

이상정 교수 화갑기념호  
[Book Review]

## 이상정, 「미술과 법」 세창출판사, 2009

박 현 일\*  
(Park, Whon-II)

### I. 미술과 법의 교차영역

지난 6월 말 서울옥션에서 이중섭의 <황소>(세로 35.3cm, 가로 51.3cm 종이에 유채)가 경매에 부쳐졌을 때 박수근의 <빨래터>가 기록한 낙찰가를 깨뜨리지 않을까 비사한 관심을 모았다. 이중섭과 박수근은 여러 모로 닮았다. 일제하에서 태어나 생전에는 별로 인정 받지 못하고 불우한 삶을 살았거나 사후에 국민의 정서를 대변하는 ‘국민화가’로 추앙을 받으며 그림이 인기를 끌게 되자 위작 논란에 휘말린 것이나 비슷하다.



이중섭의 <황소>는 그림처럼 박력있게 34억원에서 출발하여 2천만원씩 호가가 올라갔으나 이내 35억6천만원(US\$3백만)에서 멈추었다. 2007년 5월 박수근의 <빨래터>가 33억원에서 출발하여 5천만원씩 값을 올리며 10분 이상 경합을 벌인 끝에 45억2천만원에 낙찰된 것과는 달랐다.<sup>1)</sup>

\* 경희대 법학전문대학원 부교수, 경희법학연구소 연구위원, 법학박사.

1) 박현주(미술 칼럼니스트), “황소 35억6천만원 낙찰, 이중섭 작가 최고가 기록”, 파이낸셜 뉴스 2010.06.29, 21:29 <<http://www.fnnews.com/>>.

위의 기사에서 볼 수 있듯이 미술품도 상당 부분이 법의 영역에 속해 있음을 알 수 있다. 우선 미술작품은 누군가의 소유에 속하고 경매(auction) 방식으로 거래되기도 한다. 반 고흐의 그림처럼 네덜란드 정부에 영구 임대(permanent lease) 되어 국립미술관에서만 전시되는 경우도 있다.

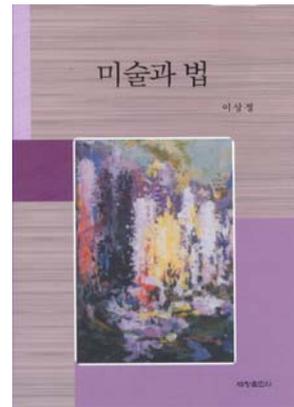
둘째, 미술품은 희소성이 있는 다른 자산과 마찬가지로 투자대상이 될 수 있다. 활동 중인 화가는 세계적인 미술관에서 작품 전시회가 열렸거나 국제 경매와 아트페어에 이름이 자주 이름이 오르내려야(name value) 하고, 고인인 경우에는 유작이 많아 자주 거래되어야(liquidity) 가치가 올라가게 된다. 어찌됐든 미술품의 거래는 계약 방식으로 이루어진다.

셋째, 미술품은 지적재산권(IP rights)의 보호 대상이다. 유명 작품을 모방하여 만들 수도 있지만 일정 선을 넘으면 저작권 침해가 되고 위작(僞作) 논란이 벌어지기도 한다. 이와 관련하여 저작권 보호대상인 미술품인지 시비가 붙을 수도 있다. 오래 된 미술품은 문화재로서 별도의 법에 의하여 보호를 받는다.

## II. 개념미술의 등장과 법의 역할

우리나라 저작권법의 태두 이상정 교수가 2009년 「미술과 법」이라는 다소 이색적인 책을 출간했다. 저자의 머리말을 보면 오래 전부터 미술과 관련된 법적 문제를 종합적으로 정리해볼 생각이 있었다고 하는데, 아무래도 서양화가 이덕순 화백의 부군으로서의 미술에 대한 지대한 관심 내지 외조(外助)의 동기가 크셨을 것 같다.

저자는 이 책의 첫머리에서 미술의 정의(definition)부터 논한다. 이덕순 작 <고향의 집>(시골집 외양간에 있는 암소와 송아지를 사실적으로 그린 유화)이나 이중섭 작 <황소>의 그림이 미술에 속한다는 점을 의심하는 사람은 없겠지만, 피카소 작 <황소의 머리>(자전거 안장과 손잡이를 결합하여 소머리 형상으로 만든 조형물)도 미술작품인가 의문이 제기될 수 있다고 말한다. 그러면서 소의



목에 다는 방울(위낭)을 <소>라는 작품으로 경매에 내놓거나, 심지어는 ‘소’에 관한 정의를 캔버스에 써 놓고 전시하면서 미술작품이라고 해도 그렇게 인정해야 할지 독자들의 의견을 묻고 있다.

미술이라는 용어가 일상적인 것에 그치거나 미술계에 한정된 것이라면 미술을 어떻게 정의하던 법률가가 관여할 바 아니나 그것이 법과 관련된 개념이라면 보다 정확하고 분명한 정의가 필요하다. 그러나 미술이 법과 관련된 개념임에도 관련 법률에서도 그 정의는 찾기 힘들다.<sup>2)</sup>

저자는 국어사전과 「박물관 및 미술관진흥법」, 「문화예술진흥법」, 「저작권법」 등의 법규정을 인용하여 어느 것이 미술작품으로 보호받을 수 있는 것인지 국내외 사례를 비교해가면서 설명하고 있다. 그리고 마침내 다음과 같이 결론을 내리고 있다.

미술이라는 개념은 일의적(一義的)으로 정의될 수는 없으며, 미술이라는 개념이 사용되고 있는 법이나 상황이나 문맥에 따라 달라질 수 있으므로 미술이라는 개념을 정의하려면 먼저 그것이 사용되고 있는 법의 목적, 상황, 문맥을 판단하고 고려하는 것이 중요하다.<sup>3)</sup>

저자는 이러한 현상이 개념미술(conceptual art)과 같은 현대 미술의 영향이라고 설명하고 있다. 이는 미술작품이 다른 예술의 장르와 마찬가지로 단순히 감상하는 것에서 이해하는 것으로 바뀌면서 나타난 현상이라 할 수 있다.

이를 테면 현대 미술의 도화선이 되었다고 하는 마네 작 <풀밭 위의 점심식사>(1863)가 그러하다. 150년 전 프랑스의 화단에서는 숲속에서 정장 차림의 두 신사가 올 누드의 젊은 여성과 함께 앉아 점심을 먹으며 이야기를 하는 그림이 너무 파격적이고 외설적이라고 했다. 마네의 그림은 파리 미술전람회에서 보기 좋게 탈락하고 말았다. 그러나 젊은 시인, 소설가들이 마네를 지지하고 나섰다. 보들레르는 이 그림을 가리켜 “장밋빛 보석 같은 예기치 못한 아름다움”이라고 극찬했고, 에밀 졸라는 “지금은 사람들이 마네의 그림에 돌팔매질을 하지만 이 그림이 언젠가 미술관에 걸릴 것”이라고 예견했다. 그 무렵 세잔느 역시 빛의 흐

2) 이상정, 「미술과 법」, 6쪽.

3) 위의 책, 11쪽.

름에만 신경을 곤두세운 나머지 둥그스름하고 아른아른하게만 그리던 인상과 화가들과는 달리 젊은 여성의 젓가슴을 삼각형의 원추 모양으로 그렸다. 그의 작품 역시 파리 미술전람회에서 낙선하고 말았지만, 보는 사람에게 각자의 상상력으로 알아서 감상하라는 엄청난 요구를 했던 것이다.<sup>4)</sup>

### III. 미술작품과 창작의 자유

권력자가 예술의 기준을 정하고, 그 기준에 맞지 않는 예술작품을 몰수하고 파괴한 사례는 독일의 히틀러 정권이 대표적이다. 현대 미술이 난해하다고 외면하는 사람들조차 다음의 처사는 진상황이 그에게 반대하는 유학자들을 땅에 묻고 책을 불사른 ‘분서갱유’ 사건 못지않다고 말할 것이다.

나치는 공공박물관과 미술관에서 모든 현대 미술을 추방했고, 그 다음엔 개인 소장품에 대한 파괴와 몰수 작전에 나섰다. 여기엔 사실상 모든 현대 미술과 유대인 작품이 포함되었으며, 특히 20세기 초 유럽에서 꽃피던 인상주의, 야수파, 입체파, 다다이즘, 표현주의, 초현실주의 등의 작품이 모두 포함되었다. 그 때 몰수된 약 1만 6~7천점의 작품 중 650점을 골라 “퇴폐예술전시”라는 제목으로 1937년 뮌헨에서부터 전시를 시작했다. 전시 후에 몰수된 작품 전체가 경매에 붙여졌다. 경매 후 시장가치가 없는 4천여 점은 소각되거나 일부는 매장되었다.<sup>5)</sup>

저자는 미술작품 창작의 자유와 관련하여 ‘음란성’(obscenity)에 대하여 우리나라의 실정법 규정과 판례, 외국의 사례를 서로 비교하면서 소개하고 있다.<sup>6)</sup>

우리나라에서는 고야 작 <나체의 마야> 그림을 성냥갑에 복사해 붙인 사건이 음란성에 관한 최초의 대법원 판례<sup>7)</sup>로 기록되었다. 우리 대법원은 음란성과 관

4) 조영남, 「현대인도 못 알아먹는 현대 미술(Who cares Modern Arts)」, 2010, 89쪽.

5) 이상정, 앞의 책, 30쪽에서 전제.

6) 위의 책, 31~39쪽.

7) 대판 1970.10.30, 70도1879.

련하여 판례의 변천을 겪은 바 있다. 가장 최근에는 2008년 “‘음란’이라는 개념은 사회와 시대적 변화에 따라 변화하는 상대적이고도 유동적인 것이고, 그 시대에 있어서 사회의 풍속, 윤리, 종교 등과도 밀접한 관계를 가지는 추상적인 것”이라 전제하고 “구체적인 판단에 있어서는 사회통념상 일반 보통인의 정서를 그 판단의 기준으로 삼을 수밖에 없다고 할지라도, 이는 일정한 가치판단에 기초하여 정립할 수 있는 규범적인 개념”이라고 말하고 다음과 같이 음란의 개념을 정의하였다.

‘음란’이라 함은 사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것으로서, 표현물을 전체적으로 관찰·평가해 볼 때 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 존중·보호 되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로, 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치를 지니지 아니하는 것을 뜻한다고 볼 것이고, 표현물의 음란 여부를 판단함에 있어서는 표현물 제작자의 주관적 의도가 아니라 그 사회의 평균인의 입장에서 그 시대의 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다.<sup>8)</sup>

이 사건은 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에서 규정하고 있는 ‘음란’의 개념을 둘러싸고 문제가 된 것이다. 대법원은 영상물등급위원회로부터 18세 관람가로 등급 분류를 받은 비디오물의 “동영상들을 전체적으로 관찰·평가해 볼 때 그 내용이 상당히 저속하고 문란한 느낌을 주는 것은 사실이라고 할지라도, 이를 넘어서서 형사법상 규제의 대상으로 삼을 만큼 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것이라고 단정할 수는 없다”고 말하고 원심을 파기·환송하였던 것이다.

저자는 2008년에 대법원 판결이 바뀐 데에는 헌법재판소 결정의 영향도 있었을 것이라고 분석한다. 1998년 헌법재판소는 저속한 표현과 음란한 표현을 구분한 후 저속한 표현은 음란한 표현과는 달리 헌법상 표현의 자유 내에 있으며, 이

8) 대판 2008.3.13, 2006도3558.

를 규제할 수는 없으나 음란한 표현물은 헌법의 보호 밖에 있으며 이를 규제할 수 없다고 보았다. 헌법재판소가 청소년보호를 이유로 성인이 볼 수 있는 간행물까지 ‘저속한 간행물’로 금지시킨 것은 성인의 알 권리의 수준을 청소년 수준으로 맞출 것을 국가가 강요하는 것이어서 ... ‘저속한 간행물’ 부분은 명확성의 원칙에 반할 뿐만 아니라 출판의 자유와 성인의 알 권리를 침해하는 규정인으로서 헌법에 위반된다”고 위헌(違憲) 결정을 내렸던 것이다.<sup>9)</sup>

이미 미국에서는 1996년 연방통신법 제5장에 인터넷 상의 통신품위법(Communications Decency Act of 1996: CDA) 규정을 신설하고 수신자가 18세 이하임을 알면서 음란하거나 저속한 메시지(obscene or indecent message)를 전송하지 못하도록 금지하였다.<sup>10)</sup> 시민단체에서는 비록 청소년보호를 위해 인터넷 상의 유해물로부터 청소년 접근을 차단하는 것이 필요할지라도 표현의 자유와 관련하여 방법론상의 문제가 있음을 지적하였다. 이 법이 시행되자마자 미국시민자유연맹(American Civil Liberties Union: ACLU)을 비롯한 여러 단체에서는 아무리 청소년 보호라는 취지가 좋더라도 법 규정의 모호성으로 인하여 성인의 ‘표현의 자유’가 침해받아서는 안 된다고 소송을 제기하였다. 1997년 자넷 리노 법무장관 대 미국시민자유연맹 사건<sup>11)</sup>에서 연방대법원은 법조문에 있어서 ‘저속한’과 ‘동시대의 사회적 기준에 비추어 명백히 자극적인(‘contemporary community standards’, ‘patently offensive way’) 성적인 또는 배설을 위한 기관을 내용적으로 묘사하고 표현한 것의 의미가 모호하여 두 가지 기준을 어떻게 연관지워야 할지 불확실하다고 지적한 후 내용상으로(content-based) 표현의 자유를 제한하는 규정은 최소한 필요한 수준에서 ‘좁고 엄격하게’ 규정할 것(narrowly tailored)을 요한다는 헌법상의 원칙을 재차 확인하면서 반대 잡으려고 초가삼간 태우는(burning the house to roast the pig) 식으로 표현의 자유를 제한할 수 없다고 판시했다.<sup>12)</sup>

사실 언론정보학계에서도 음란(obscenity)과 외설(indecency)은 엄격히 구분할 필요가 있다고 본다. 음란은 헌법상 표현의 자유를 누릴 수 없는 금지영역의 성적 표현물(hardcore pornography: 예: 아동 포르노그래피, 폭력적 포르노그래피)이지만,

9) 현재결 1998.4.30, 95헌가16.

10) 47 U.S.C.A. §223(a)(b).

11) *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

12) 박원일, “인터넷 상의 청소년보호에 관한 한국과 미국의 법제 비교 고찰”, 경희법학 제43권 제1호(춘강 김병목 박사 정년퇴임 기념호), 2008.6.30, 246~248쪽.

외설이나 선정적인 표현은 관리영역의 성적 표현물(softcore pornography)로서, 이는 청소년의 접근이 문제될 뿐이다. 즉, 음란은 청소년의 정신적 평온을 침해할 위험이 크기 때문에 법적 규제가 합리화되지만 외설은 청소년의 접근만 차단한다면 법적으로 문제가 없게 된다.<sup>13)</sup>

#### IV. 예술가에게 따르는 제약

미술을 하는 예술가에게는 그밖에도 많은 유형·무형의 제약이 따른다. 저자는 1980년 UNESCO가 채택한 「예술가의 지위에 관한 권고(Recommendation concerning the Status of Artist)」를 예로 들면서 문화국가를 지향하는 국가에서는 마땅히 미술가에게 특별한 배려를 해야 함을 강조하고 있다.

화가들이 자칫 피해를 입기 쉬운 사례로는 유독성 물감으로 인한 화학물질 중독, 결합 있는 재료의 사용에 따른 부상의 위험성이 있다. 또 일정한 수입을 올리기 어려운 직업의 특성상 사고를 당했을 때 일일수입의 산정을 둘러싸고 불리한 판정을 받을 우려가 있다.<sup>14)</sup>

우리나라에서는 시사성 있는 걸개 그림과 관련하여 국가보안법에 의거한 이적 표현물 작성 등의 죄가 종종 문제가 되었다.<sup>15)</sup> 외국에서는 그림을 통하여 명예를 훼손하였다거나, 대학 천정화 그림을 둘러싸고 화가와 학교 및 교육부 당국이 갈등을 빚은 에피소드를 소개하고 있다. 이 사건은 우리나라에서도 많은 인기를 끌고 있는 오스트리아의 화가 구스타프 클림트가 비엔나 대학의 천정화 3부작 <철학>, <의학>, <법학> 연작 그림을 그릴 때 벌어졌다. 그런데 안타깝게도 나치가 오스트리아에서 퇴각을 할 때 이 그림이 보관되어 있는 성에 불을 놓아 모두 소실되고 말았다.<sup>16)</sup>

아마도 미술가들이 가장 애로를 느끼는 사항은 재정적인 어려움일 것이다. 그

13) 김광호, “사이버공간에서의 건전한 성인정보제공 - 자율규제를 중심으로”, 사이버공간에서의 건전성인정보제공에 관한 공청회, 2000.7.25.

14) 이상정, 앞의 책, 20~27쪽.

15) 위의 책, 39~46쪽.

16) 위의 책, 53~56쪽.

령기에 근대 이전의 서구사회에서는 왕이나 귀족이 예술가의 후원자가 되어 예술작업에 몰두하도록 했다. 그러나 현대사회에서는 예술가 스스로 생활비는 해결해야 한다는 전제 아래 예술활동에 한해서만 지원을 하는 것이 보통이다. 우리나라에서도 예술가에 대한 지원은 문화예술진흥법을 통해 이루어지고 있다. 저자는 문화예술진흥법을 해설하면서 미술은행제도, 건축물에 대한 미술장식제도,<sup>17)</sup> 메세나 활동, 공공미술(예컨대 서울 테헤란로 포스코 센터 앞의 거대한 철 조형물 <아마벨>을 둘러싼 논란 등)에 대하여 설명하고 있다. 저자는 파리의 상징물이 된 에펠 탑이 처음 세워졌을 때에도 엄청난 논쟁이 벌어졌음을 상기시킨다.<sup>18)</sup>

바람직하기는 첫머리에서 소개한 것처럼 미술품 시장과 경매시장이 번창하여 재능있는 화가의 그림을 활발히 팔고 사게 하는 것이다. 이 책은 화랑, 경매회사의 거래구조와 거래방식, 법적으로 문제될 수 있는 점을 자세히 설명하고 있다. 뿐만 아니라 거래 미술품이 유형문화재나 민속자료에 해당하는 경우의 문화재매매에 대하여도 주의를 환기시키고 있다.<sup>19)</sup>

## V. 미술품과 관련된 제반 문제

저자는 지재권 전문가로서 미술품의 위조와 그에 따른 법률문제를 자세히 설명하고 있다. 나아가 미술품 감정, 감정인의 책임에 대해서도 상당한 지면을 할애하고 있다. 미술평론과 관련하여서는 미술가나 작품을 비방하는 것이 민·형사적으로 문제가 될 수 있는지 논하였다. 레오나르도 다 빈치의 그림인지 여부를 둘러싸고 벌어진 법정공방전<sup>20)</sup>을 계기로 공정 논평(fair comment) 법리가 발전하였다고 한다. 공공의 이익과 관련된 문제에 공정한 비평 내지 논평을 하는 것은 당해 논평이 악의적으로 된 것이 아닌 한 책임을 지지 않는다는 것이다. 논평은 사실적으로 정확해야 하고, 논평은 평가를 받는 자의 인격, 성격, 미술가로서의

17) 문화예술진흥법 제9조에 의하여 건축비의 1%를 미술장식에 쓰도록 의무화한 것을 말한다. 1995년 전에는 권장사항이었다.

18) 이상정, 앞의 책, 57~72쪽.

19) 위의 책, 74~92쪽.

20) *Hahn v. Duveen*, 234 N.Y.S. 185 (N.Y. Sup. Ct. 1929).

직업적 능력에 관한 것이 아니라 작품 그 자체에 대한 논평이라야 한다. 그러한 논평이라면 결과적으로 평가를 받는 자의 직업적 명성에 흠이 거거나 그에게 금전적 손실이 발생하더라도 평가자는 보호를 받게 된다.<sup>21)</sup>

그 밖에도 이 책은 미술품과 보험, 미술품과 세법, 박물관 및 미술관 사업, 진흥방안, 운영 등에 관하여 서술하고 순수미술과 응용미술의 보호가 현행법상 어떻게 다른지, 디자인의 보호에 관한 디자인보호법과 부정경쟁방지법의 규정은 무엇이 다른지 설명하고 있다. 그동안 사각지대에 놓여 있던 컴퓨터 활자체(digital font)에 대한 법적인 보호를 위하여 2004년에 개정된 디자인보호법 및 심사기준, 보호방법에 대해서도 자세히 설명하고 있다.

끝으로 저자는 문화재의 보호와 문화재 등의 도난·약탈을 둘러싸고 일어나는 선의취득(innocent acquisition)과 같은 법적인 이슈와 실제로 문제가 된 사건들, 문화재의 국제적 보호에 대하여 언급하고 있다. 최근 우리 정부는 프랑스가 병인양요 때 약탈해간 외규장각 도서를 영구임대 방식으로 되돌려 받기로 했다. 이것은 이미 프랑스의 문화재이자 공물(公物)로 등록해 놓은 프랑스의 국내법적 문제를 해소하고 반환 반대여론을 무마하는 작업이 필요한 것임을 보여준다. 이 책은 그리스가 영국이 약탈해간 파르테논 신전의 대리석 조각(Elgin Marbles)을 되찾기 위해 지난 200년 동안 줄기차게 노력해온 점을 본받아 일제 강점기에 일본이 약탈해 간 문화재를 되돌려 받기 위하여 우리가 무엇을 어떻게 해야 하는지에 대해서도 시사점을 던져주고 있다.<sup>22)</sup>

한 가지 빼놓아서는 안 될 것은 이 책의 말미에 소개한 참고문헌 목록이다. ‘미술과 법’, ‘문화재와 법’, ‘지적재산법 관련’ 기타 미술 관련 분야별로 잘 정리되어 있는 참고문헌들은 이 분야를 심도 있게 공부하려는 후학들에게 좋은 길잡이가 될 것이다.

21) 이상정, 앞의 책, 172쪽.

22) 위의 책, 394-400쪽.

