and S.M. Gerber, *Litigating the Pillage of Cultural Property in American Courts : Chabad v. Russian Federation and Lessons Learned*, LMU Law Review(2010), Vol.32.
- Law Report, *Foreign Sovereign Immunities Act — Exhaustion Of Local Remedies — Ninth Circuit Requires Case-By-Case Prudential Analysis Of Exhaustion Of Local Remedies in Foreign Sovereign Immunities Act Suits. — Cassirer v. Kingdom of Spain, 580 F. 3d 1048 (9th Cir. 2009)*, Harvard Law Review(2010), Vol.123(5).

Abstract

A Study on State Immunity in Cultural Property Litigations  
- Focused on Unites States' FSIA §1605(a)(3) Expropriation Exception -

Sun-Ah PARK\*

The history of cultural assets has been a series of desolation by an illegal act such as robbery, tomb theft and illegal shipping out and now, they are moaning while not being able to restore law and justice. This was an outcome of greed in mankind, hidden behind passion and concern about culture and art.

Moreover, international agreement and domestic laws concerning cultural assets have not shown noticeable results for the solution of disputes over cultural assets. Even in such a pessimistic legal situation, subjects like individuals or countries that would get back their cultural assets continuously raised civil suits to domestic courts and obtained good results, sometimes. South Korea, too, raised an administrative litigation for the return of Oegyukanggak Royal Books of the Joseon Dynasty that France was holding by citizens in 2010 at a French court. Movement for the return of cultural assets has been carried out through civil suits in 2014, for the redemption of cultural assets leaked to overseas during the period of Japanese Colonial Rule and the period of the Korean War, lawsuits were filed in the U.S. and Japanese courts.

The U.S. court reaches verdicts of return, actively, establishing the jurisdiction of foreign properties in a suit to ask for the return of cultural assets unduly forfeited by Nazi regime or Soviet Union Communist Party administration in the past, under the Foreign Sovereign Immunities Act (US FSIA) enacted in 1976. In lawsuits on the return of cultural assets raised in the U.S. court against a foreign government, establish international judicial jurisdiction and hand down a ruling on the return, Article 1605 (a)(3) "Takings Exception or Expropriation Exception" of the U.S. FSIA) applies mostly. The provision on the exception of 'expropriation' is provided only in the U.S. FSIA.

In order to come under 'expropriation exception' in the U.S. FSIA, 'the object of a lawsuit must be acquired by violating an international law.' The 'expropriation' of which the 'acquisition violates the international law' refers to ① one that is not for a public purpose; ② one that should be differentiated; and ③ one for which no compensation is made. Even if the conditions for expropriation, which is the violation of the international law, the property or a property exchanged with the property should be located in the U.S., and it should be related to the commercial action performed by a foreign government.

---

\* Hanyang University School of Law

There is a criticism that the U.S. shows off its position as a power and shows a nationalist tendency in applying the provision of expropriation exception to a lawsuit on the return of cultural assets on the U.S. FSIA. However, it is considered the suggestion of a ground on the domestic jurisdiction of victim countries, including South Korea that do not get a number of important cultural assets returned even if they were plundered of them. Moreover, it is judged that it is appropriate that it established the principle of the return to the original owner in accordance with the principles of law and justice in the international order concerning cultural assets.

[ Key Words ] International Jurisdiction of Cultural Property Litigation, Cultural Property Disputes, Restitution of Cultural Property, State Immunity, US Foreign Sovereign Immunities Act §1605(a)(3) Expropriation Exception