문화국가와 문화재보호
(文化國家와 文化財保護)

-비교법(比較法) 및 국제법적(國際法的) 고찰(考察)-

崔 鐘 庫
(서울大 法大 敎授)

서 론

문화국가(文化國家)(Kulturstaat), 문화행정(文化行政)(Kulturverwaltung), 그리고 문화재보호(文化財保護)(Kulturdenkmalschutz) 등을 하려할 때, 맨먼저 '文化(문화)'(Kultur)가 무엇인가 하는 문제에 부딛친다. 타일러(Edward B. Tylor)가 총체적인 입장에서 '지식, 신앙, 예술, 법률, 관습 및 사회의 한 성원(成員)으로서 인간에 의해 획득된 모든 능력과 습관들을 포함하는 복합총체(複合總體)'라고 정의한 文化의 정의(定義)를 비롯하여 수많은 정의(定義)들이 있다. 이러한 '문화(文化)'의 개념분석을 시도하는 것이 목적이 아닌 본고(本稿)에서는 보다 구체적으로는 지식, 신앙, 가치관, 이념, 예술, 규범전달의 양식과 이러한 양식들을 유지・전수・창조하는 수단인 교육, 종교, 이념, 예술의 전달매체 등의 일체(一切)를 포괄하는 의미로 받아들일 수 있다[1]는 설명을 긍정한다. 생각하면 문화란 현실적 인간이 보다 나은 가치(Werte)를 지향하면서 만들어내는 모든 형식의 작품(Werke), 즉 진리를 향한 학문(學問), 선(善)을 향한 윤리(倫理), 미(美)를 향한 예술(藝術), 그리고 정의(正義)를 향한 법(法) 등 일체(一切)의 노력의 산물이 곧 문화(文化)라 할 수 있을 것이다.[2]

그런데 이러한 '文化'가 개인의 교양과 인생의 의미로 의식되는 것이기도 하지만 오늘날은 국가적 과제로 법적으로 부과되고 있다는 사실이 중요하다. 이것은 물론 국가(國家)가 왜 있느냐, 국가의 본질이 무엇이냐는 국가철학(國家哲學) 내지 법철학(法哲學)의 문제에로 돌아가겠지만, 현대 국가의 '문화국가적(文化國家的)' 책임(責任)을 무시하는 학자와 이론은 찾아볼 수 없을 정도이다. 이른바 선진국가(先進國家)들일수록 이론적으로나 현실적으로 문화국가(文化國家)의 성격을 강조하고 있다는 것은 굳이 설명할 필요가 없을 것이다.

우리나라도 적어도 30여년간의 노력에 의하여 절대빈곤(絶對貧困)의 문제를 어느정도 해결하고, 국제올림픽까지 개최하는 저력(底力)을 보이고 나서, 이제 우리 국가가 나아가야할 방향이 무엇이겠는가 자문(自問)할수록 문화국가(文化國家)에의 과제가 중요하게 의식되고 있다. 그 일환으로 1990년대와 함께 문화부(文化部)가 신설되어 문화정책(文化政策)과 행정(行政)을 확대・활성화하고 있다. 또한 조국통일(祖國統一)의 지상과업(至上課業)을 앞에 두고 남북대화에서 가장 중요한 매개개념의 하나가 '文化', 특히 '민족문화(民族文化)'의 개념으로 주목되고 있다. 정치(政治)와 이데올로기로 이질화(異質化)된 남북(南北)을 그래도 동질화(同質化)의 방향으로 극복할 수 있는 것이 문화(文化)가 아니겠는가고 자신(自信)(?)하는 것이다.

그러면서도 우리는 솔직히 말하며 무엇이 문화국가(文化國家)인가에 대한 개념정립이랄까 어떤

1) 한국문화예술진흥원 「문화정책」, 11면.
2) Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 최종고역, 「法哲學」, 三英社, 1975.

공통인식이 이루어지지 못하고 있는 실정에 있는 것같다. 여러 갈래의 문화론(文化論)은 많지만 문화국가(文化國家)에 대한 총체적 성찰과 이론화(理論化)의 작업이 결여된 것처럼 보인다. 물론 이것은 쉬운 일이 아니고, 오늘날처럼 문화적(文化的) 다원주의(多元主義)와 남북간의 문화적(文化的) 대립상황(對立狀況) 아래서 단정적인 논의를 한다는 것은 매우 어려운 일이라고 아니할 수 없다. 그렇지만 어떤 전체적(全體的)인 퍼스펙티브가 없이는 잡다한 주장들의 대립과 혼란으로 끝날 위험이 있다. 필자(筆者)는 법철학(法哲學)과 법사상사(法思想史)를 전공하는 한 법학자(法學者)로서 감히 이런 막중한 문제에 대하여 어떤 결론이나 정설(定說)을 내릴 능력은 없지만, 외국의 학자들이 어떻게 접근하고 있으며, 입법적(立法的)으로 어떻게 모색되고 있으며, 우리 나라의 현실은 어떠한가를 검토해보고자 한다. 어쩌면 우리가 '잘 살게 되었다'고만 자만하고 있는 사이에 보다 중요한 과제인 문화국가적 과제에 깊이 눈돌릴 겨를이 적었던 것은 아니었는지 반성적인 자세도 가다듬어야할 것이라 생각한다. 본고(本稿)는 문화국가(文化國家)로서의 성격을 바로메터처럼 결정해주는 것이 문화재보호(文化財保護)의 문제라 생각하고, 외국에서의 문화재보호에 관한 입법(立法)을 비교법적으로 고찰하고 나아가 오늘날 점점 국제법적(國際法的)으로 관심을 확대하고 있는 문화재보호의 문제를 검토해보고자 한다. 이런 고찰이 우리나라의 문화정책(文化政策) 내지 문화입법(文化立法)의 수립과 특히 남북대화를 통한 통일(統一)의 모색에 다소나마 참고가 될 수 있으면 한다.[3)]

Ⅰ. '문화국가(文化國家)'의 개념

흔히 많은 다른 사항과 마찬가지로 '문화국가(文化國家)'의 개념도 불행히도 서양에서 이론화(理論化) 내지 학문화(學問化)되었다.[4)] 특히 독일에서 Kulturstaat라는 용어를 만들어 마치 Rechtsstaat(법치국가(法治國家))에 상응하는 개념처럼 발전시켜왔다. 여기서는 그 발전과정을 중요한 이론가들을 몇사람 뽑아 시대적으로 검토해보고자 한다.

먼저 문화국가에 대한 용어사용에 대하여 잠시 설명하고 들어가기로 한다면, 서양에서는 대체로 Kulturstaat(독(獨)), cultural state(영미(英美)), Etat de culture(불(佛)), Stato di cultura(이(伊), 서(西))로 사용하고 있다. '문화국가(文化國家)'와 '문명국가(文明國家)'는 어떻게 다른 개념일까?

법철학자 자우어(Wilhelm Sauer, 1879-1962)는 그의 「법철학입문(法哲學入門)」(*Einführung in die Rechtsplilophie für Unterricht und Praxis*)에서 "문명(文明)(Zivilisation)은 서구유럽(국제적) 용어사용에 '文化'(Kultur)와 동일한 의미로 사용되어 왔다. 그래서 문명국가(文明國家)(zivilisierte Nation)는 독일 법철학, 법사회학, 국제법학에서 문화국가(文化國家)(Kulturstaat)와 같은 것이었다"[5)]고 말한다. 그러나 이러한 설명은 상당한 주의를 요한다고 비판되고 있으며, 여러 가지 법문헌들에서 '문명국가'와 '문화국가'는 구별되어 사용되고 있다.[6)] '문명국가'에도 Zivilisationsstaat 혹은 zivilisierter Staat의 표현구별이 있고, '문화국가'도 Kulturstaat 혹은 kultivierter Staat이란 용어들이 있다. 이러한 용어례는 언어권(言語圈)에 따라 분류해보면 다음과 같이 표시할 수 있다.[7)]

---

3) 지금까지 나온 문화재보호관계에 관한 참고문헌으로는 鄭在鑣 , 文化財保護와 基本方向, 「文化財」 제17호, 19 ; 황현탁(黃鉉卓), 우리나라의 文化財保護管理體系, 「法制」 1982년 2월호 ; 金炳高, 韓國의 文化財保護 實態, 「立法調査月報」 1989년 1·2월호 등.

4) 자세히는 Ottmar Jung, Zum Kulturstaatsbegriff, Meisenheim am Glan, 1976, 本稿의 이 부분은 주로 本書에 의존하 였음을 밝힌다.

5) Wilhelm Sauer, *Einführung in die Rechtsphilosophie für Unterricht und Praris,* L. Aufl, 1961,S. 135

6) 자세히는 O, Jung, a.a.O.S. 206~207

7) Ottmar Jung,O.S.208-209의 설명을 요약·도식화해본 것.

영 어 권	cultural State, intellectual state, civilized state
불 어 권	État de culture, État civilisé, États civilisés
독 어 권	Kulturstaat, kultivierter Staat, Zivilisationsstaat, zivilisierter Staat
이태리어권	Stato di cultura, Stato civile, Stati culti, Stato civile

표

1. 피히테

문화국가(Kulturstaat)란 용어를 최초로 개념화시킨 인물은 베를린대학 총장을 지낸 철학자 피히테(Johann G, Fichte, 1762-1814)로 알려져 있다.[8] 「독일 국민에게 고함」(*Reden an die Deutche Nation,* 1897)이라는 책으로 더욱 알려진 당대 최고의 철학자인 피히테는 세계사와 국가의 발전을 다섯 단계로 나누어, 본능지배의 국가, 권위확립의 국가, 가치해소의 국가, 진리와 자유지향의 국가, 그리고 이성지배의 국가의 단계로 파악하였다.[9] 그리고 마지막 이성지배의 국가단계를 문화국가로 불렀는데, 피히테에게 있어서 '문화'(Kultur)란 첫째로 감성(Sinnlichkeit)의 모든 힘들을 자유(Freiheut)라는 목표로 고양시키는 것이고, 둘째로 이 고양의 과정에서 감성이 정도에 따라 각각 다른 문화의 형태와 수준에 생기는 것이라고 보았다. 국가의 최종목적은 자유를 지향하는 문화(Kultur zur Freiheit)에 있으며, 따라서 국가는 이 목적을 실현하는 범위 안에서 개인으로부터 협력을 요구할 권리를 갖는다고 보았다. 다만 국가는 문화를 획일화할 수는 없고, 개인의 힘들을 전체적으로 고양시켜 나가야 한다고 하였다. 그렇지만 피히테는 문화국가론을 이론화하지는 아니하였다[10]. 그리고 피히테에 있어서 문화국가는 서양 유럽의 국가들에게만 한정되며 나아가 그리스도교(敎)가 국가생활의 원리로 작용하는 나라만을 지칭한 것으로 이해된다. 그는 프랑스의 나폴레옹 출현에 대하여 독일 민족정신을 고취하여 애국주의적 색채를 띄고 있었지만, 그것은 프랑스혁명(革明)에서 부르짖은 자연법(法)과 천부인권(天賦人權)의 사상(思想)에 의하여 은연중 영향을 받았다고 볼 수도 있는 것이다[11].

2. 블룬츨리

문화국가의 개념을 '법률화'시킨 학자는 요한 블룬츨리(Johann C, Bluntschli, 1808-1881)이다. 하이델베르그대학의 국법학 및 국제법교수였던 그는 당대 최대의 법학자 중의 한 사람이었다[12]. 그는 저서 「일반국법학」(*Allgemeines Staatsrecht,* 1852)에서 문화국가를 법개념으로 정착시키면서 상당히 전투적인 성격을 제시하였다. 즉 공산주의(Kommunismus)는 문화국가와 조화될 수 없고, 예수會(Jesuit)도 문화국가에서 배제되어야 한다고 주장하였다[13]. 블룬츨리의 공적(功績)은 문화국가를 예리하게 개념화시키고, 단순히 역사철학적 구성의 틀 속에서 사용되던 개념을 법적 개념으로

8) O. Jung, a.a.O.S. 10

9) J. G. Fichte, *Werke: Auswahl in sechs Bänden,*(hrsg von Fritz Medicus), Leipzig, Bd, Ⅳ,1908,S. 412.

10) Fichte는 4개의 저술에서 Kulturstaat란 말을 8번 사용하였다. O.Jung, a.a.O.S. 10.

11) O, Jung, a.a.O.S.26.

12) 특히 Bluntschli의 저서 *Das Völkerrecht der civilisierten Staaten*(Nördlingen, 1867)이 中國에서 「公法會通」(1880)으로 번역되어, 韓末, 大韓帝國 國制에 영향을 미친 것에 대하여는 최종고, 「韓國의 西洋法 受容史」, 博英社, 1981, 24면 참조'

13) J. Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht,* 1852, S.698.

승화시켰다는 데에 있었다. 그렇지만 그가 생각한 문화국가의 관념도 역시 어떤 특정한 세계관과 국가관에 의하여 제한성을 갖고 있었다는 사실을 추적할 수 있다.

3. 굼플로비츠

루드비히 굼플로비츠(Ludwig Gumplowicz)는 모올(Robert Von Mohl)의 법치국가(法治國家)(Rechtstaat)의 사상과 블룬츨리의 입헌군주제(立憲君主制)(constitutionelle Monarchie)의 사상에 대립하여, 문화국가를 4개의 기준에 따라 '그 시대의 최고위치에 서있는 국가들'의 '공통적인 본질적인 것'(das gemeinsame Wesentliche)으로 파악하였다[14]. 그는 문화국가를 단순히 경제활동을 후원하는 국가가 아니라 보다 고차원적인 이상적(理想的), 인간적(人間的) 목적(目的)을 추구하는 노력을 후원하는 국가라고 설명하였다[15]. 그러면서도 그는 문화국가에서 중요한 것은 행정이 법률에 적합해야 한다는 것,즉 '행정의 합법률성'(Gesetzmä-Bigkeit der Verwaltung)을 강조하였다. '최상위의 권력자'도 여기에서 절대로 예외가 되어서는 아니된다고 하였다. 그렇지만 그에게는 항상 계급국가(ständischer Staat)의 성격을 떨어버릴 수 없었다[16].

4. 트라이츠케

역사가 트라이츠케(Heinrich von Treitschke, 1834-1896)는 그의 저서 「정치학」(*Politik,* 1898)에서 문화국가의 개념을 정의내리지는 아니했지만, 피히테의 생각과 비슷한 문화국가의 관념을 가졌던 것으로 보인다[17]. 즉 국가의 본질의 출발점은 권력(Macht)이지만, 일단 출발하면 권력은 제한되어야 한다고 보았다. 그는 "순전한 권력이론은 내용적으로 비윤리적(非倫理的)이며 결코 정당화될 수 없다"[18]고 하였다. 고용인없는 문화란 있을 수 없다고 하면서도, 트라이츠케는 '민족'(Volk)에게서는 겨우 작은 '사회적 단면(斷面)'을 생각할 수 있을 뿐이고, 문화국가(文化國家) 속에서 비로소 예술진흥의 계기를 보게 된다고 하였다. 물론 그가 말한 대로[19] '국가는 예술과 학문의 진흥을 위한 거대한 과제(monumentale Aufgabe)를 무관심해서는 안된다고 보았다. 그에게 있어서 근본적으로 두 가지 사상은 문화영역의 자율성(自律性)의 사상과 시민적, 정치적 그리고 제한된 의미의 교회적 자유의 사상이 결합되어 있다는 점이다. 어쩌면 권력국가사상에 매혹되었을 트라이츠케는 끝내 문화국가의 개념을 분명하게 정립하지는 못하였지만, '고전적이면서 심미적(審美的) 성격'을 띄고 있었던 것으로 평가되고 있다[20].

5. 라드브루흐

법철학자 구스타브 라드므브루흐(Gustav Radbruch, 1878-1949)에게 있어서 문화국가(文化國家)의 개념은 그의 상대주의적 가치철학에 입각하여 중요한 의미를 띄고 있다[21].그에 의하면 인간이 선택·결정할 수 있는 가치관에는 개인주의적 가치관, 단체주의적 가치관, 문화주의적 가치관의 셋이 있는데, 이에 따라 개인주의적 자유국가(自由國家), 문화주의적 문화국가(文化國家)가 성립될

---

14) L. Gumplowicz, *Philosophisches Staatsrecht*, 1. Aufl.1877.S. 81.
15) L. Gumplowicz. a.a.O.S.154.
16) 자세히는 O.Jung.a.a.O.S.37.
17) O. Jung, a.a.O.S. 40.
18) H.von Treitschke, politik : vorlesungen *gehalten an der Universitat zu Berlin,* Bd, II, 1898. S,543.
19) H. von Treitschke, a.a.O. Bd. I .S.34.
20) Walter Bupmann, *Tritschke : sein Welt-und Geschichtsbild, 1952,* S.274.
21) Arthur Kaufmann, *Gustav Radbruch : Rechtsdenker, Sozialdemokrat, Munchen* 1987. S.168-188.

수 있다[22]. 그는 文化를 근본적으로 인간이 가치를 지향하면서 만드는 일절(一切)의 작품(作品)으로 이해한다. 그리고 이러한 문화(文化)를 지상가치(至上價値)로 삼는 문화국가(文化國家)는 개인의 자유도, 단체의 가치도 아닌 독특한 세계관 내지 정당강령(政黨綱領)이라고 설명한다. 라드브루흐는 문화주의적 국가이념을 실제로 실천한 예는 많지 않으며, 오로지 정치적(政治的) 카톨리시즘(politischer Katholizismus)을 그 예로 들고 있다[23].

그의 표현을 빌리면, "국가는 신(神)으로부터의 권세(權勢)(Obrigkeit von Gott)로서, 우익에로도 좌익에로도, 개인주의적 정당(政黨)에로도 초(超)개인주의적 정당(政黨)에로도 접속할 가능성을 갖고 있다"[24]. 이렇게 본다면, 라드브르흐에 있어서 문화국가(文化國家)의 개념은 종교를 기반으로 하면서 개인주의와 단체주의의 가치관을 개방적이고도 창조적으로 조화할 수 있는 지성국과(知性國家, intellectual state)에 가까운 개념으로 파악된다[25].

6. 후 버

현재도 독일 프라이부르그에 생존해 있는 헌법학자 후버(Ernst Rudolf Huber, 1903~) 교수는 그의 유명한 저서 「문화국가의 문제성」(Zur Problematik des Kulturstaates, 1958)에서 문화와 국가의 관계를 다섯 단계로 설명하면서 문화국가의 의미를 조명하였다. 그에 의하면, 문화국가가 되려면 첫째 단계가 '문화의 국가로부터의 자유'(Staats freiheit der Kultur)가 보장되어야 한다. 즉 문화의 자율성(自律性)(Autonomie), 즉 자유로운 문화의 존재법칙이 인정되어야 한다. 문화국가에서는 문화를 '만들어지는 것'이 아니라 자유롭게 성장하고 전개되는 교양재(敎養財)(Bildungsguter)의 총체로 파악하는 것이다[26].

둘째 단계는 자율적 문화에 대하여 국가가 '능동적·책임적으로 봉사'(tätig-verant wortliche Dienst)하는 국가가 되는 것이다[27].

세번째 단계는 국가가 문화를 형성할 능력(aktive Gestaltung der Kultur)을 인정받는 것이다. 이러기 위하여는 1)국가가 문화와 비문화(非文化)를 구별할 능력을 갖추어야 하고, 2)문화구성의 위계(位階)를 결정할 권리가 부여되어야 하며, 3)국가는 그에게 주어진 문화고권(文化高權, Kulturverwaltung), 즉 문화계획(Kulturplanung), 문화입법(Kulturgesetzgebung), 문화행정(Kulturverwaltung)을 실현할 능력을 갖추어야 한다[28].

네번째 단계는 반대로 문화가 자신을 위하여 국가를 형성할 능력(Staatsgestaltun-gsma cht der Kultur)이 인정되어야 한다[29].

다섯째 단계는 국가와 문화가 서로 이해하고 실현하는 종합적 통일체(synthetische Einheit)를 형성해야 한다[30].

이러한 후버의 문화국가 사상은 근본적으로는 윤리적 입장에서 헤겔(Hegel)의 국가관처럼 국가를 하나의 '인륜적(人倫的) 이상의 실현태(實現態)'(Wirklichkeit der sittlechen Idee)로 생각했던 것이라 볼 수 있다[31]. 마지막 다섯째 단계에서 국가와 문화를 변증법적 통일체로 놓고서, 문화의

---

22) Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie,* 최종고역, 「법철학(法哲學)」, 삼영사(三英社), 1975.
23) G. Radbruch, 위 번역서, 108면.
24) G. Radbruch, 위 번역서, 108면.
25) 참고로는 G, Radbruch, *Kulturlehe des Sozialismus*. 1922.
26) E.R. Huber, Zur *Problematik des Kulturstats*, Tubingen 1958.S.8.
27) E. R. Huber, a.a.O.S. 11.
28) E. R. Huber, a.a.O.S.12.
29) E, R, Huber, a.a.O.S.21.
30) E, R, Huber, a.a.O.S.26.
31) O. Jung, a.a.O.S. 165.

충족 없는 국가는 있을 수 없고 국가 없이는 문화도 불가능하다는 결론을 내렸을 때 결국 남는 것은 무엇인가? 제3제국(帝國)에서 '어용이론(御用理論)'으로 남용될 수 있는 소지는 그 이론 속에 이미 내재되어 있었다고 아니할 수 없다.

7. 기 타

후버 이후 현대 독일 법학계에서 문화국가의 이론화를 새삼 시도한 학자는 보이지 않지만, 이미 어느 정도 개념화된 문화국가의 개념을 사용하여 헌법 및 행정법, 그리고 국가회교회법(Staatskirchenrecht)의 영역을 구축해 나가고 있다. 뷔르츠부르그 대학의 퀴헨호프(Erich Küchenhoff) 교수는 1967년 교수 자격 논문 「국가형태론의 개념규정론」(*Möglichkeit und Grenzen vegrifflicher Klarheit in der Staatsformenlehre*)에서 문화국가론을 체계화하지는 아니하였지만, 여러 가지 국가형태를 분류하는 가운데 문화성을 동반한 국가형태를 거론하고 있다.

튀빙겐 대학의 행정법 교수 오퍼만(Thomas Oppermann)은 1969년에 낸 교수자격 논문집 「문화행정법」(*Kulturverwaltungsuecht*)에서 주로 교육, 학문, 예술에 관한 행정을 행정법적 측면에서 심도있게 분석하고 있다.

법철학자요 한때 독일연방 내무장관을 역임한 바 있는 마이호퍼(Werner Maihofer) 또한 유명한 「국가법총람」(*Handbucn des Staatsrechts*) 시리즈 가운데 「현대국가의 문화적 과제(課題)」(Kulturelle Aufgabe des modernen Staates)라는 논문을 싣고 현대의 문화국가적 과제를 헌법학적, 법철학적으로 상론하고 있다. 특히 독일 기본법(Grundgesetz)에서 보장하고 있는 법치국가(*Rechtsstaat*), 사회국가(Sozialstaat), 문화국가(Kulturstaat)의 세 이념(理念)의 상호관계를 민주주의(Demokratie)의 원리와 관련하여 입체적으로 설명하고 있다[32].

1983년 9월 28일부터 10월 1일까지 쾰른에서 독일 공법학자대회(公法學者大會, Tagung der Vereinigung der Deutscher Staatsrechtlehrer)가 개최되었는데, 그 주제가 「국가공동체에서의 문화적 과제」(Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen)였다. 여기에서는 레겐스부르그 대학의 슈타이너(Udo Steiner) 교수, 빌레펠트대학의 디이터 그림(Dieter Grimm)교수, 잘츠브르그 대학의 에버스(Hans Ulrich Evers) 교수의 논문이 발표되었는데[33] 이 논문들을 모아 단행본으로 출판되었다.[34] 독일의 법학계에서 점점 문화국가론(文化國家論)에 대한 관심이 고조되어가는 것을 한눈에 볼 수 있는 자료라고 하겠다.

이탈리아에서는 로마 대학교 총장을 지낸 법철학자(法哲學者) 델 베키오(Georgio Del Vecchio, 1878-1970)가 라드브루흐의 문화국가사상을 발전시켜 그의 법철학에 응용하였다.[35] 그후 스파냐-무소스(Enrico Spagna Mussos)가 1961년 에 낸 「이탈리아 헌법(憲法)에서의 문화국가(文化國家)」(*La stato di cultura nella constituzione italiana*)를 통하여 법학적으로 문화국가의 개념을 더욱 분명히 하였다.[36] 융(Ottmar Jung)박사의 평가에 의하면, 스파냐-무소스의 문화국가론은 문화국가의 개념을 국가이론 속에 확립하여 분명한 국가적 과제로 삼게 한 데에 공적이 있고, 그것이 자유주의적 법치국가의 개념에 연결시키든 아니면 오늘날 사회국가(Sozialstaat)의 개념에 연결시키든 그것은 문화국가론의 이론적 과제라고 보고 있다고 지적한다. 문화국가와 민주주의

---

32) Werner Maihofer, Kulturelle Aufgabe der modernen Staates, *Handbuch des Staatrechts*, München 1986.

33) Hans-Ulrich Evers, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, *Neue juristische Wochenschrift* 36. Jg. H. 39.(1983. 9.28.) S.2161ff.

34) Udo Steiner & Dieter Grimm, *Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen*, Walter de Gruyter, Berlin 1984, 146 SS.

35) Del Vecchio에 대하여는 최종고,「위대한 法思想家들」Ⅱ.學硏社, 1985.

36) 이에 대한 평가는 O. Jung, a.a.O.S. 213-217.

(Demokratie)의 관계, 즉 민주주의가 문화국가의 전제(前提)인가 여부에 관한 논의도 민주주의의 다의성(多義性)으로 인하여 개방적으로 남겨두어야 할 과제로 받아들여지고 있다.[37]

아무튼 현대국가가 그 헌법에서부터 법이론에 이르기까지 중요한 과제로 문화국가성(文化國家性)(Kulturstaatlichkeit)을 내걸고 있다는 점은 거의 공통된 현상이라고 할 수 있다. 그리고 그것은 법학자들의 이론화(理論化) 작업(作業)에 의하여 더욱 폭과 심도(深度)를 더하여 발전되어 가고 있다고 하겠다.

Ⅱ. 한국(韓國)의 '문화국가(文化國家)'성(性)

우리나라 헌법이 문화국가(文化國家)를 지향하고 있다는 사실은 일반인들에게 어느 정도 인식되고 있는지는 몰라도 법학자들에게는 일치된 견해이다.[38] 알다시피 우리 헌법은 전문(前文)에서,

…문화(文化)의 모든 영역에 있어서 각인(各人)의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며…

라고 선언하고 있다. 또 헌법 제9조는,

「국가(國家)는 전통문화(傳統文化)의 계승·발전과 민족문화(民族文化)의 창달에 노력하여야 한다.」

고 규정하고 있다. 여기에서 '전통문화(傳統文化)'라는 개념과 '민족문화(民族文化)'라는 개념이 사용되고 있고, 우리 국가는 이 두 문화(文化)를 계승·발전시킬 의무가 있다고 규정하고 있는데, 이런 면에서 우리 헌법의 문화관(文化觀)은 다분히 민족주의적(民族主義的)이라고 할 수 있다.[39] 나아가 헌법 제69조에 규정된 대로 대통령은 그 취임선서에서, 「나는 헌법을 준수하고 국가를 보위하며 조국의 평화적 통일과 국민의 자유와 복리의 증진 및 민족문화의 창달에 노력하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민 앞에 엄숙히 선서합니다.(방점은 필자)」고 선서하도록 되어 있다. 여기에서도 우리나라의 문화국가(文化國家)의 개념은 상당히 민족문화(民族文化)에 강조점을 두고 있는 것이 드러난다. 또 헌법의 문화관계 조항으로 제31조 5항에,

「국가는 평생교육(平生敎育)을 진흥하여야 한다.」고 규정하고 있는데, 좁은 의미의 교육만이 아니라 사회교육(社會敎育)을 통하여 문화국가(文化國家)를 실현시키려는 중요한 뜻이 담겨 있는 조문(條文)이라 하겠다. 어쨌든 이러한 전문(前文)과 3개의 조문을 통하여 우리나라는 민족문화를 기반으로 한 문화국가(文化國家)를 지향하고 있다는 사실을 볼 수 있다.

이에 비해 북한의 헌법에서는 어떠한 방향과 성격의 문화규정을 두고 있는가를 알아볼 필요가 있다. 1972년에 제정된 「조선민주주의 인민공화국 사회주의 헌법」은 제1장 정치, 제2장 경제, 제3장 문화, 제4장 공민(公民)의 기본권리와 의무, 제5장 최고인민회의…(총11장)의 순(順으)로 구성되어 문화(文化)의 중요성을 독립된 장(章)으로 승격시켜 표현하고 있다 .제3장 文化의 장(章)은 제35조에서 제48조까지 모두 13개로 다음과 같이 구성되어 있다.

[제35조] 조선민주주의 인민공화국에서는 전체인민이 다 공부하여 사회주의적 민족문화가 전면적으로 개화 ·발전한다.

[제36조] 조선민주주의 인민공화국은 문화혁명을 철저히 수행하여 모든 노동자들을 자연과 사회에 관한 깊은 지식과 높은 문화기술 수준을 가진 사회주의, 공산주의의 건설자로 만든다.

[제37조] 조선민주주의 인민공화국은 사회주의 노동자들을 위하여 복무하는 참다운 인민적이며 혁명적인 문화를 건설한다. 국가는 사회주의적 민족문화 건설에서 제국주의의 문화적 침토와 복고주의적 영향을 반대하여 민족문화유산을 보호하고 그것을 사회주의 현실에 맞게 계승발전시킨다.

---

37) O. Jung, a.a.O.S. 213-217.

38) 예컨대 권순성, 「헌법학개론」, 法文社, 1989, 88면.

39) 이 문제에 대한 신중한 논의(論議)가 필요하다고 본다. 이 문제는 예컨대 문화재보호법(文化財保護法)에서 문 화재(文化財)의 개념과 범위를 어디까지로 설정하느냐는 문제와도 직결된다고 하겠다.

［제38조］ 국가는 모든 분야에서 낡은 사회의 생활양식을 없애고 사회주의적 생활양식을 전면적으로 확립한다.

［제39조］ 국가는 사회주의 교육학의 권리를 구현하여 후대들을 사회와 인민을 위하여 투쟁하는 견결한 혁명가로 지덕체를 갖춘 공산주의적 새 인간으로 키운다.

［제40조］ 국가는 인민교육사업과 민족간부 양성사업을 다른 모든 사업에 앞세우며 일반교육과 기술교육과 생산노동을 밀접히 결합시킨다.

［제41조］ 국가는 노동하는 나이에 이르기까지의 자라는 모든 세대들에 대하여 전반적 10년제 중고 의무교육을 실시한다. 국가는 모든 학생들을 무료로 공부시킨다.

［제42조］ 국가는 학업을 전문화하는 교육체계와 일하면서 공부하는 여러 가지 형태의 교육체계를 발전시켜 유능한 기술자, 전문가들을 키워낸다. 대학 및 고등전문학교 학생들에게는 장학금을 준다.

［제43조］ 국가는 모든 어린이들에 대하여 1년 동안 학교전 의무교육을 실시한다. 국가는 모든 학년전 어린이들을 탁아소, 유치원에서 국가와 사회의 부담으로 키운다.

(제44조］ 국가는 과학연구사업에서 주체를 철저히 세우며 과학자들과 생산자들의 창조적 협조를 강화하여 나라의 과학기술발전을 촉진시킨다.

［제45조］ 국가는 민족적 형식의 사회주의적 내용을 담은 주체적이며 혁명적인 문화예술을 발전시킨다. 국가는 작가, 예술인들의 창작활동을 장려하며 노동자, 농민을 비롯한 근로대중을 문예활동에 널리 참여시킨다.

［제46조］ 국가는 우리말을 제국주의자들과 그 앞잡이들의 민족어 말살정책으로부터 지켜내며 현대의 요구에 맞게 발전시킨다.

［제47조］ 국가는 근로자들의 체력을 끊임없이 증진시킨다. 국가는 체육을 대중화하고 국방체육을 발전시켜 전체인민을 노동과 국방에 튼튼히 준비시킨다.

［제48조］ 국가는 전반적 무상치료제를 더욱 공고·발전시키며 예방의학적 방침을 관철함에 사람들의 생명을 보호하며 근로자들의 건강을 증진시킨다.

이상의 헌법규정들에서 볼 때, 북한은 '사회주의적 민족문화'의 개념을 사용하면서 일견 보다 강력히 문화국가(文化國家)에로의 지향성(志向性)을 보여주고 있다. '사회주의적 민족문화'의 개념에 대하여는 북한 학자들 자신의 설명을 들어야 하겠지만, 어쨌든 매우 광범한 범위에 걸쳐 실천적으로 적극적으로 실현해야 할 과제임을 헌법적으로 규정하고 있는 것이다. 또 북한 헌법에 '주체적 문화예술'이란 개념을 사용하고 있다.[40]

남북한이 공통적으로 '민족문화(民族文化)'라는 개념을 사용함에도 불구하고 그 이데올로기적 배경의 차이로 문화(文化)의 개념 자체가 이질화되었다고 지적된다. 그러면서도 통일(統一)을 지향하는 남북대화에 있어서 '정치적(政治的) 이질화(異質化)'를 극복할 수 있는 계기가 민족문화(民族文化)의 동질성(同質性)이라고 기대하고 있다.[41]

여기에서 참고로 북한에서 이해하고 있는 「문화유물관리」, 즉 문화재보호(文化財保護)의 개념을 알아볼 필요가 있는데, 1971년에 출간된 북한의 「법학사전」에는 동 항목(項目)에서 이렇게 설명하고 있다.

「문화유물관리는 문화유적유물들을 발굴하고 보존·보호하며 그 이용을 조직하고 감독통제하는 국가기관의 활동을 말한다. 문화유물관리에는 문화유물의 조사·등록, 그의 확보관리, 복구, 보수 등 일련의 사업들이 속한다. 문화유물의 조사등록에서는 문화유물의 관리대상과 관리범위를 확정하고

---

40) 동독(東獨)의 베를린 대학(大學)(훔볼트)의 한국학 교수 Helga Picht교수는 북한의 주체사상(主體思想)을 민족 적 자부심과 반(反) 사대주의(事大主義)로 해석하면서 남한의 주체성(主體性) 개념과의 동의성(同義性)을 강조 하고, 이것이 통일(統一)의 정신적 기초로 긍정적으로 작용할 수 있다고 주장한다.(1990. 8. 31 한국사회 병리연 구소에서의 강연).

41) 졸고(拙稿), 남북한(南北韓) 문화협정(文化協定) 체결의 방안(方案), 「남북문문화교류협력(南北文化交流協力)과 민족공동체(民族共同體)」(1990. 2. 2.국토통일원세미나)

보존관리를 위한 기초자료를 정비수록하여 문화유물의 보호관리에서는 유물·유적들이 자연적인 또는 인위적인 영향에 의하여 파손되지 않도록 미연방지대책을 새운다. 문화유물을 해당 지방인민위원회가 책임지고 관리한다. 도에는 원림회사업소가 있고 명승지들에서는 전문적인 보존관리기관이 있다. 문화유물을 잘 보존하고 관리하기 위해서 일정한 보호구역이 설정된다. 새로 발굴되는 유적유물은 문화유적 보존기관과의 관계 밑에 과학기관이 발굴, 정리, 보존하며 고고학적 발굴은 해당 보존기관의 사전승인을 받아야 한다. 문화유물관리를 잘 하는 것은 우리나라의 가치있는 문화적 재부를 보존함으로써 과학과 문화를 가일층 발전시키는 데 이바지한다. 그것은 또한 우리나라의 유구한 역사를 밝히고 대중들을 사회주의적 애국주의 사상으로 교양하는 데서도 일정한 의의를 가진다.」[42]

종합하여 보건대, 우리나라가 남북(南北)을 막론하고 민족문화(民族文化)에 대한 자긍심(自肯心)이 높은 것은 사실이지만, 분단후 이데올로리적 분열로 인하여 상이(相異)한 문화국가(文化國家)의 개념을 갖고 그것을 법적(法的)으로 구체화하고 있다는 사실이다.[43] 이것은 비극(悲劇)이기도 하지만, 정치를 떠나서 순전히 문화적으로만 본다면 문화(文化)개념의 확장 내지 풍부화(豊富化)라고도 볼 수 있을 것이다. 문제는 이러한 양립(兩立)의 문화국가적(文化國家的) 지향(志向)을 앞으로 어떻게 조화(調和)·통일(統一)시키느냐는 데에 있을 것이다.

Ⅲ. 각국(各國)의 문화재보호법(文化財保護法)

이상에서 문화국가(文化國家)의 개념과 한국에서의 위상(位相)을 검토해 보았지만, 실제로 어떻게 문화국가(文化國家)를 실현하느냐는 방법에 있어서 무엇보다도 중요한 것이 문화재보호(文化財保護)의 입법(立法)과 정책(政策)이라고 하겠다.[44] 아래에서는 세계의 선진국이라 할 수 있는 몇 국가들의 문화재보호(文化財保護)의 입법적(立法的) 태도를 고찰하여 보고자 한다.

1. 영 국

영국에서 문화재보호에 관한 입법(立法)은 1882년에 「고대기념물보호법(古代記念物保護法」이 제정된 이래 1913년에「고대기념물(古代記念物)에 관한 통합개정법(統合改正法)」, 1931년에「고대기념물법(古代記念物法)」,1944년에 「도시전원계획법(都市田園計劃法)」, 1953년에 「역사적(歷史的) 건조물(建造物) 및 고대기념물법(古代記念物法)」, 1962년에 「지방공공단체(地方公共團體)(역사적 건조물)법(法)」, 1963년에「경관보호법(景觀保護法)」등으로 이어져 왔다. 이와 같이 법률로 규정하는 사항은 고대기념물(古代記念物), 즉 유적(遺蹟)에서부터 역사적 건조물(建造物), 즉 주택(住宅)뿐만 아니라 경관(景觀)에 이르기까지 광범하고 다양하다. 중앙정부에서는 환경부(Department of the Environment)가 주무관청이 되고 있는데, 이것은 1970년에 그때까지의 주택·지방행정부, 공공건설·사업부 및 운수부(運輸部)의 3부(部)를 통합하여 만든 부처였다. 이 부(部)에는 환경장관(環境長官, Secretary of the Environment)으로 국무위원(國務委員)이 되고 그 밑에 장관을 보좌하는 3명의 무임소장관(無任所長官)이 있다. 그리하여 유적의 보호에는 주택·건설담당 무임소장관이, 역사적 건조물(建造物)과 경관(景觀)에 관하여는 지방행정·개발담당 무임소장관이 직접 관장하는 행정체계를 취하고 있다. 지방수준에서는 지방공공단체의 의회(議會)의 계획담당위원회와 그 사무국,즉 지방계회획국(地方計劃局, Local planning Authority)이 주무관청이 되

---

42) 「법학사전」(평양 사회과학출판사, 1971), 243면.

43) 참고로는 최종고 외(外), 「북한(北韓)의 법(法)과 법이론(법이론(法理論)」, 경남대학교 극동문제연구소, 1988.

44) 중요한 문헌으로는 M. Heckel, *Staat,Kunst : Rechsrfragen kirchlicher Kunstdenjmaler*, 1968 : Alfred Albrecht, Kirxhliche Deukmalpflege, in : *Handbch des Staatskirchenrechts der Bumdesepublik Deutschland,* 1975 : H. Dorge, *Das Recht der Denkmalpflege in Baden-Wurttemberg*, 1971.

어 환경부와 협력하여 관할내의 문화재보호행정을 수행하고 있다.

1953년에 제정된 「역사적(歷史的) 건조물(建造物) 및 고대기념물법(古代記念物法)」(Historic Buildings and Ancient Monuments Act)은 역사적 건축물과 고대유적에 관한 종래의 법률에 규정된 보호규정들을 보다 정리·강화한 것이다. 이 법이 제정되기 이전에는 역사적 건축물은 도시전원계획법(都市田園計劃法)에 의해 대장등록제(臺帳登錄制)에 의거하여 보호되었다. 그러나 역사적 건축물, 특히 대규모의 저택 같은 것은 중세(重稅)와 유지비 때문에 위기에 놓이게 되었고, 또한 고대기념물은 개발사업 등으로 인해 새로운 법적 조치가 필요하게 되었다. 그래서 1953년의 이 법은 이러한 역사적 건조물 가운데 1) 장관(長官)이 교부하는 유지·수리를 위한 보조금 2) 장관에 의한 건조물 등의 취득 3) 지방당국이나 내셔널 트러스트에 의한 건조물등의 취득에 대한 보조금 40 신탁(信託) 등의 방법에 의한 증여건조물의 장관에 의한 수증(受贈)에 관한 사항을 특별히 규정하고 있다. 또한 이 법에는 가보존통고(假保存通告)와 보존명령에 관한 규정들이 포함되어 있는데, 즉 대장등록제(臺帳登錄制)에 의한 보호에 더하여 장관이 파손의 위험이 있다고 판단한 기념물을 일정기간 장관의 관리하에 두고 특별히 보호하도록 하고 있다. 가보존통고는 일본의 가지정제(假指定制)와 흡사하지만 행위자, 관보고시보상규정(官報告示補償規定), 선택 등에 차이가 있다. 또한 보존명령은 이 통고를 한층 강력하게 한 것으로서 장관에게 무기한의 관리권(管理權)을 부여하고 있다. 그러면서 소유자의 권리에 대한 보호규정도 상세하게 규정하고 있다.

1971년의 「도시전원계획법(都市田園計劃法)」은 그 명칭이 가리키는 바와 같이 문화재보호만이 아니라 영국의 국토 전체의 개발에 관한 법률이다. 전문295조(全文295條)로 附則25條된 방대한 이 법률 안에 역사적 건조물과 경관지구(景觀地區)의 보호에 대한 규정이 포함되어 있는 것이다. 역사적 건조물에 대한 규정은 이미 1944년에 이 법률이 최초로 제정되었을 때부터 포함되어 있었다. 또 경관지구의 보호에 대한 규정은 1971년 개정시에 1963년의 경관보호법(景觀保護法)에서 옮겨진 것이다. 1974년 당시에 약 2000개소가 보존지구로 지정되어 있었다.

1974년 9월 1일자로「도시전원경관법(都市田園景觀法)」(Town and Country Amenities Act)이 제정(전면개정)되었는데, 이것은 1971년의 도시전원계획법의 등록건조물에 관한 규정을 강화한 것이다. 이 법에 의해 세 가지 중요한 규정이 시행되고 있다. 첫째는 도시전원계획법 제101조(긴급한 경우에 있어서의 점유자가 없는 등록건조물의 보존을 위한 공사(工事))에 다음과 같은 취지의 규정을 추가한 것이다. 즉 1) 그 공사를 위해 지방당국이 부담한 경비(經費)는 그 건조물의 소유자에게 청구할 수 있다. 2) 청구된 경비에 대해서 소유자가 부당하다고 생각할 경우 소유자는 28일 이내에 장관에게 이의(異議)를 제기할 수 잇다. 종래 건조물을 포함한 토지의 강제수용(强制收用)에 있어서 상금의 산정(算定)은 그 건조물의 철거, 개축 및 증축을 위한 공사동의서(工事同意書)가 교부되어 있다는 가정(假定) 위에서 시행하도록 되어 있었다. 다시 말해서 이와 같이 가정함으로써 그 토지의 가치를 실제보다 더 높이 산정해서 보조금을 지불하도록 하고 있었다. 그러나 1974년의 개정에서 건조물의 철거에 대한 공사동의서의 교부를 그 가정(假定) 속에서 제외하기로 하였다. 그 결과 지가(地價)의 산정(算定)은 종래보다 얕아지고 따라서 보상금도 종전보다 감소되는 추세에 서게 되었다.또한 동법(同法) 제277조(보호지구의 지정)에 의해 보존지구의 지정의 추진과 그 지역내에 있는 가옥의 증축 및 개축에 대한 규제가 강화되었고, 따라서 탐욕어린 개발업자에 대한 규제가 강화되고, 지방당국의 적극적인 보호행정이 기초놓이게 되었다.

2. 프랑스

프랑스에서 문화재보호는 1913년에 제정된 「역사적(歷史的) 기념물보호법(記念物保護法)」(Loi sur les Monument historique)과 1930년에 제정된 「경관보호법(景觀保護法)」에 기초하고 있다.

1913년의 「역사적 기념물보호법」은 역사적, 미술적 견지에서 중요한 가치를 갖는 건조물, 토

지 등의 보호·보존조치를 강구하기 위한 법률이다.

1930년에는「천연기념물 및 미술적, 역사적, 학술적, 전설적 또는 회화적 경관(景觀)의 보호를 위한 법률」(Loi avant pour object de reorganiser la protection des Monuments naturels et des Sites de Caractere artistique, historique, scientifique, legenfaire on pittoresque)은 보다 광범하게 제1장 기구(제1조-3조), 제2장 천연기념물 및 경관(景觀)의 등록 및 지정(제4조-16조), 제3장 보호경관(保護景觀)(제17조-20조). 제4장 벌칙(제21-23조), 제5장 잡칙(雜則)(제24조-30조)으로 되어있다. 이 법률로서 1906년의 「미술적 성격을 갖는 천연기념물의 보호에 관한 법률」은 폐지되었다.

1941년 9월27일에는「고고학상(考古學上)의 발굴에 관한 법률」(Loi portant reglementation les Foulles archiologique)이 제정되었다. 제1장 국가에 의한 발굴의 감시(監視)(제1조～8조), 제2장 국가에 의한 발굴작업의 실시(제9조-13조), 제3장 우연한 발견물(제14조～16조), 제4장 잡칙(雜則) 및 벌칙(제17조-25조)로 되어 있다.

1962년 8월 4일에는 「프랑스의 역사적, 미술적 유산(遺産)의 보호에 관한 법률을 보완하고 토지건물의 수복(修復)을 원활케 하기 위한 법률」(Loi complitant la legislation sur la prutection du patrimoine historique dt dsthetique de la France dt tendant a faciliter la festauration)이 제정되었다. 이 법은 총19조로 구성되어 있다.

프랑스에는 어디를 가나 문화유적지가 많고 유서깊은 성(城)들이 있다. 그들중 많은 부분은 대혁명(大革命) 때 파손되었고, 그후 자손들이 살아도 유지비가 많이 들고 상속세를 포함하여 세금이 많아 자손이 그 성을 팔거나 폐허로 버리고 있는 곳도 적지 않다. 그래서 프랑스정부는 문화행정(文化行政)의 일환으로 이러한 성(城)과 문화유적지에 대하여 세금을 감면하고 보조금을 지급하고 있다. 예를 들면, 볼테르(Voltaire)의 애인 샤트레 부인(夫人)이 살았던 브르테이유(Breteuil)성(城)을 1980년에 들어서 생활, 요리, 의사 기타 민속자료에 재생시켰다. 루이 16세가 독립된 미국과 외교관계를 수립한 방과 프루스트(Prousst)가 「잃어버린 시간을 찾아서」를 쓰던 방이 재생되어 요즘은 외국인 관광객들이 몰려와 강연회와 음악회도 갖고 외국인의 결혼식과 피로연을 개최하기도 한다.[45]

3. 독 일

독일에서는 문화재보호에 관하여 입법상(立法上) 및 행정상(行政上)의 권한이 제한된 일부분야를 제외하고는 모두 각 주(州)에 위임되어 있다. 문화재보호에 직접 관계되는 연방법률로서는 기본법(基本法, Grundgesetz) 제74조에 의거해서 1955년에 제정된 「독일 문화재(文化財)의 해외유출방지(海外流出防止)에 관한 법률(法律)」(Gesetz fur Verbot der Auslieferung der Kulterdenkmaler)만이 있을 뿐이다. 이 법률에 의하여 등록된 중요문화재를 무단(無斷)으로 해외에 반출할 수 없게 되어 있다. 문화재의 등록은 각 주(州)의 소관관청, 일반적으로 주(州)의 문교장관(文敎長官, Kultusminister)이 전문위원회(Kulturrat)의 의견을 듣고 결정을 내리지만 등록된 중요문화재의 해외반출에는 연방내무장관(Bunderinnenminister)의 허가가 있어야 하도록 본법(本法)은 규정하고 있다.

이 법률에 의하여 보호를 받는 문화재(文化財)의 목록(目錄)으로 「국가적으로 가치가 높은 문화재(文化財)의 총목록(總目錄)」(Gesamtkatalog der Staatlich Hochgeschatzten kulturd enkmaler)이 작성되어 있다.

그런데 연방제국가인 독일은 대부분의 문화재보호의 입법(立法)이 주법(州法)에서 이루어지고 있는데, 예컨대 1973년에 바이에른주(州)에서「기념물보호법(記念物保護法)」(Gestz zum Sahutz und zur Pflege der Denkmaler)이 제정되었다. 물론 그 이전에도 1958년에 슐레스비히·홀슈타인

45) 민희식, 프랑스의 문예정책, 「예술정책」, 한국문화예술진흥원, 1987,283면.

주(州)에도 이런 법이 제정되었고, 1971년에 바덴·뷔르템버르그주(州)에도 제정되었다. 바에에른주(州)의「기념물보호법(記念物保護法)」을 예(例)로 보면, 모두 9절로 나누어 총 28조로 구성되어 있다. 제1절 적용영역, 제2절 건축기념물, 제3절 유적기념물, 제4절 등록된 동산기념물(動産記念物), 제5절 절차규정, 제6절 수용(收用), 제7절 재정조치(財政措置), 제8절 질서위반, 제9절 일반규정 및 종결규정으로 되어 있다. 제1조의 문화재에 대한 정의(定義)의 규정을 보면 다음과 같이 되어 있다. "기념물(記念物, Denkmaler)이라 함은 인간에 의해서 만들어진 과거시대의 물건(Sachen) 또는 그 부분이며, 그것이 지니는 역사적, 예술적, 도시계획적, 학술적 또는 민속학적 의의 때문에 그 보존에 공공(公共)의 이익(利益)이 존재하는 것을 말한다." 각 주(州)마다 문화부장관(文化部長官, Kultusminister)이 있어 문화행정(文化行政)을 담당하고 있는데, 최근에는 특히 바덴-뷔르템베르그주(州)가 '문화(文化)의 주(州)'(Kultur-Land)로 높이 평가되고 있다.[46]

4. 미 국

미국에서 문화재보호에 관한 법률로서 대표적인 것은 1906년에 제정된 「고대유물법(古代遺物法)」(Antiquities Act), 1935년에 제정된 「사적법(史跡法)」(Historic Sites Act), 그리고 1966년에 제정된 「국가역사보호법(國家歷史保護法)」(National Historic Preservation Act)이다. 이 외에도 1949년에 제정된 「합중국역사보호(合衆國歷史保護)내셔널·트러스트법(法)」(National Trust for Historic Preservationin the Unitde States Act)을 비롯해 문화재보호에 관련되는 법률로 「운수부법(運輸部法)」(Department of Transportation Act, 1966), 「도시대량수송원조법(都市大量輸送援助法)」(Urban Mass Transportation Assistance Act, 1970), 「공항·항공로개발법(空港·航空路開發法)」(Airport and Airway Development Act, 1970), 「국가환경정책법(國家環境政策法)」(National Environmental Policy Act, 1966), 「모델 도시(都市) 및 수도개발법(首都開發法)」(Demonstration Cities and Metropolitan Development Act,1966)등의 연방법률들이 있다.

그리고 미국연방주의의 정치를 아는 사람은 이해하고 있듯이, 문화재보호(文化財保護)에 있어서도 연방법률이 아니라 주법률(州法律)과 지방자치법률로 규율하는 면이 강하다. 왜냐하면 실제로는 주(州)가 문화재보호에 필요한 경찰력(警察力)과 조세조치(租稅措置) 및 토지수용(土地收用)에 관한 광범한 행정권(行政權)을 보유하고 있기 때문이다. 지방자치법률로서 문화재보호에 모범적 예로 드는 것이 뉴욕시(市)의 경우인데, 「뉴욕시 법전(法典)」(New York City Charter and Code) 속에는「지표(地標)와 역사지구(歷史地區)의 보존(保存)」(Preservation of Landmarks and Historical Districts)에 관한 법률이 포함되어 있다.

미국은 역사가 길지 않은 국가이지만, 오히려 그러하기 때문에 조그만 역사적 가치가 있는 물건이나 인물에 대하여 의미를 부여하고 보존하려는 열의가 강한 국민이라는 것은 알려져 있다.[47]

Ⅳ. 한국(韓國)의 문화재보호법(文化財保護法)

우리나라도 문화재(文化財)를 보호하기 위한 입법(立法)을 거슬러 올라가면 1916년에 제정된 「고적급유물보존규칙(古蹟及遺物保存規則)」(조선총독부령(朝鮮總督府令) 제52호)에 미친다.[48] 그 후 1933년에 보다 광범하고 체계적인 내용의 「조선보물고적명승기념물보존령(朝鮮寶物古蹟記念物保存令」(조선총독부(朝鮮總督府) 제령(制令제6호))으로 제정·시행해 오다가 해방을 맞았다.

---

46) Der Spiegel, 1990년 3월호.

47) *Law and Contemporary Problems*, vol. 36. No. 4, 1971의 Historic Preservation 특집호 참조.

48) 그 이전(以前)에도 1910년에 「향교재산관리규정(鄕校財産管理規程)」, 1911년에「사찰령(寺刹令)」이 제정되었 지만 주목적(主目的)이 「문화재보호(文化財保護)」에 있는 입법(立法)은 아니었다.

이 보존령은 제헌헌법(制憲憲法) 제100조에 의거하여 계속 그 효력을 유지해오다가 1962년 「문화재보호법(文化財保護法)」이 제정되어, 오늘날까지 이 보호법에 의거하여 문화재의 보호·관리가 실시되고 있다. 그리고 1961년 5·16혁명 이후 정부는 동년(同年) 10년 2일에 구황실문화재사무총국(舊皇室文化財事務總局)과 문교부(文敎部)의 문화재보존과(文化財保存課)를 통폐합하여 문화재관리국(文化財管理局)을 설치하여 오늘날까지 문화재보호에 관한 행정을 관장하면서 이르고 있다.

「문화재보호법」은 1962년 1월 10일에 제정된 이래로 지금까지 8차에 걸친 개정(改正)을 보았다. 1차에서 4차 개정까지는 문화재보호관리에 관한 큰 내용변경은 아니었고 다만 구황실재산(舊皇室財産)의 처분에 따르는 문제에 관한 규정이었다. 따라서 재정시기만 기록해두면, 1차 재정은 1963년 2월 9일, 2차 개정은 1963년 12월 5일, 3차 개정은 1963년 12월 16일, 4차 개정은 1965년 6월 30일에 있었다. 1970년 8월 10일에 있었던 베5차 개정에서는 문화재위원회(文化財委員會)의 '의결사항'을 '심의상항'으로 하여 자문기구의 기능을 명백히 하였고, 문화재(文化財)의 해외반출·절취(截取)·은익·훼손 기타 범법자(犯法者)에 대한 벌칙(罰則)을 강화하였다.

1973년 2월 5일에 있은 제6차 개정에서는 문화재 매매업자 등록제도를 허가제(許可制)로 바꾸었고, 범법자(犯法者)를 제보(提報) 또는 체포한 자에게 보상금(補償金)을 줄 수 있도록 하였고, 문화재(文化財) 보호 구역내의 토지의 수용(收用)과 사용에 관하여는 토지수용법(土地收用法)을 준용(準用)하도록 하였다

1982년 12월 31일에 있었던 제7차 개정에서는, 우선 문화재를 지정문화재(指定文化財)와 지방문화재(地方文化財) 및 지정문화재 이외의 문화재로 구분하던 것을 국가지정문화재(國家指定文化財), 시도지정문화재(市道指定文化財) 및 문화재자료(文化財資料)로 함으로써 용어의 혼란을 막고 관리체계를 정비하였다. 그리고 문화재(文化財)의 개념을 '우리나라의'로 한정했던 것을 삭제하고, 천연기념물에 관한 보호를 위하여 동물의 서식지, 도래지와 식물의 자생지(自生地)도 천연기념물로 지정할 수 있도록 명문화(明文化)하였다. 그리고 국가는 중요무형문화재(重要無形文化財)를 보호·육성해야 한다는 의무규정을 두었다 또 우리나라가 가입한 문화재관계 국제협약의 가입당사자의 문화재는 우리와 동등하게 보호되어야 한다는 원칙을 규정하였고, 문화재의 보존·보급·선양을 목적으로 설립된 법인(法人)·단체 등을 지원·육성할 수 있다는 규정을 신설하였다.

1984년 12월 31일에 있은 제8차 개정에서는 동법(同法) 제69조의 문화재 등록규정은 국가에서 동산문화재(動産文化財)의 실태 파악이 용이하고, 도굴 및 불법매매 행위를 방지할 수 있으며 학술연구자료로 활용할 수 있는 등 장점(長點)이 있으나 소유자가 일반적으로 등록대상 여부의 판단능력과 법률을 몰라서 문화재가 사장(死藏)될 우려가 있고 등록이 번거로워 유통기능이 저해되며 등록자에게 상속세 등의 부과로 그 노출을 기피하는 등, 그동안에도 문화재 등록이 극히 저조하고 그 실효성이 없음에 비추어 이를 삭제하고 그 벌칙규정인 제91조 9호도 삭제하였다.

현행 문화재보호법(文化財保護法)이 문화국가(文化國家)의 이념(理念)에서 볼 때 결코 완벽한 것은 아니지만, 이만큼의 개정과정(改正過程)을 통하여 다듬어져왔다.[49]

특히 제7차 개정 이후 외국문화재(外國文化財)의 보호까지 포괄하고 있다는 점에서 우리나라 문화재보호법(文化財保護法)의 국제성(國際性)의 면모를 볼 수 있다.

그리고 1983년 2월에 UNESCO 사무총장에게 수락을 신청하여 동년(同年) 5월 14일로 「문화재 불법반입 및 소유권 양도의 금지와 예방수단에 관한 협약」에 정식으로 가입하였다. 이로써 더욱 국제적(國際的) 차원(次元)에서 문화재보호를 개방적으로 생각하지 않을 수 없게 되었다.

---

49) 이에 대한 참고문헌으로는 황현탁(黃鉉卓), 문화재보호법 개정법률(改正法律), 「법제(法制)」1983년 2월호 : 오 세탁(吳世卓), 문화재보호법(文化財保護法) 연구(硏究), 단국대(檀國大) 박사논문(博士論文), 1983 : 김병고(金炳 高), 한국(韓國)의 문화재보호(文化財保護) 실태(實態) : 문화재보호법(文化財保護法)과 전통사찰보호법(傳統寺刹 保護法)을 중심(中心)으로,「입법조사월보(立法調査月報)」176호, 1989년 1, 2월호, 167-186면.

Ⅴ. 문화재(文化財)의 국제법적(國際法的) 보호(保護)

문화재(文化財)에 대하여 적절한 보호를 부여하여야 한다는 사상은 비록 결정적인 구속력(拘束力)을 가진 국제규범으로 확정되지는 아니하였지만 15세기 이후 인류의 계속적인 노력의 대상이 되어왔다. 교황(敎皇)과 교권(敎權)의 강력한 영향 아래 있던 중세(中世)에 이미 승전국(勝戰國)이 전리품(戰利品)으로 패전국(敗戰國)의 문화재(文化財)를 점유하거나 파괴하는 행위가 그리스도교(敎)공동체(共同體)(Christian Commonwealth)라는 의미에서 근절되어야 한다는 사고(思考)가 싹텄고, 17~18세기에 이르러서는 일부 교전국(交戰國)들이 전후처리(戰後處理)의 내용으로 문화재의 반환과 교환에 합의한 예(例)가 있었다.[50]

1815년 나폴레옹이 소위 비엔나 회의(會議)를 통하여 유럽으로부터 반입된 대규모의 문화재를 반환한 사례가 있었고, 1차대전(次大戰)의 전후처리를 위한 국제조약들은 전쟁 이전(以前)에 유출되었던 문화재에까지 소급하여 반환하는 선례(先例)를 남기게 되었다. 1919년의 베르사이유 조약(條約)은 1872년 보불전쟁(普佛戰爭) 당시에 반출된 문화재의 소급반환을 규정하고 있으며, 상제르망(Saint German)조약(條約)은 오스트리아 소재(所在)의 폴란드 문화재(文化財)들을 1718년까지 소급하여 반환하는 의무를 정하였던 것이다.

2차 대전중 17개국의 연합국들도 문화재 이전(移轉)이 합법적으로 이루어졌는가는 불문하고 전쟁중에 반출된 모든 문화재는 출처지(出處地)로 복귀시켜야 한다는 새로운 내용을 선언하였다.[51]

이와 같이 문화재의 국제적 보호에 관한 국제법적 노력은 무력 충돌시 파괴로부터의 보호·약탈의 금지 등 여러 가지 내용으로 꾸준히 전개되어 왔으나 실제에 있어서는 통일된 관리기구의 부재(不在)와 관행(慣行)의 축적미비로 단편적인 실천에 그쳤던 것이 사실이었다.

그리하여 2차대전후의 국제사회는 유엔을 중심으로 하여 문화재의 국제적 보호를 위한 보편적 형태의 국제규범을 마련하려고 주력하여 오고 있다. 특히 UNESCO를 중심기관으로 하여 국제조약과 국제기구의 권고·결의의 형태를 통한 국제규범형성이 진행되고 있다. 이렇게 국제기구의 활동을 통하여 이루어진 국제조약으로 ① 1954년의「무력충돌시 문화재보호에 관한 헤이그협약과 의정서(議定書)」(The Hague Convention for Protection in the Event of Armed Conflict), ② 1970년의 「문화재(文化財) 불법반입(不法搬入)규제(規制)에 관한 조약(條約)」(Convention on the Means of Prohibiting the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property),③ 1972년의 「문화적(文化的)·자연적(自然的) 유산(遺産)의 보호에 관한 협약」(Convention on the Protection of world Cultural and Natural Heritage) 등이 있다. 이와 함께 UNESCO는 ① 문화재의 보존·복구를 위한 연구센터(ICCROM),② 국제박물관회의(International Council of Museum, ICOM),③ 국제기념물유적회의(ICOMOS)등의 비정부적(非政府的) 기구의 활동을 지원함으로써 간접적인 문화재보호활동을 전개하고 있다. 이들의 활동으로 미국과 뉴질랜드의 박물관들이 자발적으로 멕시코, 파나마, 페루, 파푸아뉴기니아 등으로 문화재를 반환하는 구체적인 결과가 나타나기도 하였다.

1. 문화재(文化財)와 국제법(國際法)

현재의 국제사회는 문화재의 보호를 위한 국제적인 규제의 필요성에 관하여는 공감(共感)하고 있

---

50) Louis-Jacques Rollet-Andriane, Precedents, Retrn and Restitution of Cultural Property, *Museum, vol.* 31. No. 1.1979. p.4.

51) Gael M. Grqhqm, Protection and Reversion of Cultural Property Issues of Definition and Justification, *The Intemational Lawyer*, vol. 21. No. 3, p.756.

으나 통일적인 법적 규제의 달성에 있어서는 유감스럽게도 명확한 합의에 이르고 있지 못한 것이 현실이다. 문화재란 본질적으로 민족의 고유한 유산(遺産, national patrimony)이므로 창조지(創造地)에서 보호되어야 한다는 민족주의의 입장에서는 자연히 문화재의 교류에 대하여 소극적이며 문화재 반출규제에 대하여 적극적인 태도를 보이는 반면, 문화재란 인류의 공동유산(Common Heritage of Mankind)으로서 인류의 필요를 충족시켜야 한다는 사고방식에 비추어보면 문화재의 자유로운 교류를 통한 인류이해의 증진은 필요한 것이며 문화재의 국제적 이동규제에 대하여는 소극적일 수밖에 없기 때문이다. 여기에다가 예술품 수집가, 거래상, 박물관, 불법반출자들의 현실적인 이해관계(利害關係)가 덧붙여져 입장의 차이가 나타나고 있는 것이다.[52]

한편 20세기에 접어들면서 소위 탈식민지화(脫植民地化)의 흐름과 더불어 많은 신생국가들이 국제사회의 일원(一員)으로 탄생하게 되면서 자국문화(自國文化)의 유산으로서 문화재에 관한 인식이 새롭게 대두하게 되었다. 식민지배와 군사적 점령을 경험하였던 신생국가들이 과거 식민지시대에 있었던 문화재의 약탈·파괴와 현재의 불법유통(不法流通)으로부터 발생한 고통에 대한 보상을 국제사회에 대하여 요구하기 시작하였던 것이다. 여러 가지의 논의는 70년대 초(初)에 이르러 비로소 '식민지배 기간 중 유출된 문화재의 반환'과 '문화재의 국제적인 불법유통금지'의 문제로 정리되기에 이르렀다. 이 두가지의 문제는 별개의 것이 아니며 문화재의 보호와 정당한 유통확보라는 공통의 목표에 봉사하고 있는 것이다.

2. 문화재(文化財)의 불법유통금지(不法流通禁止)

문화재의 국제적인 불법유통을 금지시키기 위한 다자조약(多者條約)이 바로 UNESCO총회의 권고에 이어 UN총회에서 1970년에 채택된 「문화재불법반입(文化財不法搬入) 및 소유권양도(所有權讓渡)의 금지(禁止)와 예방수단(豫防手段)에 관한 협약(協約)」(Convention on the Means of Prohibiting the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property)이다. 이와 함께 다수의 지역적 협정과 양자협정(兩者協定)들이 탄생하였고 얼마간의 국내법의 개정작업들도 이루어졌다. 이 협약의 내용은 다음과 같다.

① 보호대상의 문화재

이 협약에서 문화재는 3가지의 보호영역으로 나뉘어지고 있다. 첫째는 제1조와 제4조에 규정된 광의(廣義)의 문화재로서 반출허가장(搬出許可狀) 없이 출처국(出處國)으로부터 반출이 통제되며 각 체약국(締約國)은 국내적으로 박물관 기타 유사기관이 이러한 문화재를 불법하게 취급하는 것을 금해야 한다. 둘째는 제7조 b) ⅰ)의 규정에 의하여 보호되는 문화재이다. 각국은 다른 체약국의 박물관이나 종교적 또는 세속적 공공기관 및 유사기관에서 도난된 문화재가 그 기관의 소속으로 카탈로그에 기재되어 있는 경우에는 반입(搬入)을 금지하여야 한다. 반입국의 세관은 즉시 해당물품을 압류하여 청구국(請求國)에 반환하여야 하며 청구국은 선의(善意)의 매수인(買收人)이나 정당한 권리자(權利者)에게 합당한 보상을 지급하여야 하고 반환에 필요한 비용도 부담하여야 한다.

셋째로 각국은 자국(自國)의 문화적 유산, 즉 고고학적 또는 인류학적 자료가 약탈위험에 처하여 있는 경우 협약당사국은 관계당사국에 대하여 협조를 요청할 수 있다(제9조). 이 경우 본 협약당사국은 구체적인 조처실시를 위한 국제적 노력에 동참하여야 하고 결정적 손해방지를 위한 실행가능한 잠정적 조처를 취하여야 한다.

② 국가기관의 설립

각국은 문화재보호를 위한 업무를 전담하는 국가기관을 설립하여야 한다.

③ 반출허가장제도

정부는 반출허가장의 이용을 통해 허가장 부착품목의 반출을 허가하여 또한 당사국은 이러한 허

52) 자세히는 白忠鉉, 海外流出文化財 返還 및 不法搬出의 國際法的 規制, 「法曹」 1989년 9월호, 3-37면.

가장이 없는 문화재의 반출을 금지하는 데 동의하고 있다(6조b항). 다만 표준적인 허가장 양식에 관한 내용이 협약에서는 전혀 나타나지 않고 그러한 허가장 발급을 승인 또는 거절할 아무런 기준도 제시하지 않고 있다. 이러한 난점에도 불구하고 반출허가장의 사용은 허술한 국내적 규제책(規制策)을 가지고 있는 국가로서는 유효한 문화재 거래 통제수단으로 본조(本條)의 내용을 이용할 수 있다는 장점이 있으며 타국으로 반출된 문화재 회복의 경우에 있어서도 국가간 협력이 용이하다는 긍정적인 평가를 받고 있다.[53]

④ 반입통제

제7조가 규정하고 있는 반입에 관한 제한은 허가장이 첨부되지 아니한 반출에 대한 제한보다 훨씬 한정적이라 할 수 있다. 불법(不法)으로 반출된 문화재에 대한 유일한 규제는 박물관 및 그 유사기관으로 하여금 불법반출된 문화재를 취득하지 않도록 하는 것으로 그 시행 또는 각국의 국내법에 따라 실시하도록 하고 있다.

⑤ 위기조항

제9조는 자국(自國)의 고고학적 또는 인류학적 자료가 약탈로 인하여 위험에 처하게 될 경우에 전용될 수 있다.

이 협약이 실효(實效)를 거두기 위하여는 보다 많은 체약국을 확보하여야 할 것이다. 또한 일부 조항(제1조)에서 보이고 있는 용어의 광의성(廣義性)은 실천적인 차원에서 구체화되지 않으면 문화재 유통질서의 확립에 커다란 도움이 될 것이나 부정적으로 오염될 경우 오히려 문화재 밀반출(密搬出)을 촉진시키는 결과를 가져올 수도 있을 것이다.

반면에 이 협약은 문화재 유통에 관한 국제적 규제의 효시로서 명백히 각국의 국내법 운영과 국제협력에 관한 법적 지도 원칙의 기능을 수행할 것으로 기대되고 있다.[54]

3. 문화재반환(文化財返還)과 국제법(國際法)

1960년대의 탈식민지화(脫植民地化)라는 국제적 추세 속에서 과거 식민지배와 군사적 점령의 피해를 입었던 신생독립국들은 완전한 의미의 정치적 해방을 민족정신의 핵심적 표현체인 문화재의 반환 없이는 이루어지지 않는다고 주장하면서 '문화재의 출처국(出處國)(State of origin)에로의 반환'의 규범성(規範性)을 강조하였다. 다시 말하여 과거의 무력적 강점상황에 대한 고려없이 단순히 현재의 소유상태에만 국한하여 판단함으로써 신생국가들의 요구의 정당성(正當性)을 묵살하여서는 아니된다는 것이다.[55]

한편 ICOM에 의하여 구성된 '전문가특별위원회'는 다음의 세가지 요건을 충족시키면 요구의 정당성이 강화되여 반환요구에 대한 거절을 용인할 수 없다고 하였다. 첫째, 문화재를 적절히 보호할 수 있는 시설을 갖출 것, 둘째 문화재를 반드시 공개전시(公開展示)와 같은 문화적 목적에 사용할 것, 셋째 문화재의 반환은 당해 문화재의 소유 및 점유(占有)가 반환 청구국에 귀속하여야 한다는 것에 이념적 기초가 있으므로 복귀된 문화재가 다시 거래의 대상이 되지 아니할 완벽한 법적 보호를 갖출 것 등이다.

이러한 국제기구 특히 ICOM과 같은 비정부기구들의 활발한 활동과 국가들의 협조를 통하여 많은 문화재반환 사례들이 나타나고 있다.[56]

---

53) Karen S. Jore, The illicit movement art and *artistf Brooklin Journal of International Law*, vol. 13.No. 1, 1987. pp.65-68.

54) 白忠鉉, 위 논문, 32면.

55) Director-General of UNESCO, A Plea for the return of an irreplaceable cultural heritage to those who created it, *Museum* vol.31. No. 1. 1979. p.58.

56) 위의 *Museum* vol. 31. No.1(1979)에 자세히 소개되고 있음.

벨기에의 경우 과거 식민지였던 자이레에 대하여 벨기에-자이레간(間) 문화협정(文化協定)을 근거로 하여 대단위의 국립박물관 설치 등 반환된 문화재의 보호문제에까지 성실한 협력을 기울여 성공적인 협력사례를 이룬 것으로 평가되고 있다. 네덜란드와 인도네시아 역시 문화협정 체결후에 전문가들의 장기간 검토를 거쳐 양국정부의 협력을 통해 문화재반환을 실천하였다. 네덜란드는 특히 3단계의 구체적인 작업계획을 작성하여 성실한 반환을 행하였으며 식민모국(植民母國)과 피식민국(被植民國) 사이의 관계정립에 좋은 선례(先例)를 남겨주었다.

한편 정부간 차원에서의 협의 외에도 박물관 등 전문기구의 협조를 통한 문화재의 반환도 나타나고 있다. 1977년 호주의 박물관인 Australian Museum Trust는 파푸아누기니아의 국립박물관 미술실(Art Gallery)에 7점의 문화재를 선사형식으로 반환하였고, 1년후인 1978년까지 솔로몬군도(群島)박물관(Solomon Islands Museum)에 2개의 카누 뱃머리 조각을 기증하였다. 동시에 특기할 만한 것은 프랑스의 귀메박물관(Musé Guimet)의 활동사례이다. 프랑스 국립박물관의 아시아예술품 부인 귀메박물관은 ① 계속적인 갱신(更新)이 가능한 단기대여방식(短期貸與方式)(방콕국립박물관), ② 기간을 특정한 장기대여방식의 교환(동경(東京)국립박물관), ③ 무기한대여방식의 교환(인도의 사르나트고고학박물관)의 다양한 유연성있는 방법을 통한 문화재의 국제적 교류를 벌이고 있다. 동경(東京)국립박물관과의 사례에 있어서는 여러 가지 법률적 장애에도 불구하고 대정부(對政府) 홍보물을 통한 특별법 제정을 이루어내어 소기(所期)의 목적을 달성하기도 하였다.

앞으로의 문화재반환 및 교류에 있어서도 여러 가지 현실적인 난점(難點)들이 있겠지만 가장 극복하기 어려운 것은 법률적 장애요인인 것으로 판단된다. 몇몇 나라의 공공박물관에 소개한 소장물(所藏物)의 이전(移轉)은 법률적에 의하여서만 가능하도록 되어 있다. 뿐만 아니라 개인이 소장하고 있는 문화재의 경우는 한층 복잡한 문제를 야기시키고 있다. 민주주의국가에 있어서 정부가 사적(私的) 주체(主體)가 소유하는 문화재의 반환을 강제한다는 것은 결코 용이한 일이 아니기 때문이다. 결국 사유재산(私有財産)의 반환은 거의 전적으로 소유자의 자발적인 의사에 기초하여서만 가능하므로 국가가 강제력을 발휘한다는 것은 비현실적(非現實的)인 생각이기 때문이다.

따라서 문화재반환 및 교류에 있어서도 단순히 문화재의 반환에만 주목할 것이 아니라 간접적인 경로를 통한 목적달성에 주력하는 것이 바람직할 것이다. 공공박물관 소장의 문화재의 경우 소유권 이전에 불가능하다면 교환전시 내지 장기대여 등의 방법을 사용할 수도 있을 것이다.

한국 역시 일본으로부터 「대한민국과 일본국간의 문화재 및 문화협력에 관한 협정」(1965년 12월 18일 조약 중 제181호)과 「동(同)합의의사록」(1965년 12월 18일 조약중 제182호)에 의하여 총 1326점(点)의 문화재를 반환받았다.

보도에 의하면 해외에 있는 한국문화재는 10만점이 넘는 것으로 추정되고 있다.[57] 중국이 조공품(朝貢品)으로 뺏아갔고, 일본에 임란과 일제 때 무차별로 고분(古墳)을 도굴해 실어갔고, 심지어 유엔연합군으로 한국전에 참전했던 우방국들까지 헐값에 쓸어가 덴마크에도 스웨덴에도 우리 문화재들이 있다. 소문으로는 한말에 정부고문 묄렌도르프(P. G. von Möllendorff)가 빼돌린 문화재들이 유럽에 있다 하고, 필자도 보았지만 함부르크의 민족학박물관(Museum für Völkerkunde)에도 한국으로부터 가져간 문화재와 민속자료들이 많이 있다.[58] 북한에서 유출된 문화재들은 소련은 물론 체코 등지에도 있다 한다. 물론 우리가 빼앗긴 이들 문화재의 80% 이상은 일본에 있다. 한일협정 때 일본정부가 소장했던 극히 일부가 반환되었을 뿐 몽유도원도(夢遊桃園圖)를 비롯한 걸작들은 아직도 그대로 일본에 산재되어 있는 것이다. 그러다가 작년에는 한 한국인에 의하여 몇점의 한국문화재가 '절취'되어 국내로 들어오는 바람에 일종의 센세이션이 일기도 하였다.

이렇게 볼 때 우리나라는 文化國家로서 문화재보호의 문제를 國際法的 次元에서 앞으로 계속 신중히 연구·검토하여 강화해나가야 할 것이다.

---

57) 徐熙乾, 약탈文化財를 반환하라, 「조선일보」 1990년 8월 30일자.
58) 자세히는 趙興胤, 世昌洋行·마이어·함부르크 民族學博物館,「東方學志」 제46·47·48合輯, 1985, 735-768면.

결 론

以上에서 본고는 다섯 측면에서 문화국가와 문화재보호의 문제를 고찰하였다. 첫째는 문화국가의 개념을 독일을 중심으로 서양에서 학자와 사상가들이 정립하여 온 역사를 다소 지성사적(知性史的)으로 살펴보았고, 현대국가에서 문화국가로서의 과제를 점점 중요시하고 있음을 확인하였다.

둘째는 이러한 개념적 시각(視角)에서 한국이 어느 정도 문화국가(文化國家)로서의 성격을 지지고 있는가를 검토해 보았다. 남북한의 헌법에서 규정하는 문화국가적 지향(志向)을 비교하여, 남한의 '민족문화', '전통문화'의 강조와 북한의 '사회주의적 민족문화'의 강조를 지적하였다. 통일을 지향하면서 정치적, 이데올로기적 이질성(異質性)을 극복할 가능성으로서의 '문화(文化)'의 개념정립을 통하여 통일한국의 문화국가(文化國家)로서의 비전도 또 하나의 과제임을 시사하였다.

셋째는 문화국가의 명분과 실질의 가장 중요한 부분인 문화재보호의 법적 기초를 영국, 프랑스, 독일, 미국 등 각국의 입법예(立法例)로서 비교법적으로 검토해보았다. 선진국(先進國)에서 예외없이 문화재보호의 입법이 보다 정비되고 그 관할범위가 확대되고 있다는 사실이 보여졌다고 생각된다.

넷째로 우리나라의 문화재보호법의 제정과 그 개정의 역사를 개관하고, 특히 현행 문화재보호법이 문화재의 범위를 확대해석하고, 국제조약에도 가입하여, 문화재보호의 국제적 성격과 발맞추어 가고 있음을 지적하였다.

다섯째로 문화재보호에 관한 국제적 노력이 국제협약들의 제정을 통하여 구체적으로 어떻게 실천되고 있는가를 검토해 보았다. 특히 1970년에 제정된 「문화재 불법반출입 및 소유권양도의 금지와 예방수단에 관한 협약」의 내용을 검토하고 이에 가입한 우리나라가 한일간의 문화재반환문제를 해결해나가야 할 현안과제로서의 의의를 지적하였다.

문화국가의 개념은 세계보편성과 민족고유성의 양 측면을 조화하여 우리의 개념을 정립하는 방향으로 노력하여야 할 것이고, 문화재보호 역시 우리 자신의 문화재를 '보호'하는 데에만 그치지 아니하고 세계문화 속에서 인류의 유산으로서 교류'하는 미래적 시각을 함께 가짐으로써 문화국가로서의 사명에 실질적으로 기여할 수 있다고 하는 것을 본 논문은 시사한다고 하겠다.