

이탈리아 문화재 및 경관재법에서의 ‘문화재’ 개념* Concetto di “Codice dei beni culturali e del paesaggio” in Italia

김 민 동**

Kim, Min-Dong

목 차

- | | |
|----------------------|--------------------------------|
| I. 서 론 | III. 현행 문화재 및 경관재법에서의 ‘문화재’ 개념 |
| II. ‘문화재’ 개념의 연혁적 고찰 | IV. 결 론 |

고도의 전문적이고 기술적인 ‘문화행정’에 대한 ‘법률유보’라는 관점에서 볼 때, ‘문화재’ 개념은 국가의 ‘보호’, ‘활용’, ‘보존’과 같은 법적 조치를 해야 하는 문화적 가치를 가지는 것이어야 한다.

이탈리아의 현행 ‘문화재 및 경관재법’에서는 1939년 이른바 ‘보파이 법률’의 예술적·역사적 문화재 개념을 극복하고, ‘문화적 가치의 증거’로서의 현대적인 문화재개념을 확립하고 있다(같은 법 10조). 전체적인 맥락에서 문화재를 파악하는 역동적이고 혁신적인 이런 문화재 개념은 ‘개방성’, ‘복수성’, ‘정형성’, ‘유형’적 특징을 가지고 있다.

이러한 개념적 특성으로 인하여 보호할 대상이 지나치게 확장되는 위험성이 있으므로, 그 중요성을 객관적으로 담보하기 위한 규범적인 제한이 필요하다. ‘문화재 및 경관재법’에서는 위 개념 자체로서는 정의하기 어려운 두 가지 규범적인 요소들을 규정하고 있다. 첫째, 문화재 개념의 외부적 요소로서, 동산은 50년, 부동산은 70년이 지난 경우에 보호를 받는다고 규정하고 있다(같은 법 제12조 제1항). 50년 또는 70년의 ‘시간성’, 둘째 내부적 요소로서 ‘대표성’ 내지 ‘의미성’을 확보하고 있다. 특정 시점에서의 인류 문화적 ‘중요성’ 내지

투고일 : 2015. 12. 31. / 심사의뢰일 : 2016. 1. 27. / 게재확정일 : 2016. 2. 12.

* 이 논문은 2013년도 광운대학교 교내학술연구비 지원에 의해 연구되었음.

** 광운대학교 법과대학 법학부 부교수 법학박사

Prof. College of law, KwangWoon University

‘대표성’을 그 물건 자체가 가지고 있어야 한다(같은 법 제12조 제2항의 ‘감정’; 제13조의 ‘지정’ 조치).

고도의 전문적인 문화재행정의 특성상 실제로 이 기준을 ‘적용’하는 단계에서 비록 위법하지는 않지만 실무담당자의 부당한 처분 때문에 위 규범적 기준이 왜곡되거나 확장될 우려가 있다. 이런 자의나 편견에 의한 부당한 행정조치에 대한 근본적인 방지책은 문화재 보호의 직무를 맡은 공무원들에게 기술적인 관할을 보장해 주고 전문적이고 기술적인 능력의 확보방안을 마련하는 것이 매우 중요하다.

[주제어] 문화유산, 문화재, 경관재, 이탈리아, 문화재 및 경관재법

I. 서 론

1962년 문화재보호법이 제정되기 전까지 존속했던 조선보물고적명승천연기념물보존령(1933) 등은 예술적 가치나 역사적 가치를 중심으로 ‘문화재’를 이해하였음을 알 수 있다. 예술적 가치라는 개념도 변화하는 것인데, 예컨대 다다이즘이나 마르셀 뒤샹의 개념주의를 생각해 보면 어디까지가 아름다운 예술작품인지 모호해진다. 역사적 문화재를 사건이나 지배층 중심으로 이해를 하면 과거 평민이나 노비들이 생업이나 의식주에 사용하던 유물들을 수집하는 이유를 설명하기 어렵다. 그렇다고 문화재를 인간의 ‘문화’가 되는 모든 재산이라고 풀이하면, 문화라는 개념이 시각에 따라 다양한 의미가 있는 만큼 그 범위가 매우 넓어진다. ‘범 문화(凡文化)’에서 어느 것을 ‘문화재’로 볼 것인지는 결국은 문화재법령의 입법목적에 따라 규범적으로 판단하여야 한다.¹⁾

현행 문화재보호법 제2조에서는, 문화재를 “인위적이거나 자연적으로 형성된 국가적·민족적 또는 세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적 또는 경관적 가치가 큰 다음 각 호의 것을 말한다.”(개정 2015년 3월 27일)고 규정하고 있다. 1962년 우리 문화재보호법 제정당시에는 시간이 촉박해서 1950년 제정된 일본 문화재보호법을 모델로 하였고, 그 결과 법내용과 행정시스템이 유사해졌다는 점은 이해가 된다. 이 후 수십 회 개정을 거쳐 일본모델에서 탈피하여 독자적인 특색을 형성하려고 노력해 왔다는 점이 높이 평가되고 있기 때문이다. 그러나 아직도 내용 면에서도 조문의 수가 비교적 적고, ‘문화’

1) ‘문화재’개념은 그것을 판단하는 ‘주체’에 따라 그 개념설정과 범위가 좌우되는 경우가 일반적이다. 현행 우리 문화재보호법(법률 제12352호)은 “문화재를 보존하여 민족문화를 계승하고, 이를 활용할 수 있도록 함으로써 국민의 문화적 향상을 도모함과 아울러 인류문화의 발전에 기여함을 목적으로 한다”(제1조)고 규정하고 있다.

와 ‘예술’에 대한 전문성이 배어나오지 못하는 조문들이 많은 것 같다. 국제적인 조약과 세계적 아이덴티티로 발전해가는 문화재개념을 세밀하게 담아내지 못하는 것 같다. 법전체계 면에서는 문화재행정 상황의 급속한 변화에 부응하기 위하여 필요에 따라 양산된 것들을 체계 없이 그저 집합 시켜 놓은 듯 한 인상을 받았다. 법전으로서의 가치와 품위를 유지하기 위해서는 이러한 종합적인 개념정의보다는 보다 체계 정합적인 개념정의가 필요하다. 법전화(Codice)는 품위 있는 사고이며 그 내용들은 엄숙한 것이다.²⁾ 다분히 행정 중심적인 다원적 체계(polysistema)의 탈법전화(decordificazione)의 상태로 두는 것은 ‘법전’으로서의 가치를 스스로 무너뜨리는 것과 다름이 없다.

현행 이탈리아 문화재 및 경관재법에서는 여러 유형의 문화재들에 공통적으로 적용될 수 있는 체계 정합적인 문화재개념을 규정하고 있다. 본고에서는 예술적·역사적인 관점으로 입법화된 1939년 이른바 보따이법률에서부터 현행 문화재 및 경관재법까지 그 문화재 개념의 연혁적 변천 과정을 살펴보고, 우리나라 문화재보호법에서의 문화재개념 개정에 기여해 보고자 한다.

II. ‘문화재’ 개념의 연혁적 고찰

이탈리아 문화재법의 역사는 오래되었고 ‘문화유산’(patrimonio culturale) 내지 ‘문화재’(i beni culturali) 관련 법령도 매우 많다.³⁾ 헌법은 제9조에서 “공화국은 문화의 발달과 과학 기술적 연구를 촉진한다. 국가의 경관과 역사적 및 예술적 재산을 보호한다.”⁴⁾고 규정하고 있다.⁶⁾

2) Francesco Galgano, “prefazione”, *Codice del Consumo*, a cura di Rita Rolli, CasaEditriceLa Tribuna, 2008.

3) 이탈리아 국가법령사이트(Normattiva)에서 ‘문화재’(i beni culturali)라는 검색어로 법령을 검색해 보면, 1707개의 법령이 나온다; 우리나라에서 이탈리아 문화재법에 대한 직접적인 연구자료는 찾아보기 어렵다.

4) “La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione”.

5) 헌법 제42조와 제2항에 의하여 문화재에 대한 개인의 재산권 행사는 제한된다.

6) 현행 이탈리아 문화재 및 경관법(Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, 2004) 제2조 제1항에서는 ‘보호’와 ‘활용’의 객체(genus)로서의 ‘문화유산’을 ‘문화재’와 ‘경관재’(i beni paesaggistici)라는 두 종류(species)로 규정하고 있다(제2조). ‘문화재산’은 통상적으로 ‘문화유산’으로 번역되어 사용되고 있다. 프랑스의 Code du patrimoine도 문화유산법으로 번역되고 있다. ‘재산’이라는 개념은 어원적으로 라틴어의 ‘patrimonium’에서 유래된 것이다. 그 뜻은 ‘아버지의 임무(pater+munus)’를 의미하고 곧 ‘아버지에게 귀속된 것’을 말한다. 헌법 제9조 제2항의 “공화국은 경관과 역사적 및 예술적 재산을 보호한다.”에서의 ‘재산’도 마찬가지다(Gianluca

어느 법률을 논의의 시발점으로 삼느냐는 비교법적 고찰에서 매우 중요한 데, 문화재 개념에 대한 연구는 그 개념의 기본 틀이 형성된 1939년 보파이(Bottai) 법률부터 시작하는 것이 통상적이다.⁸⁾

1. 1939년 보파이 법률

1.1 보파이 법률에서의 문화재개념

이탈리아에서는 1939년에 와서야 비로소 광대한 문화재에 대한 체계적인 법률이 갖추어졌는데, 본격적인 이탈리아 문화재법은 이때부터 시작되었다고 보아야 할 것이다.⁹⁾

Famiglietti, Nicola Pignatelli, *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, 1. ed, Nel Diritto Editore, 2015, p. 18); ‘재 또는 재물(beni)’은 동 문화재 및 경관재법 제12조의 감정(verifica)이나 제13조의 선고(dichiarazione)절차에 의하여 문화적 가치를 가지고 있다고 인정된 것을 의미한다(Ibid., pp. 66~67); 이탈리아 문화재 및 경관법에서의 ‘물건’(cose)은 보호의 객체로서 문화적 가치가 인정된 것을 의미한다. 여기의 ‘물건’은 문화적 가치를 추정할 수 있는 유체물을 의미하는 ‘res’(로마법에서는 만질 수 있는 물건 즉 유체물을 의미하였다: *res quae tangi possunt*: “*Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles*”. D.1.8.1.1. Gaius)로 보고자한 것이 입법자의 의도다. 그러나 재물이라는 개념은 시대에 따라 변하는 것으로서, 로마법에서도 ‘res’는 유체물에서부터 경제적 가치가 있는 총체까지 포함하는 포괄적인 의미를 가지고 있었다(현승중/조규창, 로마법, 법문사, 2004, 477쪽).

- 7) 이러한 ‘재산’ ‘재(물)’ ‘물건’이라는 개념은 민법적인 정의를 기초로 한다. 이탈리아 민법은 경합하는 일정한 이익을 배타적으로 향유하기 위하여 “권리의 객체를 형성하는 물건(cose)을 재물(beni)”이라고 규정하고 있다(제810조). 물권의 객체는 바로 이 ‘재물’(beni)이다. ‘물권’, 즉 ‘i diritti reali’에서 ‘reale’란 원래 라틴어 ‘res’에서 유래된 ‘물건’(cosa)이라는 뜻이다(Vincenzo Roppo, *Istituzioni Di Diritto Privato*, Monduzzi Editore, 2008, p. 221). ‘재물’(beni)과 ‘재산’(patrimonio; Vermögen, goods)은 다른 개념이다. 재물들은 개별적인 권리의 객체가 되지만, ‘재산’은 권리의 주체나 특정목적물을 위하여 적극적 및 소극적으로 일체화된 개념이기 때문이다(Cian Trabucchi, *Commentario Breve Al Codice Civile*, Cedam, 2009, p.792). 원래 ‘물건’과 ‘재물’은 같은 개념은 아니었다. 이탈리아 민법 제810조의 ‘물건’은 엄밀히 말하면 보고 만질 수 있는 형태를 갖춘 ‘유체물’을 의미한다. 경제가 아직 크게 발전하지 않았던 19세기에서는 권리의 객체인 ‘재물’이 주로 보고 만질 수 있는 유체물들을 말하는 것이었다. 그러나 동 민법 제810조 물권의 객체로서의 ‘재물’은 본래의 의미보다는 확장해석하여 실체가 유체물이든 무체물이든 법으로 규율되어야 할 ‘배타적 이익의 귀속’이 문제가 되는 것이면 모두 재물로 보게 되었다(Vincenzo Roppo, *Istituzioni Di Diritto Privato*, pp. 91-92; Guido Alpa, Vincenzo Zeno-Zencovich, *Italian Private Law*, Routledge · Cavendish, 2006, p.107).

- 8) Fabrizio Lemme, *Compendio Di Diritto Dei Beni Culturali*, 2013, pp. 7-15.

- 9) 1939년 보파이법률 이전의 문화재법을 개관하면 다음과 같다. 이탈리아인들은 자국에 전 세계 문화재의 약 70%가 존재한다고 장담한다. 사실 여부는 확인할 길이 없어 의심스럽지만 사실상 이탈리아에 문화재가 많은 것은 누구나 인정하고 있다. 특히 종교적인 이유로 인해 고전문화를 부정했었던 중세시대에는 유적을 약탈하는 현상이 퍼졌었다. 르네상스가 되어 예술작품을 애호하는 시절이 도래하였지만 이 시절에도 규범에 의한 직접적인 규율의 필요성은 발생하지는 않았다. 교황청에서는 bolla(교황의 대교서)로서, De cuctarum/1425

당시 무솔리니 정부 문화부 장관이었던 보파이(Bottai)의 이름에 따라 보파이 법률이라고 부르는 1939년 두 개의 법률이 그것이다. 즉 예술적 또는 역사적 재산보호에 관한 법률(Legge sulla Tutela della Cose d'interesse Artisco e Storico)(1939년 6월 1일 법률 1089호)¹⁰⁾과 자연미보호법(Legge sulla Protezine delle Bellezze Naturali)(1939년 6월 9일 법률1497호)¹¹⁾을 말한다.

예술적 또는 역사적 재산보호에 관한 법률 제35조(1)의 4.에서는 ‘문화재’, 제35조(1)의 5.에서는 ‘문화재와 환경재(i beni ambientali)’라는 용어를 사용하였지만, ‘문화유산’이나 ‘문화재’에 대한 정의 규정은 규정하지 않았다. 같은 법 제1조에서는 표제어 없이 “동법은 예술적·역사적·고고학적 또는 민족적인 가치를 가진 부동산 및 동산인 물건을 규율한다.”고 규정하고 있을 뿐이다.

동법은 그 제목에서 알 수 있듯이 ‘예술’ 개념의 영향을 받아 (심)미적 개념을 사용하고 있었다. 예컨대 동법 제2조의 “예술품”, 제4조에서는 “고전적인 아름다운 예술작품들”, 제14조에서의 “중세 또는 근대예술”과 같이 표현되어 있다. 동법에서의 ‘보호’는 현재의 문화재를 지킨다는 의미의 ‘보호’와 문화재의 훼손, 향후의 노후화에 대한 ‘복구’라는 두 가지 내용으로 되어 있다.

자연미보호법에서도 ‘문화재’의 정의 규정은 없었다. 제1조에서 “1) 자연미(bellezza naturale) 또는 지질학적 독창성을 현저한 특징으로서 가지는 부동산, 2) 예술적 또는

와 Cum alnam nostram urbaem/1462가 있었다. 나폴레옹시절에도 그의 무력에 의해 정복된 나라들에 가해진 약탈이 있었음에도 아직도 문화재보호나 보존의 개념이 없었다(Sveva Rossi, “La sponsorizzazione dei beni culturali volano per il rilancio dell’economia nazionale di Avvocato del foro di Padova”, *Azienditalia*, 2014. p. 13). 1861년 이탈리아 통일 이후 부터 1975년에 문화 환경부(Ministero per i beni culturali e ambientali) 설립되기 전까지는 ‘위원회’의 활동으로, 역사적 유물에서 예술, 자연에 이르기까지의 재산을 보호하는 방향으로 법제도의 정비가 점차 진행되었다. 이를 상세히 본다면, 1862.12.4. 국왕 통보 제4474호로 미술협회(Consulta di belle arti)가 설립되고, 1886.4.22. 국왕 통보 제3959호로 국가 기념비적 건축물과 사적의 복원 작업의 강령, 1892.8.21. 국왕 통보로서 기념비적 건조물의 목록 및 측정·사진 촬영을 위한 중앙 위원회를 설치, 1894.4.27. 국왕 통보 제173호로 역사·고고학문에 관한 위원회가 설립되었다. 첫 번째 문화재 관련 법률은 1902.6.27. 법률 제185호로서 예술적·역사적 가치를 가지는 재산을 보호하는 기초가 규정되었고, 1902.9.9. 국왕 통보 제445호에서는 국립 고문 도서관 일반 규칙을 제정하였다. 1903.6.27. 법률 제242호에서는 유적 출토품 및 예술적 중요성이 있는 물품의 국외반출을 제한하였다. 1909.6.20. 법률 제364호, 일반 로사디 법률(Legge Rosadi)에서는 위 법률들보다 유기적이었고 범위도 확장되었다. 동 법률에서는 역사·고고학, 또는 예술적 가치를 지닌 동산·부동산을 대상으로 사본, 초기간행본, 희소가치가 있는 판화 및 가치가 높은 고전을 포함했다. 1912.6.23. 법률 제688호에서는 예술, 역사적 가치가 높은 별장이나 공원, 정원을 포함했다. 1938.9.21. 국왕 통보 제1673호에 의하여 교육·과학·예술에 관한 국민 의회를 설치하고 이전의 위원회들을 통합하였다.

10) Legge. n. 1089/1939. 앞으로 법령의 약자는 n. 1089/1939의 형식으로 통일하기로 한다.

11) Legge. n. 1497/1939.

역사적 가치 보호에 관한 법률에 규정되어 있지 않지만 평범하지 않은 아름다움을 가지는 별장, 정원, 공원, 3) 미적이며 전통적인 가치를 가지는 특징적인 외관을 하는 부동산의 총체, 4) 일반 대중에게 접근 가능하며 그 아름다운 광경을 즐길 수 있는 마치 자연적인 그림처럼 그리고 경치 또는 전망지점으로서 간주하는 전망이 아름다운 것들”이라고 규정하고 있다. 인간에 의한 문화적 창조물과 자연에서 직접적으로 주어지는 산출물로 구분하여, 문화적·역사적·자연환경을 지역적으로 보존하는 ‘자연미’를 규정하였다.¹²⁾

이 자연미보호법은 1985년 법률 제431호, 일명 갈라소법(Legge Galasso)으로 통합되었다. 이 법률에서는 자연환경으로 그 주제가 옮겨왔고, ‘경관’(paesaggio)과 ‘환경’(ambiente)과의 구별이 이루어졌다.

1.2 보따이법률에서의 심미주의적 관점

1939년 보따이 법률과 같은 심미주의적인 접근은 최소한 1950년대까지는 지배적이었다.¹³⁾ 제2차 세계대전 이후 초기 용어 법에서도 문화재를 ‘예술적 및 역사적인 물건으로서의 유체물로 지칭하는 것이 통상적이었다. 문화재는 역사적, 미학적으로 특히 두드러지기에 공익성을 갖는 것이고, 이렇게 일반인이 누릴 수 있는 공익성이 있어야만 문화재로서 인정하였다.¹⁴⁾

사실상 1939년 보따이 법률의 심미적 문화재개념은 베네데토 크로체(Benedetto Croce)¹⁵⁾와 조반니 젠틸레(Gianni Gentile)¹⁶⁾로 대표되는 일명 아날학파의 신관념주의(neo-idealistica) 문화개념¹⁷⁾¹⁸⁾에 기초한 것이다. 이 신헤겔(neo-hegeliani)학과 철학자들

12) ‘예술미’(belle arti: buity art)란 원래 ‘자연미’와 대비되는 개념으로 사용된다. 인간이 의도를 가지고 소재에 가공·형성을 한 ‘예술미’는 자연그대로의 ‘자연미’와 대비되고, 생활관계에서의 미와도 구별되는 개념이다. 예술미와 자연미의 관계에 대해서, 양자 모두를 미적 가치로 보는 칸트(Immanuel Kant), 자연미에서 예술적인 것을 구별하는 데소아르(M. Dessoir), 자연미도 예술미에 의해서만 발견된다는 셸링(Friedrich Schelling) 등으로 구분된다(월간미술, 세계미술용어사전, 월간미술, 1999, 334쪽 참조).

13) Alessandro Crosetti, Diego Vaiano. Beni Culturali e Paesaggistici, G. Giappichelli Editore, 5. ed., 2014, p. 27.

14) Sveva Rossi, op. cit., p. 15.

15) 1903년 (역사)철학잡지 비평(Critica)(1903-1944)을 창간한 철학자이다 헤겔의 역사철학과 비코의 영향을 많이 받은 것으로 평가받고 있으며, 반 파시스트활동을 하였었다.

16) 20세기 초반 베네데토 크로체(Benedetto Croce)와 함께 비평을 발간한 철학자로서, 1922년부터 1924년까지 파시스트 정부의 문화교육부 장관으로서 현행 이탈리아교육제도의 기초를 마련하였지만, 파시스트 전체주의 사상가로서 피렌체에서 피살되었다. 자아의 사회성에 기초하여 집단존중에서 국가존중, 그리고 의지존중 철학(행동적 관념론)은 피히테와 헤겔에서 유래한다고 평가되고 있다.

17) 1902.11.에 작성된 비평지 서문에 의하면, 이들은 ‘관념론’(Idealismo)이외의 철학을 배격하고, 비판적 현실적이

은 예술을 정신의 최고 절정을 표현한 것으로 보고 장인적이고 기술적인 것과의 차별성을 분명히 하였다.

1.3 심미주의적 문화재개념의 극복

1939년 보파이법률의 심미주의적 개념은 심미적이라는 점에서 많은 한계점을 보였다. 심미적 관점은 반복될 수 없는 원본을 요구하고, 공익성을 갖는 사회적으로 중요한 단체의 기록을 요구하는 등 그 판단의 구속성이 컸다.

사상(思想) 적 열풍¹⁹⁾이 1940년대에 서서히 물러나면서, 귀족적인 뉘앙스의 ‘예술작품들(belle arti)’이라는 개념도 퇴색해가면서 무엇이 아름다운 예술적 작품이냐는 개념적 정립의 어려움이 있었다.

문화재보존의 정당성으로서 국가의 과거와 현재를 이어주는 계속성을 보장하기 위한 수단이라는 점이 점차 중요시되었다. 문화재가 가지고 있는 ‘기억’과 ‘문화적 증거’라는 의미가 중시되었다. 특히 ‘문화재의 양도’와 관련해서는 심미적인 관점은 현실적이지 못하다는 문제점을 드러냈다.²⁰⁾ 결국 보파이법률의 심미주의적인 문언들은 보호대상으로서의 실정법적 문화재개념에는 적합하지 않았다.²¹⁾

고 반형이상학적이라는 ‘신관념주의’(neo idealismo)를 선언하였다(“Introduzione”, *Critica*, 1902, p.3).

18) 신관념주의 또는 신헤겔주의는 헤겔의 절대적 관념론에 영향을 받은 철학운동이다(절대관념주의). 주로 영국과 미국에서 발전되어 20세기까지 존재해 온 관념철학이다. 영국에서는 그린(T.H. Green), 브래들린(F.H. Bradley), 맥 타게트(J.E. Mac Taggart), E. Caird, B. Bosanquet. 등이 대표적이고, 미국에서는 제임스 조이스(J. Royce.)에 의하여 승계되고 있다. 신헤겔주의의 기본 경향은 헤겔철학을 비합리주의적 세계관으로 재생시키고자 노력했다는 점이다. 이들은 헤겔철학의 변증법적 방법을 제거하고자 했으며, 헤겔이 칸트의 주관적 관념론을 비판적으로 극복한 사실을 부인하고 더 나아가 헤겔의 전 저작을 초기의 비합리주의적 경향으로 환원시키고자 했다. 이탈리아에서는 19세기 스파벤타(B. Spaventa)와 베라(A. Vera), 그리고 드 메이스(A.C. De Meis), 마투리(S. Maturi)에 이어진다. 상티스(F. De Sanctis)의 문학비평작품(opera di critico letterario)은 헤겔학파의 미학원리(principi dell'estetica hegeliana)에 영향을 받았다. 이어서 크로체(B. Croce)와 젤틴레(G. Gentile)에 의하여 각자의 방법에 따라 서로 다르게 헤겔주의에 대한 급진적인 개혁을 주도하였다.

19) 프랑스의 마르크 블로크(Marc Bloch)와 뤼시앵 페브루(Lucien Febvre)에 의해 1929년에 창간된 아날학파의 사회경제사연보(Les Annales d'histoire économique et sociale)가 대표적이다.

20) Andrea De Liberis, Stefania Valente, *Arte Tra Storia E Diritto*, Fratelli Spada Editori, 1997, pp. 60-61.

21) Ibid., p. 61.

2. 프랑케스키니 위원회 의 활동과 ‘문화재’ 개념의 실정법화

2.1 프랑케스키니 위원회의 활동

실정법적 보호의 대상으로서의 ‘문화재’라는 개념은 1950년대까지만 해도 세계문화유산 보호의 차원에서 약간 사용될 뿐이었다. 예컨대 유네스코(Unesco, 1949)와 같은 소수 전문가의 활동이나 1954년 5월 14일 헤이그 국제협약²²⁾ 등이 그것이다.²³⁾²⁴⁾

이탈리아에서 이러한 ‘문화재’ 개념의 도입은 주장한 것은 프랑케스키니 위원회(Commissione Franceschini)²⁵⁾이었다. 1939년 보파이 법률은 전쟁 시기와 겹쳐서 유감스럽게도 충분한 효과를 기대할 수 없었기 때문에 전후에 자문위원회를 중심으로 새로운 입법을 위한 활동에 들어간 것이다. 1956년부터 1958년에 상하 양원 위원회가 설치되었고, 1964년 4월 26일 법률 제310호에 의해 ‘프랑케스키니 자문위원회’가 설치되고 1964년부터 1966년까지 활동의 결과를 다음 해 1967년 3권의 보고서로 발행하였다.²⁶⁾

프랑케스키니 위원회는 ‘문화재(i beni culturali)’라는 용어로 전환할 것과 특히 당시까지 우월적 지위를 차지했던 심미적 기준 대신 역사적인 기준을 우위에 놓으려는 입법적 목적을 가지고 있었다.²⁷⁾ 문화재 개념에는 문화재의 유형성과 시간의 흐름 속에서 전체

22) 무력충돌시 문화재보호에 관한 협약(Convenzione per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto) 제1조 문화재의 정의: 본 협약에서 ‘문화재’라 함은 그 출처 및 소유와 관계없이 다음을 포함한다. (a) 종교적이든 세속적이든 불문하고, 건축, 예술 또는 역사적 기념물과 같이 모든 민족의 문화유산에 대하여 중요성을 갖는 동산 및 부동산, 고고학적 유적, 전체적으로 역사적 또는 예술적 중요성이 있는 건물들의 집단, 예술 작품; 예술적, 역사적 또는 고고학적 중요성이 있는 원고, 서적 및 기타 물품들; 그리고, 과학적 소장품 및 서적, 기록물 또는 위에서 언급된 재산들의 복제물의 주요 소장품. (b) 박물관, 대형 도서관 및 기록물보관소와 같이 (a)항에서 정의된 동산문화재를 보존 또는 전시하는 것을 그 주된 실체 목적으로 하는 건물과 무력충돌시에 (a)항에서 정의된 동산문화재를 대피시키기 위한 보호시설; (c) (a)항과 (b)항에 규정된 다량의 문화재가 집중된 구역들로서, ‘기념물 집중구역’으로 인정될 수 있는 구역(정진석, “1954년 헤이그협약 운용체계 및 국내 제도·법률 정비방안 연구보고서”, 문화재청, 2010, 3-4쪽).

23) 동 협약의 실시강화를 위하여 1999.3.26. 제2의정서가 다시 채택되었다. 이탈리아에서는 1958년 법률 제279호(legge. n. 279/1958)에 의해 1954년 헤이그 협약을 비준만 하였다가(Gianluca Famiglietti, op. cit., pp. 18-19), 2009.4.16. 법률 제45호(legge. n. 45/2009)에 의해 1999년의 제2의정서를 채택 실시하였다. 즉 2009.4.16. 법률 제45호 제1조와 제3조에 의해 1954년 헤이그협약의정서 제1조의 문화재개념을 규정하였다.

24) 프랑스에서는 1960년대에 처음으로 공식적인 문서에서 예술품이란 문명적 가치를 지니는 물건을 의미하는 것으로 통용되게 되었다(Andrea De Liberis, Stefania Valente, op. cit., p. 60).

25) 위원회의 정식명칭은 역사적, 고고학적, 예술적 유산과 경관의 보호와 활용에 관한 조사위원회이고, 프랑케스키니는 이 위원회의 위원장이었다.

26) 보고서 명칭: “Per la salvezza dei beni in Italia. Atti e documenti della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio”, Roma 1967.

국민의 문화적 표현에 내재하는 성향이라는 공존하는 두 개의 측면을 담고 있어야 한다는 것이다.”²⁸⁾ 그 결과 위원회의 결론은 문화재는 ‘문화적 가치를 가지는 증거’(testimonianze materiali aventi valore di civiltà)로 정의하자고 주장하였다.²⁹⁾

즉 그 당시 문화행정관청의 명칭이기도 했던 ‘고전적인 아름다운 예술작품’(Antichità e belle arti)이라는 문화재 개념에서 ‘문화적 가치를 가지는 증거’라는 개념으로 규정하고 그동안 인정되어 오던 유형들을 넓게 포함하면서 앞으로 개념적인 작업을 계속할 수 있는 정의규정을 제시한 것이다.³⁰⁾³¹⁾

드디어, 1975년에 설립된 문화환경부(Ministero per i Beni Culturali e Ambientali)³²⁾의 명칭에서부터 프랑케스키니 위원회가 주장한 문화재개념이 실정법화 되는 결실을 보았다. 이로써 종래 ‘고전적인 아름다운 예술작품’ 직무를 담당하던 행정관청의 명칭이 바뀌게 되었고 심미적인 문화재개념은 이러한 ‘문화재’라는 새로운 개념으로 대체되어³³⁾ 공식화되고 보편화하였다. 그리고 1975년 제805호 대통령령(D.P.R. n. 805/1975)에 의하여 문화환경부와 그 하부 기구에 관한 법규를 정비하면서,³⁴⁾ 동 대통령령 제2조에서 “문화재는 국가유산”이라고 규정하였다. 이로써 ‘문화유산’이라는 개념 안에 ‘문화재’ 개념이 들어가게 되었다(genus).³⁵⁾

27) Gianluca Famiglietti, op. cit., p. 19.

28) Ibid., p. 19.

29) Andrea De Liberis, op. cit., p. 60.

30) Gianluca Famiglietti, op. cit., p. 17.

31) 이것이 통일적인 개념인지에 대해서는 학설이 일치하지 않는다(Stella Richter, “La nozione di patrimonio culturale”, Foro amm. CdS, 2004, pp. 1280).

32) 1974.12. 입법명령 제657호(D.L. n. 657/1974)와 1975.1.29. 제5호 법률(Legge. n. 5/1975)에 근거하여, 1975년 문화환경부가 설립되었다.

33) Andrea De Liberis, op. cit., p. 60.

34) 1975.12.3. 대통령령(D.P.R. 805/1975)에 의하여 역사와 문화유산과 관련된 문화환경부기관설립의 법규가 정비되었다(Gianluca Famiglietti, op. cit., p. 19). 즉, 사적·미술 총국, 미술 학교 도서관 및 문화 보급을 위한 총국, 국립 고문 도서관 총국, 국립도서관, 출판사 등이 하부기관으로서 조직되었다. 당시의 문화환경부의 기본적인 임무는 문화, 환경, 사적, 예술, 고문서, 서적상의 가치 있는 재산을 법률에 근거하여 보호하고 이용하는 데 있었다. 문화환경부는 이후 여행까지 넣어 문화재·문화활동 및 여행부(Ministero per i beni e delle attività culturali e del turismo)로 명칭을 바꾸었다. ‘문화’와 관련된 여러 분야를 통합하여, 문화재 보호와 이용. 문화활동에 중점을 두면서도 도시계획과 건축, 스포츠, 여행에까지 그 범위를 넓히고 있다 <<http://www.beniculturali.it>>.

35) 이로써 실정법 차원에서 헌법 제9조 제2항과의 규범적 정립이 명확하게 되었다(Gianluca Famiglietti, op. cit., pp. 18-19).

2.2 단일법전

1999년 10월 29일 입법명령 제490호(D.lgs. n. 490/1999) 단일법전(Testo Unico)³⁶⁾³⁷⁾에 서도 환경재와 문화재의 구별은 계속되었다 단일법전(T.U.)에서는 현행 문화재 및 경관 재법 제10조처럼 ‘문화재’개념을 정의하지 않은 채 유형별 문화재집단을 규정하는 일종의 혼합규범의 성격을 가졌다.³⁸⁾

그 후 2001년 10월 18일 헌법적 법률(Legge costituzionale, n. 3/2001)에 따라 헌법 제5관(Titolo V della Costituzione)의 내용이 새로워지고 헌법 제117조의 신설로 국가의 관할에 급진적인 변화가 있었다. 즉 헌법 제117조 제2항에 의하여 유럽연합(EU)과의 관계에서 문화재(i beni culturali)와 경관재에 대한 보호는 회원국인 이탈리아의 입법권에 전속된다. 제117조 제3항의 “문화재의 활용”에서는 국가와 지방입법이 공존할 수 있도록 규정하고 있다.³⁹⁾

3. 2004년 문화재 및 경관재법

3.1 ‘문화유산’과 ‘문화재’ 개념규정

2004년 문화재 및 경관재법(Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, 2004)의 목적은 ‘문화재’ 개념을 재확인하는 것과 프랑케시키니 위원회의 결론들을 현실화하는 데에 있었다. 자연미보호법에서의 인간적 문화와 자연적 산출물의 대비적 비교가 점진적으로 극복되어서, 동 문화재와 경관재법에서는 이를 ‘문화재’와 ‘경관재’로 구분하였고 국가의 ‘문화유산’으로서 통합하게 되었다. 즉 “문화유산은 문화재와 경관재로 구성된다(동법 제2조 제1항).⁴⁰⁾ 이제는 문화재법령의 각 규정들 사이에 내부적으로 혼동되지 않는

36) 정식명칭은 1997.10.8. 법률 제352호 제1조에 의한, 문화재와 환경재에 관한 입법규정의 단일법전(Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'articolo 1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352)이다.

37) 단일법전(Testo Unico)은 이미 실행되고 있는 법률에 대해 그 인식과 적용이 쉽도록 다시 재편한 법률이라는 의미이다. 이하부터는 약자인 T.U.로 사용하기로 한다.

38) 예컨대 제1장 ‘문화재’(i beni culturali) 안에 제1절 ‘보호의 대상’으로서 제1관 ‘재산의 분류’(Tipologia dei beni)를 하고, 제1조에서는 “고유한 역사유산과 예술유산을 구성하는 문화재는...”, 제2조에서는 “역사유산, 예술유산, 민중·민족·인류학적 유산, 고고학유산, 문서보관(archivio)유산, 서적물 유산”에 대해 규정하고 있기 때문이다.

39) Gianluca Famiglietti, op. cit., p.17.

공통적인 원칙이 규정된 것이다. 맹목적으로 목록화 하는 방법을 극복하고, 그 문화재들이 표현하여야 하는 문화적 가치를 규명할 수 있는, 최광의 통일적인 ‘문화유산’이라는 개념으로서 ‘문화재’와 ‘경관재’를 포함했다.⁴¹⁾⁴²⁾

2004년 문화재 및 경관법 제2조 제2항에서는 ‘문화재’ 개념을 ‘문화적 가치를 가지는 증거’로 규정하고 있다. 1939년 보파이법률의 심미주의적 역사적 문화재 개념을 역사적으로 발전시킨 가장 혁신적인 법률로 평가받고 있다.⁴³⁾

결국 ‘문화유산’에 관련된 기초개념들은 1939년 보파이 법률이 기본 틀을 제공하였고 그 영역별 규율과 함께 1999년 단일법(T.U.)을 거쳐 2004년 문화재 및 경관재법까지 그 맥락이 이어져 온 것이다.⁴⁴⁾

3.2 법전의 특성

‘법전’(Codice)이라는 용어를 사용하였다는 점도 우연히 선택은 아니다. ‘법전’이라는 용어는 고대 로마의 테오도스우스나 유스티나누스제 시대와 달리 나폴레옹 시절에 유럽에서 입법적 용어로서 나온 것이다. ‘법전’의 기초적인 의미는 ‘성문화’를 의미하지만 다른 한편으로는 정립할 수 있고 남은 것이 없다는 것을 의미하기도 한다. 따라서 법전화는 문제 된 것들이 모두 규정되어 있어야 한다. 그러나 문화재법전은 후술하는 문화재 개념의 특성에 알 수 있듯이 그 개방성 때문에 반드시 완결성을 갖출 수는 없다. 또한 이탈리아 헌법 제117조 제3항의 “문화재의 활용”에서는 국가와 지방입법이 공존할 수 있도록 규정한 것처럼 광범위한 지방자치 단체의 법규도 함께 고려하여야 하기 때문이다.⁴⁵⁾

40) “Il patrimonio culturale e' costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici.”

41) Gianluca Famiglietti, op. cit., p. 17.

42) 2004년 문화재와 경관법은 ‘문화재’와 ‘경관재’를 붙여놓았다가, 2006년 개정으로 ‘문화재’와 ‘경관재’에 관한 두 개의 입법적 명령에 의해 구분하여 규정하였다.

43) Fabrizio Lemme, op. cit., p. 13.

44) Ibid., p. 14.

45) Ibid., pp. 14-5.

III. 현행 문화재 및 경관재법에서의 문화재개념

1. ‘문화재’ 개념

1.1 제2조 제2항, 제10조, 제11조의 관계

현행 이탈리아 문화재 및 경관재법에서의 ‘문화재’ 개념은 제2조 제2항에서 ‘문화적 가치를 가지는 증거’라고 일반적인 정의를 내리고 있다. 이어서 제10조에서는 구체적인 유형과 종류를 규정하고 있다. 제11조는 제10조의 보충규정으로, 제10조에서 규정하지 않은 보호의 필요성이 있는 다른 유형들을 규정하고 있다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾

“문화재는 제10조 및 제11조에 있는 예술적, 역사적, 고고학적, 민족인류학적, 자료 및 문헌적 가치를 가지는 부동산 및 동산 또는 문화적 가치를 가지는 증거로서 법률 또는 법률에 따라 정해지는 기타의 물건을 말한다.”(제2조 제2항)고 ‘문화재’에 대한 일반적인 정의를 규정하고 있다.⁴⁸⁾ 즉 문화재는 ‘부동산과 동산’과 ‘기타의 물건’처럼 실재적이며,⁴⁹⁾ 다시 “예술적, 역사적, 고고학적, 민족인류학적, 자료 및 문헌적”인 유형으로서 문화재의 ‘가치’가 구체화하여 있다.

제10조는 구체적으로 제2조를 기초로 한 ‘전형적 문화재유형’을 규정하고 있다. 즉 “문화재는 예술, 역사, 고고학 및 민족인류학적 가치를 보이는, 국가와 지방, 영역 내 다른 공법인 및 기타의 공법인과 공적 기관, 비영리사법인이 소유하는 부동산 및 동산을 말한다.”(제10조 제1항) 비영리법인에는 교회법인이 포함된다.⁵⁰⁾

1.2 ‘문화적 가치를 가지는 증거’로서의 문화재 개념

‘문화적 가치를 가지는 증거’로서의 문화재 개념 때문에 종래 예술적인 문화재와 역사적인 문화재로 제한되었던 개념들이 극복되었다. 1939년 예술적 또는 역사적 재산보호

46) Ibid., p. 28.

47) 경관제도 문화재처럼 단순한 미학적 자연적 가치는 배제되고 역사적-문화적 가치를 가져야 한다(제131조). 그리고 제134조에서 구체적으로 규정하고 있다(Gianluca Famiglietti, op. cit., p. 14).

48) Sveva Rossi, op. cit., p. 15.

49) 이에 비해 실질적인 ‘경관재’는 ‘부동산과 지역(aree)’이다(제134조).

50) D.lgs. n. 62/2008.

에 관한 법률에서 규정된 귀족풍의 “고전적이고 아름다운 예술작품에 대한 권리(같은 법 제14조)에서” 그 개념이 퍼져, 동법에 비해서 새롭게 보호받게 되는 것들이 많아졌다. 종래 회화나 조각과 같은 구상작품 이외에도 문명에 이바지하는 제작물들을 모두 포함하는 ‘문화재’라는 개념이 나오게 된 것이다.

‘문화적 가치를 가지는 증거’로서의 문화재개념은 종래 프랑스에서 유래하는 ‘아름다운 예술작품들’이라는 개념을 극복하고, 과거의 증거로서 의미가 있게 되었다.⁵¹⁾ 새로운 문화재개념에서는 예술작품이 관념적 직관으로 서정적인 접근을 하는 작품만을 말하는 것인가, 무엇이 아름다운 예술작품이냐는 개념적인 정립의 문제점을 극복하였다. 그래서 장인적인 기술적인 작품들도 모두 제2조 제2항의 ‘문화적 가치를 가지는 증거’로서 취급받을 수 있게 되었다. ‘장식미술’, ‘(가내) 수공업품’, 심지어 ‘도구’까지도 위 예술품과 같은 수준의 위엄성을 갖게 되면서 광범위하게 수집되었다.

‘역사적 문화재’는 주인공과 지배층 중심의 역사를 의미하였었던 개념도 극복되었다. 역사가 발전해 가면서 문화는 창조적 활동과 더욱더 동일시하는 경향을 보이게 되었다. 즉 지배층이건 피지배층이건 자신과 일체가 되는 역사는 모두 포함되게 되었다. 예컨대 문화재로는 베르톨트 브레히트(Bertolt Brecht)가 30년 전쟁(1618~1648)을 배경으로 쓴 희곡 “용감한 어머니와 자식들”(1939)⁵²⁾과 같은 가난한 종군 행상인 안나 피어르링의 인간 드라마가 영웅 티리(Tilly)장군과 발렌슈타인(Wallenstein)의 위엄과 같은 차원으로 취급하고 있다.⁵³⁾ 일상생활에서 생존을 위한 인간투쟁에 관한 증거들도, 모두 ‘문화적 가치를 가지는 증거’로서 법적 취급을 받게 되었다. 물건 그 자체가 보호해야 할 가치를 가지는 것이 아니라 그 물건 자체가 가지고 있는 유형적 내지 비유형적 설명에 근거한 문화적 증거가 있으면 되는 것이다.⁵⁴⁾

‘예술적 문화재’ 또는 ‘역사적 문화재’인가 여부의 개념적 정립의 문제가 해소되면서, 이제는 문화재를 보호하고 활용해야 하는 문화재행정 실무가 중요해졌다. 즉 과거에 대한 기억을 증명하고 대중이 그것을 이용함으로써 하나의 문화적인 기능을 전개할 수 있을 정도의 중요성이 실무적으로 인정되면 그 합법성이 인정된다. 이런 새로운 문화재개념은 단순히 사전적(lessicale)인 것이 아니라 보호객체를 개별적으로 규명하는 성격의 변화를 가진다. 이런 규정의 변화를 두고 이른바 “*usus modernus Pandectarum*”라고

51) Alessandro Crosetti, op. cit., p. 28.

52) 우리나라에서는 “억척 어머니와 그 자식들”이라고 번역되고도 있다.

53) Fabrizio Lemme, op. cit., p. 16.

54) Alessandro Crosetti, op. cit., p. 28.

평가받기도 한다. 마치 유스티니아누스대제가 로마법의 역사적 맥락을 변화시킨 판택텐 법학처럼, 새로운 시대정신을 수용할 수 있는 구조적 변화를 하였다는 것이다.⁵⁵⁾

1.3 특성

‘문화재’ 개념에는 ‘문화’라는 개념에서 유래하는 ‘개방성’, ‘복수성’, 입법자에 의해 입법되어 창조되는 ‘전형성’, 동산과 부동산이라는 ‘유형성’이 있다.

첫째, ‘개방성’ : 문화는 그 자체가 개방성을 가지고 있으므로 문화재개념도 경관재와 마찬가지로 개방적이고 광범위한 특성이 있다. 즉 비록 경관재에 비해 문화재는 “문화적 가치를 가지는 증거”로 좀 더 제한되어 있지만, 문화재나 경관재나 모두 “법률 또는 법률에 따라 정해지는”, “기타의 물건”, “기타의 재”(제2조 제2항과 제3항)를 규정하고 있다.⁵⁶⁾

문화재를 지나치게 함축성이고 지나치게 정확성을 요구되는 통일적인 문화재 개념으로 정의하는 것은 오랜 역사를 가지고 유형적(카테고리적)으로 상당히 진화해 온 문화재들을 배제하는 결과를 초래할 수 있다. 나아가 문화재를 관리하는 행정부나 법원의 해석이 어느 특정된 시대의 관점에 고착될 위험이 있다.

둘째, ‘복수성’ : 문화재 개념은 이렇게 개방적이므로 당연히 ‘복수성’을 가진다. 이 ‘복수성’에서는 ‘다양성’과 ‘초 합법성’이라는 두 가지 측면이 있다. ‘문화’라는 점에서 다양한 모델이나 유형을 가질 수 있으며, 행정기관의 자유재량적인 평가에 기초할 수 있기 때문이다.⁵⁷⁾ 어떤 면에서는 법적 개념으로서 진정한 내용이 있다기 보다는 법적이 아닌 원리에 의존하여 작업하며⁵⁸⁾ 문화재는 ‘문화’라는 개념에서 도출되는 것이므로 다양한 모습이 발생할 수 있다.⁵⁹⁾

셋째, ‘전형성’ : 개방성과 복수성을 가진다고 하더라도 이것은 그 사회의 의식과 그 사회가 도달한 발전의 정도, 일정한 역사적 시점에서의 사회적 의식에 의존해야 한다. 입법자는 이 가치에 따라 당시의 시민사회가 보호하고 활용할 가치가 있다고 인정하고 있는 것을 입법하는 것이다.⁶⁰⁾ 따라서 ‘문화적 가치를 가지는 증거’로서 규명되기 위해서

55) Fabrizio Lemme, op. cit., p. 14.

56) Gianluca Famiglietti, op. cit., p. 14.

57) Ibid., p. 20.

58) Alessandro Crosetti, op. cit., p. 29.

59) Ibid., p. 28.

는 사전에 입법자에 의한 평가가 필요하다. 이런 점에서 입법자에 의해 ‘창조’되는 유형적(*numerus clausus*)인 면이 있다. 이것은 곧 문화적 가치를 전형화하고 있다는 의미이기도 하다.⁶¹⁾

넷째, ‘유형성’ : ‘부동산과 동산’이라고 규정함으로써 문화재는 ‘유형성’(materialità)을 가지고 있을 것을 요한다. 같은 법이 인정하는 규범적인 유형은 실재적인 물건, 즉 전통적인 유체물일 것을 요한다(*res quae tangi possunt, Gaio*). 물론 부동산이나 동산 이외의 이른바 ‘무형문화재’(i beni culturali immateriali)의 중요성은 날로 증가하고 있다. 이미 폐지되었지만 1999년 단일법(T.U.) 제4조에서는 “새로운 문화재유형”(Nuove categorie di beni culturali)에 관한 규정을 두었었다.⁶²⁾ 현재는 ‘무형문화재’에 대한 규정을 현행 문화재 및 경관재법 제2조 제2항의 말미에다 둘 것인지에 대한 논쟁이 활발하다.⁶³⁾ 그리고 2003년 11월 3일 무형문화재 보호를 위한 유네스코 협약에 따라, 2008년 입법명령 제62호를 근거로, 문화재 및 경관재법 제7조의¹⁶⁴⁾을 신설하여 ‘무형문화재’에 대하여 같은 법 제10조를 적용할 수 있는 보호요건을 두도록 규정하였다.⁶⁵⁾

2. ‘문화재’ 개념의 규범적 평가요소

2.1 범 문화주의(panculturalismo)

이탈리아 로마의 시스티나 성당벽화는 물론, 동양의 시스티나 벽화로 비견되는 범룡사 금당벽화나 인상파의 시스티나벽화라고 하는 모네의 인상, 해돋이가 문화재라고 보는 데에는 별 이론이 없을 것이다. 이중섭의 자필 사인은 물론 사후의 모작들, 증명에 사용하려고 인쇄기로 복사한 것 등이 문화적 자료로서의 가치를 갖는 것이면 문서로서의 중요성과 보호의 가치를 가질 수 있다는 점이 보편적으로 인정되고 있다.⁶⁶⁾

60) Ibid, p. 29.

61) Gianluca Famiglietti, op. cit., pp. 20-21.

62) “Beni non ricompresi nelle categorie elencate agli articoli 2 e 3 sono individuati dalla legge come beni culturali in quanto testimonianza avente valore di civiltà”.

63) Gasparini Lucia, “Il patrimonio culturale immateriale Riflessioni per un rinnovamento della teoria e della pratica sui beni culturali”, *Vita e Pensiero*(e-book), Milano, 2014; Bartolini Antonio, “L’immaterialità dei beni culturali”, *Aedon*, 2014; Morbidelli, Giuseppe, “Il valore immateriale dei beni culturali”, *Aedon*, 2014.

64) 제7조의 1 (1)Espressioni di identità culturale collettiva.

65) Gianluca Famiglietti, op. cit., pp. 22, 43-52.

그런데 ‘문화적 가치를 가지는 증거’로서의 문화재 개념에 따라, ‘예술적 문화재’가 관념적 직관에 의한 서정적 작품들에 한정되지 않고, ‘역사적 문화재’가 지배층 여부를 떠나서 자신과 일체가 되는 역사는 모두 포함될 수 있다는 정의규정만으로 문화재 개념에 관련된 문제가 모두 해결되는 것은 아니다. 이 문화재 개념으로는 정의하기 곤란한 문제들이 남아있다.

예컨대 ‘다다이즘’이나 ‘개념주의’⁶⁷⁾적 작가들이 주장하듯이, 예술가가 다시 생각하고 창조적인 생각으로 통상적인 물건(ready made)을 채택한 순간에 모두 예술이 된다고 선언한다면, 무한하게 복제해 나가는 생산품까지도 포함해서 모두가 문화개념에 포함될 수 있다. 이렇게 일반화가 되어버리면 일반 가재도구나 작업도구, 의복이나 식기류나 주방용구까지도 마찬가지로 생각할 수 있게 된다.⁶⁸⁾⁶⁹⁾

2.2 규범적 평가요소

그러나 비록 ‘문화’나 ‘예술’에 대한 관점에 따라 광범위하게 확장될 수 있는 문화재 개념이지만, 문화유산이라는 의미에서는 그 ‘중요성’을 ‘객관적’으로 담보하여야 할 것이다.⁷⁰⁾ 즉 규범적으로 보호해야 할 대상이 무엇인지를 한정하고 이를 확정하기 위해서는 그 규범적인 ‘요소’를 살펴볼 필요가 있다.

현행 이탈리아 문화재 및 경관법에서는 외부적 요소로서 ‘시간성’과 내부적 요소로서 ‘대표성’ 내지 ‘의미성’을 확보하고 있다.

2.2.1 시간성

문화적 가치를 갖는 것들이 문화재로서 법적 보호를 받기 위한 첫 번째 규범적 제한은 ‘시간성’에 의한 제한이다. 동산은 ‘50년’, 부동산은 ‘70년’이 경과한 경우에 보호를 받는

66) Fabrizio Lemme, op. cit., p. 15.

67) 개념미술: 완성된 작품 자체보다는 제작상의 아이디어나 과정을 예술로 보는 반 미술적 제작 태도를 말한다. 개념미술의 선구자라 할 수 있는 마르셀 뒤샹(Marcel Duchamp)이 1913년 “기성품을 작가가 선택하는 행위 자체가 미술이다.”라고 말한 데에 기원을 두고 있다. 대표적인 작가에는 조셉 코수스(Kosuth) 등이 있다(네이버 지식백과, 개념미술, 시사상식 사전, 박문각).

68) Fabrizio Lemme, op. cit., p. 15.

69) 마르셀 뒤샹과 조셉 보이스(Joseph Beuys)에 의하면 직접 창조하는 그 자체의 행동으로써 예술성을 인정하므로 통상적으로 사용되는 그 어떤 물건이라도 예술품이 될 수 있다.

70) Gianluca Famiglietti, op. cit., p. 18.

다. 즉, “제10조 제1항에서 규정한 대로 작가가 생존하지 않고 제작을 한 때로부터 50년이 경과한 동산, 70년이 경과한 부동산은 제2항의 감정(인증: *verifica*)이 시행될 때까지 본 부(*parte*)의 규정에 따른다.”(동법 제12조 제1항).⁷¹⁾

2.2.2 대표성

50년 또는 70년이라는 시간적 요소 이외에 물건 그 자체에 내재하는 성질에서 도출되는 합리적 기준이 필요하다. 즉 특정 시점에서의 인류 문화적 ‘중요성’(*significativita*) 내지 ‘대표성’(*rappresentativita*)을 그 물건 자체가 가지고 있어야 한다. 인류문화의 한순간을 그 자체가 대표한다는 점에서 보호할 가치가 있다고 평가하는 것이다. 이 대표성이 그 자체만이 아니라 그것과 일체성이 있는 다른 것들과의 관련성으로 중요한 것으로 평가될 수 있다. 이런 점에서 보호대상이 되는 물건과 환경 사이의 상호맥락이 가치를 판단하기 위한 기준으로 인정된다.⁷²⁾⁷³⁾

그리하여 평가의 통일성을 보장하기 위하여 행정부가 결정한 일반적인 특징을 바탕으로 예술 및 역사, 고고학적 및 인류학적 가치의 존재를 ‘감정’하여야 한다(같은 법 제12조 제2항). 사적 재산에는 ‘지정’(指定) 조치(*dichiarazione*)를 한다(같은 법 제13조).

3. 국가의 법적 조치

이러한 ‘문화유산’에 대해서, 국가는 ‘보호’(*tutela*)(제3조 제1항), ‘활용’(*valorizzazione*)(제6조 제1항), ‘보존’(*conservazione*)(제29조 제1항, 제32조, 제34조)의 법적 조치를 한다.⁷⁴⁾

71) 개별 문화재의 가치, 그 문화재의 성격에 따른 시간적 차이를 인정해야 한다. 이와 관련해서는 1992년 유럽입법규정 제3911호와 1993.3.15.의 유럽입법지침 제93호를 검토할 필요가 있다.

72) Fabrizio Lemme, op. cit., p. 16.

73) 하나의 물건은 기록적인 가치를 가질 때 중요한 의미를 가진다. ‘문서’는 어떤 역사적 사실에 대한 구체적인 증거가 된다. 이것은 되풀이될 수 없는 배타적인 물건이 아니지만, ‘증명하는 대상’(*thema probandum*)으로서의 가치를 가지기 때문이다. 이런 문서는 그 자체로서 부족할 뿐만 아니라 물건들 상호관계에서 존재하지 않은 다른 중요한 것들을 도출할 수 있기 때문이다. 이것은 전체적인 문맥으로서 윤리규범적인 가치를 가진다(*Ibid.*, p. 17).

74) 2004.1.22.의 입법명령 제42호(Dlgs. n. 42)에서 국가의 ‘문화유산’에 대한 국가의 조치규정을 세 가지 유형으로 나누었다. 첫째, 문화유산의 보호는 “적합한 인식활동에 기초하여 문화유산으로서 지정하고 공적 이용을 위한 보호와 보존을 보증하기 위한 직접적인 활동을 규율하고 기능행사를 하는 것으로 구성된다”(제3조 제1항). 둘째, 문화유산의 활용은, “문화발전을 촉진할 목적으로, 문화유산의 인식을 촉진하고, 그 유산의 활용과 공적 이용의 최선의 조건을 보증하기 위한 직접적인 활동규정과 기능행사로 구성한다. 여기에는 문화유산조치로서의 촉진과 지지를 포함한다.”(제6조 제1항)(문화재에 대한 자금원조로는 제120조 참조) 셋째, “문화유산의 보존은 일관되고 조정되며 계획된 연구, 예방, 관리와 복구활동을 통하여 보장된다.”(제29

IV. 결 론

‘문화재’ 개념은 고도의 전문적이고 기술적인 ‘문화재행정’에 대한 ‘법률유보’라는 관점에서, 국가의 ‘보호’, ‘활용’, ‘보존’과 같은 법적 조치를 해야 하는 문화적 가치를 가져야 한다.

지금까지 우리는 예술적·역사적 문화재 개념을 극복하고 ‘문화적 가치의 증거’를 전체적인 맥락에서 파악하는 현대적 문화재개념으로서, 이탈리아 문화재 및 경관재법의 역동적이고 혁신적인 문화재개념을 살펴보았다. 아울러 그 ‘개방성·복수성·정형성·유형성’이라는 특징도 함께 살펴보았다.⁷⁵⁾ 또한 보호할 대상의 확장으로 인한 위험성을 외부적인 시간적 한계와 내부적인 중요성이나 대표성에 의해 규범적으로 제한하는 것까지 검토하였다.

문화의 일시적이고 상대적인 특성, 고도의 전문화된 문화재행정의 특성 때문에 실제로 이 기준을 ‘적용’하는 단계에서 비록 위법하지는 않지만 실무담당자의 부당한 처분 때문에 위 규범적 기준이 왜곡되거나 확장될 우려가 있다는 점을 주의할 필요가 있다. 미국박물관에서는 새로 온 큐레이터가 선임자가 사들인 작품들을 매각하고 자신의 애호 작품으로 대체하는 행위들이 빈번하다고 한다. 미국과 같이 다소 젊고 낙천적인 나라에서는 일어날 수 있는 일이지만, 과거의 전통에 지속적으로 연결되어 수십 세기를 거쳐 이론과 규범이 정착되어있는 보수적인 유럽국가들에서는 일어나기 어려운 일이다. 이러한 자의나 편견에 의한 부당한 행정조치를 방지하기 위한 근본적인 대책은 문화재 보호의 직무를 맡고 있는 공무원들에게 기술적인 관할을 보장해 주고 전문적이고 기술적인 능력을 확보할 수 있는 방안을 마련하는 것이다.⁷⁶⁾

조 제1항)(의무화된 보존조치에 대해서는 제32조 참조, 이 의무화된 보존조치에 대한 재정부담에 대해서는 제34조 참조).

75) Sveva Rossi, op. cit., p. 15.

76) Fabrizio Lemme, op. cit., p. 18.

참고문헌

1. 단행본

- 김창규, 문화재법학(I), 동방문화사, 2015.
- 문화재보호법총론, 동방문화사, 2011.
- 김두진, 문화재보호법제 개선방안, 법제처 한국법제연구원, 2002.
- 아라이 신이치, 이태은/김은주 옮김, 약탈문화재는 누구의 것인가, 태학사, 2014.
- 이상정, 미술과 법, 세창출판사, 2010.
- 정진석, 1954년 헤이그협약 운용체계 및 국내 제도 · 법률 정비방안 연구보고서, 문화재청, 2010.
- 현승중/조규창, 로마법, 법문사, 2004.
- Alessandro Crosetti, *Diego Vaiano. Beni Culturali E Paesaggistici*, G. Giappichelli Editore, 5. ed., 2014.
- Andrea De Liberis, *Stefania Valente, Arte Tra Storia E Diritto*, Fratelli Spada Editori, 1997.
- _____, *Atti del 1 congresso Nazionale*, Euroconsulart Editore, 1998.
- Cian Trabucchi, *Commentario Breve al Codice Civile*, Cedam, 2009.
- Fabrizio Fracchia, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, 2014.
- Fabrizio Lemme, *Compendio di Diritto dei Beni Culturali*, Cedam, 2013.
- Gianluca Famiglietti, *Nicola Pignatelli, Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, I. ed*, Nel Diritto Editore, 2015.
- Guido Alpa, *Vincenzo Zeno-Zencovich, Italian Private Law*, Routledge · Cavendish, 2006.
- Riccardo Scarpa, *Istituzioni Giuridiche Storiche dei Beni Culturali ed Ambientali*, Euroconsulart, 2000.
- Rita Rolli, *Codice del Consumo*, CasaEditriceLa Tribuna, 2008.
- Vincenzo Roppo, *Istituzioni di Diritto Privato*, Monduzzi Editore, 2008.

2. 학술지

이근관, “문화재의 기원국반환의 최근 동향 : 이탈리아 사례를 중심으로”, 서울국제법연구, 제15권 제1호, 통권 28호, 221~245쪽.

Bartolini Antonio, “L’immaterialità dei beni culturali”, *Aedon*, 2014.

Gasparini Lucia, “Il patrimonio culturale immateriale Riflessioni per un rinnovamento della teoria e della pratica sui beni culturali”, *Vita e Pensiero*, Milano, 2014.

Morbidelli, Giuseppe, “Il valore immateriale dei beni culturali”, *Aedon*, 2014.

Stella Richter, “La nozione di patrimonio culturale”, *Foro amm. CdS*, 2004.

Sveva Rossi, “La sponsorizzazione dei beni culturali volano per il rilancio dell’economia nazionale di Avvocato del foro di Padova”, *Azienditalia*, 2014.

3. 학위논문

박정희, “문화재보호에 관한 법적체계와 실현방안 연구”, 목포대학교 박사학위논문, 2008.

[Abstract]

Concetto di “Codice dei beni culturali e del paesaggio” in Italia

Kim, Min-Dong*

Le recenti esperienze culturali hanno superato il concetto ristretto di bene artistico e storico. Nuova visione e' bene culturale qualunque testimonianza del divenire umano nella storia. I beni culturali vengono definiti dall'art.2, comma 2 del Codice, per il quale appunto “Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali *testimonianze aventi valore di civiltà*”.

Il concetto generale emergente dalla norme, dunque, e' quello del bene culturale inteso quale *testimonianze aventi valore di civiltà* di cui alla *Prima di chiarazione* della già ricordata Commissione Franceschini, attraverso il quale, c.d. estetizzante del *quid proprium* di tali beni, prevalente fino almeno agli anni cinquanta del scorso, ispirata all'idea che si potesse riconoscere il carattere di bene culturale unicamente ai beni di pregio o di rarità eminenti.

Una simile dilatazione dell'oggetto della tutela determina un rischio di omnicomprensività. Quest'ovvia constatazione pone la necessità di delimitare l'oggetto della tutela, in se stesso illimitato.

In prima limitazione, che si coglie sul piano normativo, ha carattere temporale. E poi la significatività o rappresentatività, che si aggiunge al dato temporale.

I principi esposti, sul piano applicativo possono essere distorti o dilatati, in rapporto alla cosa singola, quasi ad arbitrio di chi ne sia preposto all'applicazione. La competenza tecnica dei funzionari preposti alla tutela e' dunque una fondamentale garanzia per tutti coloro che di tale tutela debbono risentire gli eventuali effetti pregiudizievoli.

* Prof. College of Law, Kwangwoon University

[Key Words] Patrimonio culturale, I beni culturali, i beni paesaggistici, Italia, Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio