

제3세대 인권의 객체로서의 문화유산

— 블록체인 기반 DAO를 통한 새로운 가능성 모색 —

이재홍*

목차

I. 서론	III. 문화유산에 대한 제3세대 인권의 새로운 가능성: 문화유산 DAO
II. 제3세대 인권과 문화유산	IV. 결론

I 국문초록 I

문화유산은 다양한 주체들 사이의 연대는 물론이고, 공간적, 시간적 연대까지 아울러 인식할 때 효과적으로 보호하고 활용할 수 있기 때문에 개인성에 기반한 종래의 제1세대나 제2세대 인권으로는 충분히 보호하고 활용하기 어렵다. 또한 문화유산은 개인의 정체성과 존엄의 기틀이 될 수 있을 뿐 아니라 그 자체로 유일무이한 내재적 가치가 있으므로 이를 두텁게 보호할 필요성이 있다. 따라서 Karel Vasak이 주장한 것과 같이 문화를 제3세대 인권인 인류의 공통유산에 대한 소유권으로 보호할 필요성은 수긍할 수 있다. 그러나 문화유산을 제3세대 인권의 객체로 포착하여 그 권리를 구체화하는 작업 앞에는 소유권 문제나 다층적 공공성 문제라는 난관이 놓여 있다. 그런데 최근 개방성, 투명성, 익명성, 탈중앙집권성을 구현하면서도 구성원 사이의 신뢰를 담보할 수 있는 블록체인이라는 신기술이 등장하였

* 헌법재판소 선임헌법연구관, 법학박사

논문접수일 : 2022. 7. 16., 심사개시일 : 2022. 8. 13., 게재확정일 : 2022. 8. 22.

고 이를 기반으로 DAO(Decentralized Autonomous Organization)라는 새로운 조직이 생겨났다. DAO의 위와 같은 특성은 제3세대 인권의 객체로서 인류 공통의 문화유산에 내재한 소유권이나 다층적 공공성 문제를 해결할 실마리를 제공한다. 특히, DAO의 법적 지위를 비법인사단으로 구성할 경우 민법에 이미 마련되어 있는 총유라는 소유권 형식을 이용할 수 있고 이는 구성원의 지분적 소유권 행사나 독점적 점유를 배제하는 내용이므로 제3세대 인권의 객체로서의 문화유산의 속성인 연대성에 부합한다. 국보 DAO가 보여주었듯이, 문화유산을 모든 시민을 위해 활용하는 것을 목표로 하는 DAO를 결성하는 것은 현실적으로도 충분히 가능하다. 다만 이러한 DAO가 구현하려는 공공성, 다시 말해 제3세대 인권의 특징인 연대성은 블록체인 기술 자체에 내재되어 있는 것이 아니다. 또한 문화유산 DAO의 법적 지위를 비법인사단으로 구성하고 그 소유 형태를 총유로 파악하는 것이 문화유산 DAO의 실질에 가장 부합하는 것은 사실이나, 비법인사단의 총유라는 소유 형식 역시 곧바로 제3세대 인권의 객체로서의 문화유산의 연대성을 구현하는 것은 아니다. 따라서 문화유산에 담을 연대성의 구체적 내용이 무엇인지를 규명하는 헌법학 내지 공법학의 연구성과가 비법인사단으로서의 문화유산 DAO의 정관에 오롯이 구현되고, 그것이 문화유산 DAO의 실무를 주도하는 국가, 공공단체, 문화유산국민신탁법인, 박물관, 미술관 혹은 관련 전문가에게 충분히 공유될 때 비로소 문화유산은 제3세대 인권의 객체로서 온전히 보호될 수 있다.

주제어 : 문화유산, 제3세대 인권, 인류의 공통유산, 탈중앙집권자율조직, DAO, 블록체인

I. 서론

Karel Vasak은 제3세대 인권 중 하나로 ‘인류의 공통유산(common heritage of humanity)에 대한 소유권(ownership)’을 들었고,¹⁾ 문화

역시 인류의 공통유산으로 보았다.²⁾ 그러나 문화유산을 제3세대 인권의 객체로 인정하지 않더라도, 법의 형량에 있어 인류 공통유산으로서 문화유산의 가치를 충분하게 고려한다거나,³⁾ 법률이나 하위 법령에 문화유산 관련 규정을 두는 방법으로도⁴⁾ 인류의 공통유산의 관점에서 문화유산에 대한 법적 보호를 제공하는 것이 가능하다. 따라서 문화유산을 제3세대 인권의 객체로 인정하여야 한다면 그 필요성에 관한 설득력 있는 논거가 필요하다.

또한 그러한 필요성을 인정할 수 있다 하더라도, 제3세대 인권의 객체로서의 문화유산 앞에는 고전적 의미의 소유권과의 충돌 문제와 여러 층위로 중첩될 수 있는 공공성을 어떠한 법적 구조물로 담

-
- 1) Karel Vasak, "A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights", *UNESCO Courier*(1977. 11.), P. 29. Vasak은 이 기고문에서 UN에 의한 인권 보장이 세계인권선언의 채택, 인권에 관한 조약의 체결, 인권 관련 조약의 이행을 감독할 기구의 설치라는 세 가지 국면으로 전개되었다고 설명하면서 제3세대 인권론을 펴다.
 - 2) Karel Vasak, "Pour une troisième génération des droits de l'homme", *Etudes et Essais sur le Droit International Humanitaire et sur les Principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*(Christophe Swinarski ed.), Martinus Nijhoff Publishers (1984), p. 844.
 - 3) 이러한 문제는 환경권이나 동물권과 같이 새로운 권리를 인정하는 과정에서 유사하게 발생한다. 예컨대, 프랑스의 2004년 환경현장 전문에 규정된 인류의 공통유산으로서의 환경을 권리로 볼 것인지 헌법적 가치가 있는 목적으로 볼 것인지에 관해, 한동훈, 프랑스 헌법상 환경권 및 기후변화소송, 헌법재판연구원 (2022), 31-31면. 비슷한 구조로, 동물을 보호하기 위해 동물의 권리 주체성을 인정하는 방식도 가능하지만 동물의 존엄이나 이익을 법익형량에 있어 고려하는 방식을 취하는 것도 가능하다(이러한 맥락에서 야생곰의 존엄 및 풍력발전기 설치를 둘러싼 야생곰과 인간의 이해관계 조정에 관한 논의로 Reed Loder, "Bears Among Us: Earth Law and Animal-Human Co-existence", *Earth Law*(Anthony R. Zelle, Grant Wilson, Rachelle Adam, Herman F. Greene eds.), Aspen Publishing (2020), pp. 399-402 참조).
 - 4) 예컨대 주민투표권은 민주주의 실현의 중요한 수단 중 하나이지만, 헌법상 기본권이 아니라 법률상 권리로 보호된다(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마643, 판례집 19-1, 843 등).

아내야 하는지라는 과제가 남아있다. 소유권과 공공성은 법학에서 논의된 역사가 길기 때문에 그 이론적인 체계나 방법론 역시 상당히 견고하게 구축되어 있으나 인류라면 누구나 그 주체가 될 수 있다는 의미에서의 인류의 공통유산으로서의 문화유산이라는 개념과는 충돌하는 부분이 많다. 그런데 근래에 블록체인 기술을 기반으로 등장한 새로운 조직체인 DAO(Decentralized Autonomous Organization, 탈중앙집권적 자율 조직)는 그 명칭에서 드러나듯이 누구나 자유롭게 참여할 수 있고 조직을 좌지우지하는 중앙집권적 의사결정체제 없이도 유지될 수 있기 때문에 인류라면 누구나에게 열려 있는 인류의 공통유산으로서의 문화유산이라는 이상을 구현할 수 있는 실마리가 될 수 있다. 이 논문은 이러한 관점에서 먼저 제3세대 인권의 객체로서의 문화유산을 인정하는 데에 있어 마주하게 되는 법적 어려움을 구체적으로 살펴보고, 다음으로 DAO를 통해 그러한 어려움을 해결할 수 있는지 탐구한다.

II. 제3세대 인권과 문화유산

1. 제3세대 인권 일반론

1970년대 후반경부터 Karel Vasak은 세계인권선언 채택 후 사회 변화에 따라 제3세대 인권을 구성할 때가 되었다고 주장하였다.⁵⁾ 즉, 국가에 대해 간섭하지 말 것을 요구하는 방어권인 제1세대 인권과 국가에 대해 적극적 행위를 요구하는 급부권인 제2세대 인권에 이어 ‘연대권(rights of solidarity)’이라는 제3세대 인권이 탄생한

5) Vasak(1977), *op. cit.*, p. 29.

다는 것이다.⁶⁾ Vasak에 따르면, 개인주의는 이기주의로 치우치기 쉽기 때문에 개인의 권리인 제1세대와 제2세대 인권에는 이기주의와 고독감(*égoïsme et solitude*)이라는 약점이 있고, 이를 해결하기 위해 연대권이라는 제3세대 인권이 필요하다.⁷⁾

Vasak은 발전권(right to development), 건강하고 생태적으로 균형 잡힌 환경에 대한 권리(right to a healthy and ecologically balanced environment),⁸⁾ 평화권(right to peace), 인류 공통유산에 대한 소유권(the right to ownership of the common heritage of mankind)을 제3세대 인권으로 들었다.⁹⁾ 그에 따르면, 이러한 권리들은 공동체 생

6) *Ibid.* Vasak이 제창한 연대권에 관한 논의는 그 후에도 계속되어 UN은 2005년에 국제연대에 관한 독립전문관(Independent Expert on International Solidarity)을 두었는데, 독립전문관은 2017년에는 국제연대권선언 초안을 제출하였다[국제연대에 관한 독립전문관에 대해서는 장복희, “제3세대 인권인 국제연대권”, 아주법학 제11권 제4호, 아주대학교 법학연구소(2018), 136-146면 참조. 인권의 세대별 분류에 대한 개괄적인 내용으로는 박찬운, 인권법[제2개정판, 도서출판 한울(2015), 39-42면 참조.

7) Vasak(1984), *op. cit.*, p. 838. 제3세대 인권은 프랑스 대혁명의 구호인 자유, 평등, 박애 가운데 박애의 현대적 표현으로 설명되기도 한다[김병록, 민주주의와 제3세대 인권, 조선대학교 출판부(2011), 454면]. 제3세대 인권의 특색 및 반론에 관해서는 홍성방, 헌법학(상)[제3판, 박영사(2016), 321-322면 참조. 기본권보장의 국제화의 맥락과 제3세대 인권에 관해서는 김철수, 헌법학신론[제21개정판, 박영사(2013), 300-303면 참조.

8) 이에 관해서는 고문현, “제3세대 인권으로서의 환경권”, 환경법연구 제27권 제4호, 한국환경법학회(2005), 265-282면 참조. 기후 위기의 심화로 인해 최근 인권으로서의 환경권 논의가 심화되고 있는데, 이에 관해서는 김선희, 기후변화소송에 대한 비교법적 검토, 헌법재판연구원(2022), 15-26면 참조.

9) Vasak(1977), *op. cit.*, p. 29. 다만, Vasak은 그 후 의사소통의 권리(*le droit de communiquer*)를 추가하였다[Vasak(1984), *op. cit.*, p. 840], 의사소통의 권리 대신 인도적 지원을 받을 권리(*le droit à l'assistance humanitaire*)를 추가하였다 [Karel Vasak, "Revisiter la Troisième Génération des Droits de L'homme avant Leur Codification", *Liber Amicorum Hector Gros Espiell*, Bruylant(1997), p. 1655]. 그 밖에도 문화적 상이성을 주장할 권리 등이 논의되고 있다[김병록, 앞의 책, 453면]. 인류 공통유산에 대한 권리와 다른 제3세대 인권과의 상호관계에 관해서는 Kemal Baslar, *The Concept of Common Heritage of Mankind in International*

활이라는 개념을 어느 정도 반영하기 때문에 개인, 국가 및 공·사의 다른 기관 모두의 노력이 합쳐져야만 실현가능하다.¹⁰⁾ 또한 제3세대 인권은 집단적 권리로 행사하는 것이 적절한 경우가 많다.¹¹⁾

위와 같이 다양한 권리들이 ‘연대권’이라는 이름 아래 하나로 논의될 수 있는 이유는 법인격의 관점, 공간적인 관점, 시간적인 관점에서 이해할 수 있다. 즉, Vasak이 설명한 것처럼 위 권리들은 개인/단체/국가라는 법인격의 틀을 넘어 함께 노력해야 실효적 보장이 가능하므로 법인격을 넘는 연대가 필요하다. 또한 위 권리들은 이해관계를 공유하는 여러 지역이 함께 노력해야만 제대로 실현할 수 있으므로 공간적인 관점에서도 연대가 필요하다. 끝으로 위 권리의 객체들 중 특히 환경이나 인류 공통유산은 현 세대에 국한되는 것이 아니라 다음 세대를 위해 보존하여 물려주어야 하므로, 시간적 측면의 연대가 필요하다.¹²⁾

Law, Martinus Nijhoff Publishers(1998), pp. 322-329 참조.

10) Vasak(1977), *op. cit.*, p. 29.

11) Raha Lucienne Zohadi, “The Generations of Human Rights”, *International Studies Journal* 1, no. 4(2004), p. 105; 문화유산에 관한 권리 역시 그러하다[Yvonne Donders, “Cultural Heritage and Human Rights”, *The Oxford Handbook of Cultural Heritage Law*(Francesco Francioni and Ana Filipa Vrdoljak eds.), Oxford University Press(2020), p. 399]. 집단적 권리(collective rights)는 그 권리를 통해 보호하려는 이익을 특정 개인에게만 귀속시키는 것이 거의 불가능하거나 그와 같이 하는 것이 의미가 없다는 특징이 있다. 이러한 점은 문화적 소수자들의 권리, 예컨대 소수 언어를 쓰는 사람들의 권리와 같은 점에서 분명히 드러난다. 이에 관한 자세한 내용은 Leighton McDonald, “Can Collective and Individual Rights Coexist?”, *Melbourne University Law Review* 22, no. 2(August 1988), pp. 315-317 참조.

12) 이와 같은 제3세대 인권 본질론을 이해하고 나면, 제3세대 인권의 실천적 의의에 관한 의문이 자연스럽게 뒤따른다. 이는 제3세대 인권의 우리 헌법상 근거, 제3세대 인권의 헌법소원의 적법요건상의 의의, 제3세대 인권의 헌법소원의 본안판단상의 의의의 세 가지 쟁점으로 나누어 볼 수 있다. 이 논문은 지면관계상 이들을 상세히 다룰 수 없으나, 각각의 핵심을 지적한 후 자세한 내용은 후속연구로 미루기로 한다. 제3세대 인권의 우리 헌법상 근거로는 대표적으로 ‘세계평

2. 인류의 공통유산으로서의 문화유산 보호의 현주소

가. 문화유산의 개념

인류 공통유산에 대한 소유권은 법인격, 공간, 시간의 측면에서 모두 연대가 필요한 제3세대 인권임에도 불구하고, 제3세대 인권 중에 가장 덜 알려져 있다.¹³⁾ 이를 반영하듯 문화유산 보호를 위하여 국제법상 다양한 협약이나 권고가 채택되었지만, 아직 문화유산의 개념도 확립되지 않았다.¹⁴⁾ 또한 문화유산 개념은 비법학 개념인 ‘문화적 정체성’에 연원을 두는데, 이 개념 자체가 정의하기 어렵기 때문에 문화유산을 법적 개념으로 정립하는 것은 쉽지 않다.¹⁵⁾ 특히 지역의 유산을 인류 공통유산의 일부로 파악하는 것은 그 자체로 모순을 야기할 가능성도 있다.¹⁶⁾

화와 인류공영에 이바지, ‘우리 자손의 안전과 자유와 행복의 영원한 확보’에 관한 헌법 전문, 열거되지 않은 기본권에 관한 헌법 제37조 제1항, 환경권에 관한 헌법 제35조를 들 수 있다. 다음으로 제3세대 인권의 헌법소원 적법요건상의 의의 중에는 제3세대 인권이 미성년자, 태아, 외국인, 미래세대의 청구인적격을 용이하게 인정할 수 있는 근거가 될 수 있다는 점이 두드러진다. 제3세대 인권의 헌법소원 본안판단상의 의의로는 미래세대의 이익과 같이 제3세대 인권으로 보호되는 이익의 지위가 단순한 법적 이익이나 반사적 이익을 넘어 기본권적 이익으로 격상되므로 비교형량에 있어 우위를 점할 수 있다는 점이 핵심이다.

- 13) Vasak(1984), *op. cit.*, p. 842; Vasak(1997), *op. cit.*, p. 1659. 인류의 공통유산에 대한 소유권 논의는 주로 심해저 광물 자원을 대상으로 시작되었다. 예컨대, UN해양법협약(United Nations Convention on the Law of the Sea) 제136조는 심해저 등 국가 주권 밖에 있는 해양영역과 그 자원은 인류의 공통유산(common heritage of mankind)이라고 규정한다. 그 후 달과 그 자원이나 문화유산으로 논의가 확장되었다.
- 14) Janet Blake, “On Defining the Cultural Heritage”, *International and Comparative Law Quarterly* 49, no. 1, (January 2000), pp. 62-64; Fiona Macmillan, *Intellectual and Cultural Property: Between Market and Community*, Routledge(2021), pp. 69-70.
- 15) Blake, *op. cit.*, p. 82.
- 16) Blake, *op. cit.*, p. 64.

물론 ‘유산’의 의미상 문화유산은 인류의 모든 문화가 아니라 인류의 문화 중 미래에 전승하기 위해 보존할 가치가 있는 것으로 그 범위를 한정할 수 있다.¹⁷⁾ 그러나 이 역시 명확한 경계를 짓기 어려운 가치판단의 문제이다.¹⁸⁾ 문화유산은 집단정체성과 관련이 있다는 특징도 있지만, 바로 그 때문에 어느 집단의 관점에서 보는지에 따라 같은 문화유산이 보존의 대상이 될 수도, 파괴의 대상이 될 수도 있다. 따라서 집단정체성이라는 표지 역시 문화유산의 정의를 용이하게 해 주기 어렵다.¹⁹⁾ 특히 정체성 형성(identity-generation) 및 의사소통(communication)이라는 기능을 문화유산 개념의 핵심으로 파악하는 기능주의 입장에서는 어떠한 대상이 문화유산인지 여부를 일의적으로 정할 수 없다는 결론에 이르기도 한다.²⁰⁾

17) 이러한 관점에서 문화유산이라는 용어에는 소유자가 마음대로 처분해도 괜찮다는 것을 넘어 미래에 전승하기 위해 돌보고 소중히 해야한다는 관념을 포함시킬 수 있으므로 문화재라는 용어 대신 문화유산이라는 용어를 쓰는 것이 적절하다는 견해로, Lyndel V. Prott & Patrick J. O’Keefe, “Cultural Heritage or Cultural Property”, *International Journal of Cultural History* 1, no. 2(1992), pp. 311, 319. 나아가 Prott과 O’Keefe는 문화재라는 용어보다는 문화유산이라는 용어를 쓰는 것이 문화재에 대한 지나친 상업화를 경계할 수 있다는 장점도 있고, 문화유산이라는 용어가 물질적 가치를 취하지 않는 의례, 민속, 전통기술 등을 모두 포괄하여 지칭하기에 더 적절하다고 주장한다(*ibid.*, pp. 311-312). Prott & O’Keefe의 주장을 경청할 필요가 있다는 우리나라의 견해로, 이근관, “동아시아지역의 문화재 보호 및 불법거래방지에 관한 법적 고찰”, 법학 제44권 제3호, 서울대학교 법학연구소(2003. 9.), 128면 참조. Blake, *op. cit.*, p. 65 역시 유사한 취지이다. 또한 문화재의 역사적, 예술적, 학술적, 경관적 가치에 대한 평가는 세대별로 지역별로 달라질 수 있으므로 이를 고려할 수 있도록 문화재라는 용어보다는 문화유산이라는 용어를 사용하는 것이 적절하다는 견해로, 전종익, “국가공동체와 문화유산”, 공법연구 제43집 제3호, 한국공법학회(2015. 2.), 12-13면.

18) Blake, *op. cit.*, p. 68.

19) *Ibid.*, p. 84. 이러한 어려움은 집단정체성을 보존하려는 의지가 있는 사람들과 그 이유가 다양한 경우에 배가된다. 그 극적인 예로 호주 원주민 문화에 관한 Strehlow collection을 들 수 있다. 이에 관한 자세한 내용은 Prott & O’Keefe, *op. cit.*, pp. 314-315 참조.

20) Markus M. Müller, “Cultural Heritage Protection: Legitimacy, Property, and

나. 인류 공통의 문화유산에 대한 국제법적 보호

국제법상 인류 공통의 문화유산이라는 개념의 연원에 대해서는 여러 견해가 있지만,²¹⁾ 제2차 세계대전 후 국제법 체제에서는 1945년 Dumbarton Oakes Conference에서 브라질이 UN헌장 제9장의 문화²²⁾를 인류의 공통유산으로 이해해야 한다고 제안한 이후 1954년 UNESCO가 채택한 ‘전시 문화재의 보호에 관한 협약²³⁾에 명시적인 표현이 등장한 것을 시초로 볼 수 있다. 이 협약 서문은 ‘누구의 소유의 문화재이든 이를 파괴하는 것은 모든 인류의 문화유산을 파괴하는 것인데 그 이유는 개개인이 전 세계의 문화에 기여하기 때문임을 확신하면서’ 라고 규정한다. 나아가 UNESCO는 1956년에 문화유산의 보호가 국가의 의무인 이유는 문화유산이 모든 인류에 대한 중요성이 있기 때문이라는 점을 명시한 권고²⁴⁾를 채택하였다. 그 후 UNESCO는 1970년에는 문화재의 불법적인 소유권 변경을 금지하는 내용의 협약²⁵⁾을, 1972년에는 세계 문화유산과 자연유산의 보호에 관한 협약(이하 ‘세계유산협약’이라 한다)²⁶⁾을 각각 채택하였다.²⁷⁾

Fuctionalism”, *International Journal of Cultural Property* 7, no. 2(1998), p. 399.

21) 논자에 따라 1930년대 혹은 1813년까지 거슬러 올라가기도 한다(Ibid., p. 400; Macmillan(2021), *op. cit.*, p. 60).

22) UN헌장 제9장은 경제, 사회, 문화적 국제협력에 관한 것인데, 제55조에 UN의 문화적 국제협력 증진 의무가 규정되어 있다.

23) Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. 다만, 이 협약에서 사용한 ‘문화재(cultural property)’라는 용어가 정립된 개념이 아니었다는 점에 관해서는 Prott & O’Keefe, *op. cit.*, p. 312 참조.

24) Recommendation on International Principles Applicable to Archaeological Excavations.

25) Convention of the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property.

26) Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage. 세계유산협약은 1975년 12월 17일에 발효되었고, 우리나라는 1988년에 당사국이 되었다. 세계문화유산 등재의 기준과 절차에 관해서는 Francesco

세계유산협약은 당시에 심해저의 광물자원에 관하여 발달하고 있었던 ‘인류의 공통유산’ 개념에 관한 관심의 증대가 반영된 결과이지만,²⁸⁾ 확고한 국가 주권 원칙(principle of State sovereignty)에 기반하고 있다.²⁹⁾ 세계유산협약은 국내법상 보호되는 개인 소유권의 중요성을 인정하는 것을 포함하여 국가 주권을 완전히 존중하는 전제에서³⁰⁾ 당사국에 대하여 자신의 국내적 문화유산이 인류 공통의 문화유산의 일부임을 인정하고 재정적, 기술적 지원을 포함하여 문화유산에 관한 연구와 보호에 협력할 의무를 부과할 뿐이다.³¹⁾ 즉, 세계유산협약은 당사국 사이에 수평적 효력이 있을 뿐, 문화유산에 대한 개인 또는 공동체의 실체적인 권리를 인정하는 수직적 효력은 없다.³²⁾ 그 때문에 인류 공통의 문화유산이라는 개념은 법적 효과를 발생시키는 개념이라기보다는 현상을 서술하는 개념에 가깝다고 평가된다.³³⁾ 또한 다른 당사국이나 공동체는 문화유산을

Francioni, “World Cultural Heritage”, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*(Francesco Francioni and Ana Filipa Vrdoljak eds.), Oxford University Press(2020), pp. 252-261 참조.

27) 이와 같이 세계유산협약이 문화재라는 용어 대신 문화유산이라는 용어를 쓰게 된 이유를 전통적 소유권 관념으로는 문화유산에 대한 보호를 적절히 구현할 수 없다는 점에서 찾는 견해로, Macmillan(2021), *op. cit.*, pp. 66-67. 세계유산협약은 종래의 문화재라는 개념 대신 문화유산이라는 개념을 사용함으로써 문화에 관한 국제적 보호의 범위를 확대할 발판을 마련하였다는 견해로 Francesco Francioni(2020), p. 251.

28) Blake, *op. cit.* p. 62.

29) Robert Peters, “Nationalism Versus Internationalism: New Perspective Beyond State Sovereignty and Territoriality in the Protection of Cultural Heritage”, *Intersections in International Cultural Heritage Law*(Anne-Marie Carstens and Elizabeth Varner eds.), Oxford University Press(2010), p. 365; Macmillan(2021), *op. cit.*, pp. 64-65.

30) 이와 같은 주권국가 중심적 접근에 관해서는 Macmillan(2021), *op. cit.*, pp. 64-65 참조.

31) Müller, *op. cit.*, pp. 402-403.

32) Donders, *op. cit.*, p. 383.

보유한 당사국의 요청이 있을 때에만 그 문화유산의 보호를 지원할 수 있는 것에 그칠 뿐이고, 당사국에게 문화유산을 더 잘 보호하도록 강제할 장치도 없으므로, 세계유산협약에 따른 문화유산 보호라는 것은 수사적 표현에 불과하다고 보는 견해도 있다.³⁴⁾

21세기에 들어서는 2001년에 해저의 문화유산의 보호에 관한 UNESCO 협약³⁵⁾이, 2003년에 무형 문화유산의 보호에 관한 UNESCO 협약³⁶⁾이, 2005년에는 문화적 다양성의 보호와 촉진을 위한 UNESCO 협약³⁷⁾이 차례로 채택되었다. 그 밖에도 유럽평의회(Council of Europe)가 마련한 다자조약인 ‘문화유산의 사회적 가치에 관한 유럽평의회 기본협약(Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society, 이하 ‘Faro 협약’이라 한다)과 같은 시도도 이루어졌다.³⁸⁾ Faro 협약은 세계화라는 흐름 속에서 문화유산을 통해 문화적 다양성을 유지할 수 있는 경제적 사회적 조건을 어떻게 지속적으로 만들어 낼 수 있을지에 초점을 맞추고 있다는 점에서 기존의 국제 규범과 구별된다.³⁹⁾ 즉, 종래의 제

33) *Ibid.*, p. 403. 이에 대해 현재 찬성하는 견해와 비판하는 견해가 대립하고 있는 상황이어서 인류의 공통유산 개념을 문화유산에 가장 효과적으로 적용하는 방법이 무엇인지라는 문제는 아직 미해결로 남아 있다고 볼 수 있다는 견해로, Fiona Macmillan, “The Protection of Cultural Heritage: Common Heritage of Humankind, National Cultural ‘Patrimony’ or Private Property?”, *Northern Ireland Legal Quarterly* 64, no. 3(Autumn 2013), p. 351.

34) Müller, *op. cit.*, p. 403.

35) Convention for the Protection of the Underwater Cultural Heritage.

36) Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage.

37) Convention for the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions.

38) 이 기본 협약은 2005년 10월 13일에 채택되어 2005년 10월 27일 포르투갈의 파로(Faro)에서 비준 동의를 위해 공개되었다. 그 후 이 협약에 대한 10개국의 비준이 완료되어 2011. 6. 1.에 발효되었다. 현재 21개국이 비준하였다.

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=199>(방문일자 2022. 6. 29.)

도들이 문화유산을 보존하는 데에 초점을 맞추어 어떻게 보존할 것인지 주로 다루었다면, Faro 협약은 문화유산을 향유하는 방법을 제시하고 왜 문화유산에 가치를 부여해야 하는지에 집중한다.⁴⁰⁾ 특히, Faro협약은 국가보다는 개인이나 집단이 이를 향유, 접근, 참여할 권리의 관점에서 문화유산에 접근함으로써 개별 국가의 문화적 정체성보다는 문화적 다양성 자체를 강조한다.⁴¹⁾ Faro 협약은 당사국에게 구속력이 있지만, 기본협약이기 때문에 일반적인 원칙과 적용 영역을 규정하는 데에 그친다. 협약 규정만으로 개인에게 어떠한 권리가 부여되지는 않고 당사국의 구체적인 입법이 있어야 개인에게 권리가 부여된다(제6조 제c항).

한편, ‘인류의 공동유산’이라는 제3세대 인권의 관점과 별개로 제1세대 및 제2세대 인권의 관점에서 문화에 대한 국제법적 보호도 논의되어 왔다. 그 대표적인 것이 사회권 규약 또는 A규약으로 흔히 약칭하는 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR)’ 제15조 제1항 (a)호이다.⁴²⁾ 이 조문은 “당사국은 누구나 문화생활에 참여할 권리가 있음을 인정한다”고 규정한다. 이 권리는 문화생활에의 참여, 문화생활에의 접근, 문화생활에의 기여라는 세 가지 주요 요소로 발현된다.⁴³⁾ 다만, 이는 그 문언상 분명히 드러나

39) Explanatory Report to the Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society, p. 4.

40) *Ibid.*

41) Ana Filipa Vrdoljak, “Human Rights and Cultural Heritage in International Law”, *International Law for Common Goods(Federico Lenzerini and Ana Filipa Vrdoljak eds.)*, Hart Publishing(2014), pp. 170-171.

42) 이에 대한 분석으로 Kristin Hausler, “The UN Security Council, the Human Rights Council, and the Protection of Cultural Heritage”, *Intersections in International Cultural Heritage Law(Anne-Marie Carstens and Elizabeth Varner eds.)*, Oxford University Press(2010), pp. 206-215 참조.

듯이 연대권이라는 제3세대 인권의 측면이 아니라 국가와 개인 사이의 관계를 전제로 하는 제1세대 및 제2세대 인권 측면에서의 접근이고,⁴⁴⁾ 미래세대와의 연대나 미래세대로의 전승과는 필연적 관련성이 없다. 그 결과 이러한 관점에서 마련된 법제도는 국가의 이익이나 국가간의 관계에 따라 좌우되고, 문화에 관한 인권 역시 국가정체성을 강화하는 특정 문화유산에 초점을 맞추게 되며 때로는 소수자의 문화를 억압할 수 있다.⁴⁵⁾ 이는 문화적 다양성 자체를 소중히 여긴다거나 문화유산의 인류 공통유산으로서의 가치를 존중하는 것과는 일정한 거리가 있다.⁴⁶⁾

물론 위 권리를 집단적으로 행사할 경우 어느 정도의 연대성을 강조할 수 있지만,⁴⁷⁾ 국가와 개인 사이의 2원적 구도를 뛰어 넘어

43) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment no. 21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life(art. 15, para. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), p. 4.

44) 이러한 이유 때문에 ICESCR 제15조 제1항 (a)호의 권리는 존중(respect)/보호(protect)/이행(fulfill)과 같은 전형적인 인권 실현 3유형으로 논의된다. 즉, 국가는 문화유산에 관한 개인의 권리를 침해하지 않고 존중할 의무가 있고, 국가는 제3자의 침해로부터 문화유산 권리자를 보호할 의무가 있으며, 문화유산에 관한 권리를 실현할 수 있게 조력할 의무가 있다는 의미이다. 이에 관해서는 Vanessa Tünsmeier, "Bridging the Gap Between International Human Rights and Interantional Cultural Heritage Law Instruments: A Functions Approach", *Intersections in International Cultural Heritage Law*(Anne-Marie Carstens and Elizabeth Varner eds.), Oxford University Press(2010), pp. 337-339 참조.

45) Vrdoljak, *op. cit.*, pp. 142, 153-154.

46) Vrdoljak은 그러한 거리를 유적 목록의 작성, 문화유산의 보관소로서의 박물관과 도서관, 사진과 언어의 표준화라는 관점에서 분석한다(*ibid.*, pp. 143-152).

47) 문화에 관한 인권을 효과적으로 보호하기 위해 이를 집단적 권리로 재해석하는 경향이 대두하였고, ICESCR 제15조의 권리의 경우, 국가정체성으로서의 문화로부터 개인과 집단의 삶의 방식으로서의 문화로의 초점 이동, 제15조 권리의 핵심으로서의 문화유산에 대한 접근권 구체화, 원주민을 포함하여 전세계에 산재한 공동체들의 효용이라는 관점에서의 문화에 대한 이해라는 형태로 발현되었다(*ibid.*, pp. 154-155).

법인격적, 지리적, 시간적 측면에서의 다원적 연대성을 전제로 하는 제3세대 인권의 접근 방식과는 차이가 있다. 이러한 차이는 국가와 개인 사이의 2원적 구도에는 아직 태어나지 않은 미래세대와의 연대를 담아내기 어렵다는 점에서 분명히 드러난다. 제1세대나 제2세대 인권의 관점에서는 태어나지 않은 사람들의 권리주체성이 인정되어야 비로소 그들의 권리도 논의의 장에 들어올 수 있으므로, 미래세대의 이익은 현재 세대의 자비심에 따라 고려할 수도 있고, 하지 않을 수도 있는 것에 불과한 것으로 취급되기 쉽다.

다. 소결

문화유산을 인류의 공통유산 관점에서 접근하는 규범적 노력이 이루어져 왔음에도 불구하고 문화유산을 인권의 객체로 인정하는 규범은 없다.⁴⁸⁾ 이는 제3세대 인권의 관점에서 두 가지 의문을 불러일으킨다. 우선 ‘문화유산을 인류의 공통유산의 관점에서 보호하기 위해 이를 제3세대 인권의 객체로까지 인정할 필요성이 있는지’라는 물음이다. 다음으로, ‘만약 그러한 필요성이 있음에도 불구하고 문화유산이 제3세대 인권의 객체로 인정받지 못한다면 이를 가로막는 장애물이 무엇인지’라는 물음이다. 이 두 가지 의문에 관해 항을 달리하여 검토하기로 한다.

3. 제3세대 인권의 객체로 문화유산을 인정할 필요성 및 난점

가. 문화유산을 제3세대 인권으로 보호할 필요성

문화유산을 미래세대로의 전승의 관점에서 시간적으로 파악하면,⁴⁹⁾ 그 논리적 유사성 때문에 이를 환경이나 광물자원처럼 재생

48) Donders, *op. cit.*, p. 389.

불가능한 공통 자원으로 파악하는 관념으로 이어지고, 결국 제3세대 인권의 객체로 논의되는 인류의 공통유산(common heritage of mankind) 개념에까지 이른다.⁵⁰⁾ 이러한 개념적 연관성 측면에서 뿐만 아니라, 앞서 본 것과 같이 ‘인류의 공통유산’ 개념의 영향 하에서 세계유산협약이 채택되었다는 역사적 측면에서도⁵¹⁾ 문화유산은 인류의 공통유산과 맥락이 닿아있다.

그런데 문화유산을 인류의 공통유산으로 파악하는 것이 곧바로 문화유산을 제3세대 인권의 객체로 인정할 필요성을 의미하는 것은 아니다. 문화유산을 인류의 공통유산으로 보호해야 한다고 해도 이를 반드시 인권이라는 수단을 통해야만 하는 것은 아니기 때문이다.⁵²⁾ 예컨대 세계유산협약은 그 서문에서 문화유산이 인류의 공통유산임을 언급하고 있고, 이를 위한 국가간 협력에 관해 규정하고 있지만, 이는 국가 주권의 우위를 해치지 않는 범위 내에서의 협력에 그치고, 문화유산에 대한 개인의 권리를 인정하지는 않는다. Faro 협약 역시 문화유산에 관한 권리를 직접 부여하지 않고 당사국의 재량에 맡길 뿐이다.

따라서 문화유산의 보호를 위해 이를 제3세대 인권의 객체로까

49) 이러한 시간적 접근법은 국제사회에서 비교적 일관되게 최근일까지 이어지고 있다. 비교적 최근의 예로는 2017년 이탈리아에서 G7 역사상 최초로 문화 관련 장관들과 UN 및 UNESCO의 문화 담당 대표자들이 회의를 개최한 결과 채택된 Florence 선언(Joint Declaration of the Ministers of Culture of G7 on the Occasion of the Meeting: Culture as an Instrument for Dialogue Among Peoples)을 들 수 있다. 이 선언은 유형이든 무형이든, 동산이든 부동산이든 간에 문화유산은 인류의 과거, 현재, 미래와 특별한 연결고리가 있음을 재확인한다.

50) Blake, *op. cit.*, p. 69.

51) *Ibid.*, p. 62.

52) 인류 공통의 문화유산에 대한 보호를 위한 국제적 협력 차원의 접근과 문화유산을 인권의 객체로 인정함으로써 인류의 공통유산을 보호하려는 접근이 중첩되지 않는다는 점에 대해서는 Müller, *op. cit.*, pp. 402-403.

지 인정해야 한다면, 그러한 주장을 뒷받침할 수 있는 추가적인 논거가 필요하다. 그러한 논거로는 아래와 같은 세 가지를 들 수 있다. 우선 문화유산은 재생 불가능성에 더하여 개인, 집단, 인류의 문화적 정체성의 핵심적 부분을 이룬다는 측면도 있으므로 이를 객체로 하는 권리를 정립하여 두텁게 보호할 필요성이 크다는 점이다.⁵³⁾ 즉, 정체성은 인간 존엄의 핵심적 기반인데, 인간의 정체성은 개인적 수준은 물론이고 특정 집단이나 인류 전체의 수준에서도 형성되고, 문화는 인간의 정체성의 중요한 부분을 이루는 경우가 많다.⁵⁴⁾ 문화는 그로부터 다른 모든 것이 생겨나는 구조물이기 때문에 문화가 없다면 권리도 불가능하며, 문화는 인간이 인간으로 되는 핵심 요소이기도 하다.⁵⁵⁾ 이와 같이 인간의 존엄성을 보호할 필요성은 곧 그 존엄의 기반인 정체성을 보호할 필요성으로 이어지므로, 정체성의 중요한 부분을 이루는 문화유산을 제3세대 인권의 객체로 보호하는 것을 통해 인간 존엄을 더 잘 지킬 수 있게 된다. 이러한 점은 원주민이나 소수민족의 정체성과 그 정체성의 표현인 전통문화의 보호와의 관계, 그리고 주권국가 내에서 원주민이나 소수민족의 정체성 및 존엄 유지와의 관계를 떠올려 보면 분명히 알 수 있다.⁵⁶⁾

53) Blake, *op. cit.*, pp. 81-82

54) Donders, *op. cit.*, p. 386.

55) UNESCO, Cultural Rights as Human Rights, UNESCO(1970), p. 10. 이 책은 다음 인터넷 주소에서 열람할 수 있다. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000001194/PDF/001194eng.pdf_multi(방문일자 2022. 6. 29.)

56) 문화의 관점에서의 원주민의 인권에 관해서는 Siegfried Wiessner, "Human Rights and Cultural Heritage in International Law", *International Law for Common Goods*(Federico Lenzerini and Ana Filipa Vrdoljak eds.), Hart Publishing(2014), pp. 175-192 참조. Wiessner는 특히 문화는 개인이 아니라 공동체에서 형성되고 개별 구체적인 개인의 필요에 맞는 개인의 인권을 보호해 주듯 개별 구체적인 공동체의 필요에 맞는 문화에 관한 공동체의 권리를 보호할 필요가 있다고 주

다음으로, 문화유산에는 그 자체로 유일무이한 내재적인 가치가 있으므로 보호할 필요성이 있다. 문화유산은 인류 역사의 특정 시점에 만들어진 것이기 때문에 시간이 흐른 후에 그와 똑같은 복제품을 만든다하여도 진품에 갖든 가치를 그대로 담아낼 수 없다. 이러한 가치는 문화유산의 효용 유무를 떠나 문화유산의 탄생과 존재 자체에서 나오는 가치이다. 따라서 비록 특정 개인의 문화적 전통이나 정체성과 무관한 문화유산이라 하더라도 그것이 파괴되는 것은 인류 전체의 관점에서 볼 때 내재적 가치를 구현한 대상의 상실에 해당되므로 특별히 보호할 필요성이 있다.⁵⁷⁾

끝으로, 기존의 인권 담론에도 종교의 자유나 표현의 자유와 같이 문화에 대한 권리를 포괄할 수 있는 법적 장치가 있으나 인권을 문화유산과 직접적으로 결부시켜 이해하는 것은 비교적 새로운 시도라는 점이다.⁵⁸⁾ 특히 문화유산은 개념상 미래세대와의 시간적 연대를 전제로 하고, 그 보호에 있어서는 법인격이나 공간적 제약을 넘어서는 협력이 필요하다.⁵⁹⁾ 따라서 이는 연대성 보다는 개인성에

장한다(*ibid.*, p 190). 또한 UNESCO가 문화유산을 일반 대중을 위해 보호하는 것에서 특정 문화유산에서 문화적 정체성을 찾는 특정 공동체를 위하여 보호하는 방향으로 강조점을 전환해온 것 역시 문화가 정체성 유지에 기여하는 측면을 고려한 결과로 볼 수 있다[Donders, *op. cit.*, pp. 382, 384-385].

57) '내재적 가치'라는 용어는 드워킨의 용례를 따른 것이다. 드워킨은 생명, 문화유산, 생물다양성이 도구적으로나 주관적으로 중요하지 않더라도 그 자체로 중요성이 있다는 것을 내재적 가치라는 용어를 통해 설명한다[Ronald Dworkin, 박경신·김지미 옮김, 생명의 지배영역: 낙태, 안락사 그리고 개인의 자유, 로도스 출판사(2014), 133-145면].

58) Blake, *op. cit.*, pp. 77-78.

59) 문화유산은 본질적으로 개인소유의 대상이면서 동시에 공동체 전체 나아가 인류전체의 공동유산으로서 공동체에 귀속되는 존재임을 인정하는 것을 전제로 하여, 대한민국헌법 제9조 중 전통문화의 계승·발전의 의미는 현재, 우리에게 중심을 둔 시각이 아닌 과거, 현재, 미래세대를 이어주는 시간적 길이와 전체 구성원을 공동체로 파악하는 지리적 넓이를 기반으로 미래세대와 공동체의 이익을 위한 문화유산의 보존을 규정한 것으로 보아야 한다는 견해로, 전통의, 앞의

기반을 둔 전통적인 제1세대 인권이나 제2세대 인권 논의로는 완전히 포착하기 어려운 측면이 있다.⁶⁰⁾

위와 같은 문화유산 보호에 관한 특수한 상황들을 고려한다면, 그 온전한 보호를 위해 이를 제3세대 인권, 특히 인류의 공통유산에 대한 권리의 객체로서 보호할 필요가 있다. 제3세대 인권의 하나로 인류 공통유산에 대한 소유권을 제시한 Vasak은 문화(culture)가 인류 공통유산에 대한 소유권의 객체가 될 수 있다고 주장하였고,⁶¹⁾ 제3세대 인권을 법제화하려는 시도가 계속되어야 한다고 역설하였는데,⁶²⁾ 이러한 Vasak의 견해도 위와 같은 관점에서 이해할 수 있다.

나. 문화유산을 제3세대 인권의 객체로 파악하는 데에 따르는 난점: 소유권

Vasak이 인류의 공통유산에 관한 권리를 인류의 공통유산에 대한 소유권으로 구성한 점에서 잘 드러나듯이 문화유산을 인류의 공통유산에 대한 권리의 객체로 포섭하려면 어떠한 식으로든 소유권 문제를 해결할 필요가 있다.⁶³⁾ 특히 어떤 유형/무형의 재산이 인류의 공통유산으로 기능하려면 그 소유권의 주체가 공적 주체 내지는

논문, 14-16면.

60) Blake, *op. cit.*, p. 79. 제3세대 인권 중 환경권에 대해 가해지는 비판, 즉 '환경권이 보호하려는 대상은 고전적인 인권으로도 충분히 보호 가능하므로 환경권은 군더더기에 불과하다'는 비판은 문화유산에 대한 권리에 대해서는 그다지 설득력이 없다(*ibid.*, p. 80).

61) Vasak(1984), *op. cit.*, p. 844; 반대로 생태적 가치가 있는 것만을 인류 공통유산으로 파악하는 견해를 포함하여 인류 공통유산 개념의 범위에 관해서는 Basla, *op. cit.*, pp. 280-282 참조.

62) Vasak(1997), *op. cit.*, p. 1659.

63) Müller, *op. cit.*, p. 404. 나아가 Markus는 기능주의적 관점에서 보면 국가와 문화유산 사이의 연결고리가 국제사회와 문화유산 사이의 연결고리보다 약한 경우도 상정해 볼 수 있다고 주장함으로써 이 문제를 바라보는 새로운 시각을 제시한다(*ibid.*, 404-405)

최소한 집단이어야 하고, 그 소유권의 행사가 문화유산의 보존, 일반인의 접근 및 향유에 맞춰져 있어야 한다는 견해를⁶⁴⁾ 취할 경우에는 고전적인 사적 소유권 관념과는 대립 상태에 놓이기 쉽다.

Vasak은 인류의 공동유산은 개인이 독점적으로 소유할 수 없고, 인류의 구성원이라면 누구나 이를 이용할 권리가 있다고 보았다.⁶⁵⁾ 이와 달리 민법학에서 소유권이란 소유권의 객체를 주위 환경과 분리해 내어 소유권의 주체에게 배타적으로 귀속시킴으로써 소유자의 소유물에 대한 독점적인 사용 및 처분권을 옹호하는 구조를 취한다. 이는 온 인류 또는 미래 세대를 위한 활용과는 공통분모가 거의 없다.⁶⁶⁾ 그 결과 문화유산의 소유자가 개인일 경우에는 소유권의 주체 측면에서 보나 그 행사의 실질의 측면에서 보나 그 문화유산이 인류의 공동유산으로 기능할 것을 기대하기 어렵다. 극단적으로는 어떠한 사람이 자신이 소유한 문화유산을 학술연구자들에게도 공개하지도 않고 독점하고 있다가 자신의 스트레스 해소를 위해 불태워 버린다 해도, 이는 민법에 따라 보호되는 소유권의 행사라고 볼 수 있다.⁶⁷⁾ 요컨대, 인류의 공동유산에 대한 소유권 개념은

64) Macmillan(2013), *op. cit.*, p. 363.

65) 이는 Vasak이 제안한 제3세대 인권 규약 초안 중 다음과 같은 내용의 제20조에 잘 드러난다. “누구도 인류의 공동유산에 대한 배타적 소유권을 주장할 수 없다. 모든 사람은 개인적으로나 집단적으로 인류의 공동유산에 관한 사용권을 가진다. 이러한 권리는 국제 사회가 공익을 위하여 인류의 공동유산에 대해 규율할 권리에 영향을 미치지 않는다.”[Vasak(1984), *op. cit.*, p. 850]. 이는 UN해양법협약 제137조 제1항에 명시된 심해저에 관한 소유권 규정과 유사한 형식이다.

66) Prott & O’Keefe, *op. cit.*, p. 310; William V. Dunlap, “Ownership of Underwater Cultural Heritage”, *Journal of Maritime Law and Commerce* 49, no. 3 (July 2018), p. 426. 그 결과 문화유산에 관해 개인의 권리를 강조하는 인권 담론을 들여오는 것은 문화유산 보호의 측면에서는 그다지 실익이 없을 수 있다[Macmillan(2021), *op. cit.*, p. 63].

67) 해저에 침몰한 배에서 건져낸 문화유산의 파괴에 관해서는 Dunlap, *op. cit.*, pp. 425-426 참조. 다만, 이러한 맹점은 국내법 수준에 대해서는 어느 정도 완화

문화유산을 이미 소유하고 있는 개인의 사용, 수익, 처분권의 제한이라는 문제에 직면하게 된다.⁶⁸⁾ 나아가 국제법 차원에서는 국내법상 소유권 제도에 대한 간섭이 되어 국가 주권 원칙과 충돌할 가능성이 있다.⁶⁹⁾ 세계유산협약상 인류의 공통유산 역시 소유권 주장에 이르는 것인지, 아니면 법적 보호가 필요하다는 것을 정당화하는 논거에 그치는 것인지, 구체적인 중요성이나 의미가 없는 법적 용어에 불과한 것인지는 분명하지 않다.⁷⁰⁾ 이처럼 문화유산에 대한 소유권은 현재까지 계속되고 있는 논쟁이다.⁷¹⁾

이러한 문제를 해결하기 위하여 소유권 개념을 처음부터 다시 재구성할 수도 있으나 이는 매우 어려운 일이므로, 전통적인 재산권 법제 외부 혹은 내부에서 공적 영역을 만들어 내는 법적 기제를 만

될 수 있는데, 예컨대 우리 헌법 제23조 제2항의 재산권 행사의 공공복리 적합 의무가 대표적인 법적 장치이다.

68) Blake, *op. cit.*, p. 65. Blake는 이러한 문제를 ‘문화재(cultural property)’라는 용어 대신 ‘문화유산(cultural heritage)’라는 용어를 사용하는 것이 낫다는 이유 중 하나로 들고 있다.

69) 국가 주권 원칙과 문화유산의 인류 전체에 대한 가치의 관계에 관해서는 Peters, *op. cit.*, pp. 366-367 참조. 이러한 문제점 때문에 생물다양성협약(Convention on Biological Diversity)은 ‘인류의 공통유산’ 대신 ‘인류 공통의 관심사(common concern of humankind)’라는 용어를 씀으로써 생물자원에 대한 국내적 소유권을 국제적인 수준으로 상승시키는 것을 피한다(Blake, *op. cit.*, p. 71). 문화유산에 관해서도 이러한 용어를 쓰는 것이 세계유산협약의 법적 구속력에 비추어볼 때 적절하다는 견해로, Baslar, *op. cit.*, pp. 298-304 참조.

이러한 문제는 지적재산권의 형태로 보호받는 무형의 문화유산의 경우에도 똑 같이 발생한다. 지적재산권은 서구의 회사가 그 주체인 경우가 많기 때문에 무형 문화유산의 경우 예컨대 비서구권의 전통적인 치료방식에 기반을 둔 제약회사의 특허라든가 세계 각지의 전통문화를 소재로 한 헐리우드 영화의 저작권과 같은 쟁점이 추가로 발생한다. 이러한 문제를 문화의 사적 착복(private appropriation)을 가능하게 하는 새로운 유형의 제국주의로 파악하는 견해로, Macmillan(2013), *op. cit.*, pp. 362-363, 364 참조.

70) Macmillan(2013), *op. cit.*, p. 351.

71) *Ibid.*, p. 356.

들어 낼 수 있는지가 관건이다.⁷²⁾ 현재까지 이러한 법적 기제를 만들어낸 역사가 매우 빈곤하다는 것은 그러한 법적 기제를 만들어내는 것이 얼마나 시급한 문제인지를 잘 보여준다.⁷³⁾

다. 문화유산을 제3세대 인권의 객체로 파악하는 데에 따르는 난점2:
다층적 공공성

제3세대 인권의 객체로서의 문화유산에 관한 법적인 어려움의 핵심에는 소유권과 함께 다층적 공공성이 놓여 있다.⁷⁴⁾ 예컨대 현재 프랑스 국립도서관에 보관되어 있는 세계 최고(最古)의 금속활자출판물인 ‘직지’⁷⁵⁾는 UNESCO 세계기록유산으로 지정될 만큼⁷⁶⁾ 인류의 공통유산으로서의 가치가 있다. 그렇기 때문에 불교를 정체성의 핵심으로 삼는 전 세계의 불교도, 한국 문화의 우수성에 자부심을 느끼는 한국인, 금속 활자를 통한 지식 전파를 인류의 탁월함의 증거로 소중히 여기는 인류학 연구자들과 같이 ‘직지’에서 문화적 정체성을 찾는 다양한 집단을 상정할 수 있다. 이 집단들은 모두 공공성을 띠는데, 구성원들 모두가 각기 층위는 다르지만 나름의 공적 이익을 공유하고 있기 때문이다. 이를 한 번에 수용할 수 있는 법적 장치들 상정하기 어려운 것이 현실이다. ‘직지’를 프랑스에서 계속

72) *Ibid.*

73) *Ibid.*

74) Müller, *op. cit.*, p. 405; 이러한 관점에서 다층적 공공성의 주체 중 하나인 공동체(community)가 전통적인 의미의 공/사의 이분법적 구별 하에서 잊혀져왔음을 지적하는 견해로, Macmillan(2021), *op. cit.*, pp. 70-71 참조.

75) 정식 명칭은 ‘불조직지심체요절(佛祖直指心體要節)’이고 고려 말 스님인 백운화상(白雲和尚)이 부처님들과 조사스님들의 가르침 중 핵심적인 말씀을 가려 뽑아 편찬한 책이다. 1377년 7월 청주에 있는 흥덕사에서 상, 하 두 권으로 인쇄되었으나, 현재 하권만 전해오고 있고 프랑스 국립도서관에 소장되어 있다.

76) ‘직지’는 2001년에 UNESCO 세계기록유산으로 등재되었다.

<https://en.unesco.org/memoryoftheworld/registry/352>(방문일자 2022. 6. 29)

보관할지, 아니면 ‘직지’가 인쇄되었던 흥덕사지에 위치한 청주 고 인쇄박물관에 보관할지와 같은 현실적인 난제⁷⁷⁾의 배경에도 다층적 공공성이라는 어려움이 깔려있다. 다층적 공공성은 미국, 캐나다, 호주의 원주민(aborigine)의 유적지 발굴과 같은 사례에서도 선명하게 드러난다.⁷⁸⁾ 원주민의 유적지를 지키려는 원주민 집단의 이익도 공공성을 띠고 이를 인류문명 전체의 역사 속에서 살펴보려는 비원주민인 학자나 일반인의 관심과 이익 역시 공공성을 띤다.

다층적 공공성은 주권국가가 공공성의 주체라고 주장할 경우에도 한층 논쟁적이다.⁷⁹⁾ 특히 어떠한 문화유산이 인류 전체와의 관련성이 깊으면 깊을수록 주권국가 수준에서도 더 중요한 의미를 가지게 되는 역설이 있기 때문에 의견 대립이 커질 수 있다.⁸⁰⁾ 특히 문화유산이 처음 만들어진 나라(원산국)와 현재 보유하고 있는 나라가 다를 경우에는 원산국의 특별한 이해관계를 고려할 필요도 있기 때문에, 인류의 공통유산 개념을 문화유산에까지 확장하는 시도는 그 자체로 모순에 빠질 잠재적 가능성도 있다.⁸¹⁾

77) 동아시아와 동남아시아 지역의 문화유산에 대한 위협, 입법적 대응, 문화유산의 반환에 관해서는 Keun-Gwan Lee, “Asia”, *The Oxford Handbook of Cultural Heritage Law*(Francesco Francioni and Ana Filipa Vrdoljak eds.), Oxford University Press(2020), pp. 835-859; 이근관, “동아시아지역의 문화재 보호 및 불법거래방지에 관한 법적 고찰”, 법학 제44권 제3호, 서울대학교 법학연구소(2003. 9.), 91-134면 참조. 서구의 논의로는 예컨대 John Henry Merryman, Albert E. Elsen, Stephen K. Urice, *Law, Ethics and the Visual Arts*, Kluwer Law International(2007), pp. 339-418 참조.

78) Blake, *op. cit.*, pp. 82-83 참조.

79) 이는 해외 소재 문화유산에서 두드러진다. 예컨대 영국이 소장 중인 터키의 Mausoleum of Halicarnassus를 둘러싼 분쟁을 대립하는 국가적 이익이라는 공공성 대립의 관점에서 설명하는 견해로, Macmillan(2013), *op. cit.*, pp. 354-356.

80) Casini, “The Future of (International) Cultural Heritage Law”, *International Journal of Constitutional Law* 16, no. 1(January 2018), p. 7.

81) Blake, *op. cit.*, p. 70. 이러한 문제는 원산국이 어디인지를 정하는 것부터가 어렵다는 사실 때문에 한층 복잡해진다. 이에 관해서는 Macmillan(2013), *op. cit.*,

국가 간 대립뿐 아니라 국가와 국제사회 사이의 대립 역시 다층적 공공성의 산물이다. 이에 관해서는 국가의 역할을 강조하는 입장과 국제사회의 역할을 강조하는 입장이 대립해 왔다.⁸²⁾ 국가의 역할을 강조하는 입장에 서면 국가의 정체성과 일치하지 않는 소수 인종이나 소수민족의 문화유산에 대한 권리를 충분히 보호하기 어렵다.⁸³⁾ 양자의 역할을 모두 인정하는 입장이 다수이지만 이들 역시 문화유산이라는 객체 자체를 중요시하는 입장과 이를 향유하는 주체를 중요시하는 입장으로 다시 나뉜다.⁸⁴⁾ 한편 문화유산에 대한 권리는 소유자의 재산권을 제한하는 것을 넘어 또 다른 제3세대 인권인 발전권(right to development)과 충돌할 여지도 있는데,⁸⁵⁾ 이 역시 다층적 공공성에서 비롯된다.

라. 소결

문화유산은 다양한 주체들 사이의 연대는 물론이고, 공간적, 시간적 연대까지 아울러 인식할 때 효과적으로 보호하고 활용할 수

pp. 356-357 참조.

82) Müller, *op. cit.*, p. 395; Peters, *op. cit.*, pp. 368-369.

83) Tümsmeyer, *op. cit.*, p. 320.

84) Müller, *op. cit.*, p. 396. 문화유산이라는 객체 자체를 중시하는 입장은 국가와 국제사회 중 어느 쪽이든 그 자체로 우선적인 정당성을 갖는다고 보는 것이 아니라 누구든 문화유산을 가장 효과적으로 보호할 수 있는 주체라면 족하다는 입장이다(*ibid.*, p. 397). Markus는 문화유산은 이를 향유하는 사람과의 관계에서 의미를 가진다는 점이 논의의 출발점이 되어야 하므로, 문화유산에 대한 보호는 국가적 수준과 국제적 수준에서 서로 다른 방법과 정도로 실현될 수 있다고 주장한다(*ibid.*, pp. 406-407).

85) Blake, *op. cit.*, p. 80. Blake는 그러한 예로 건물이나 댐을 짓거나 관광지를 개발함으로써 발전을 도모하려는 국가적/개인적 이해관계와 결부된 발전권이 문화유산을 보존하려는 권리와 충돌하는 국면을 든다. 또한 개발도상국의 국가적 정체성과 결부되어 있는 문화유산이 해외에 소재할 경우에는 그 반환에 관한 문제도 소유권과 발전권 사이의 충돌로 파악할 수 있다. 이에 관해서는 Macmillan (2013), *op. cit.*, pp. 359-361, 364 참조.

있기 때문에 개인성에 기반한 종래의 제1세대나 제2세대 인권으로는 충분히 보호하고 활용하기 어렵다. 또한 문화유산은 개인의 정체성과 존엄의 기틀이 될 수 있을 뿐 아니라 그 자체로 유일무이한 내재적 가치가 있으므로 이를 두텁게 보호할 필요성이 있다. 따라서 문화유산을 제3세대 인권의 객체로 볼 필요성은 수긍할 수 있다. 그러나 문화유산을 제3세대 인권의 객체로 포착하여 그 권리를 구체화하는 작업은 소유권 문제나 다층적 공공성 문제 때문에 법적인 난관에 부딪힌다.⁸⁶⁾ 이를 기존의 법 논리로 해결하기는 상당히 어렵다. 따라서 인류공통의 유산에 관한 제3세대 인권의 객체로 문화유산을 포섭하기 위해서는 기존의 방식과는 다른 접근 방법이 필요하다. 이는 법적인 새로움을 통해서도 가능할 수 있으나,⁸⁷⁾ 최근 시도되고 있는 블록체인이라는 기술적 새로움의 측면에서 그 가능성을 타진해 볼 수도 있다. 이하에서 자세히 살펴보기로 한다.

86) 이 밖에도 문화유산의 국외반출을 금지하는 국내법 조항과 인류의 공동유산으로서의 문화유산 개념 사이의 충돌에서 발생하는 어려움도 있다. 이 쟁점에 관한 개관으로는 John Henry Merryman, "International Art Law: From Cultural Nationalism to a Common Cultural Heritage", *New York University Journal of International Law and Politics* 15, no. 4(Summer 1983), pp. 757-764 참조. 나아가 문화유산을 인류의 공동유산으로 활용할 자금을 어떻게 마련할지도 중요하다(Casini, *op. cit.*, p. 9).

87) 이러한 관점에서 세계유산협약에 가입한 당사국들이 세계유산신탁(World Heritage Trust)이라는 국제기구를 만들 것을 제안하는 견해로, Peters, *op. cit.*, pp. 371-372 참조.

Ⅲ. 문화유산에 대한 제3세대 인권의 새로운 가능성: 문화유산 DAO

1. 공공 목적 DAO의 탄생

탈중앙화자율조직(Decentralized Autonomous Organization, 이하 'DAO'라 한다)은 블록체인 기술을 활용하여 만든 인적 결합인데,⁸⁸⁾ 조직을 관리하는 특정인이나 특정 기관 없이도 조직으로 기능할 수 있다. DAO는 조직의 운영규칙이 미리 컴퓨터 프로그램으로 코드화 되어 블록체인에 저장되어 있기 때문에 누구나 이를 확인할 수 있도록 공개되어 있고, 이를 임의로 변조하거나 수정하는 것이 불가능하며, 그 코드에 동의하는 사람이 조직에 참여함으로써 코드에 스스로 구속을 받는 방식으로 규율될 뿐 개인이나 기관의 중앙집권적인 통제를 받지 않는다.⁸⁹⁾ 또한 DAO는 블록체인에 저장된 코드

88) 최초의 DAO는 이더리움 블록체인을 기반으로 2015. 7. 30.에 만들어진 'The DAO'이다. 이는 IT 관련 벤처기업에 투자하여 수익을 거두는 벤처캐피탈 회사를 블록체인상에 구현한 것이라 할 수 있다. 따라서 The DAO는 그 속성상 투자 수익 창출을 위한 자금 모집이 주목적이다. The DAO의 탄생과 기초적인 작동 원리에 관해서는 Laila Metjahic, "Deconstructing the DAO: the Need for Legal Recognition and the Application of Securities Laws to Decentralized Organizations", *Cardozo Law Review* 39, no. 4(April 2018), pp. 1534-1541 참조.

89) 이와 같이 DAO는 코드 작성에 인간의 개입이 필요하므로 엄밀한 의미에서 볼 때 인공지능(AI) 정도의 자율성이 없으므로, 탈중앙집권자율조직(Decentralized Autonomous Organization)이 아니라 탈중앙집권조직(Decentralized Organization)으로 부르는 것이 정확하다는 견해도 있다(*ibid.*, pp. 1541-1546). 한편, 블록체인에 코드화된 규칙의 자동집행성만으로도 자율성이 있으므로 DAO라고 부르는 견해도 있다(Vincent Mignon, "Blockchains – perspectives and challenges", *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*(Daniel Kraus, Thierry Orbist, Oliver Hari eds.), Edward Elgar Publishing(2019), p. 5; Blaise Carron and Valentin Botteron, "How smart can a contract be?", *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the*

에 정해진 조건이 성취되면 전자적으로 자동 집행되는 스마트계약⁹⁰⁾에 의해 운영되므로, 조직 운영규칙의 불이행의 문제가 생기기 어렵다.⁹¹⁾

DAO의 구성원 지위는 통상 구성원에게 지급되는 토큰(token)으로 표상되는데, DAO는 토큰 보유자에게 DAO의 이익이나 손실을 배분하기도 하고, DAO가 관리하는 자산이나 서비스를 이용하거나 운영하거나 이전할 권리를 부여하기도 하며, DAO의 집단적 의사결정에 참여할 권리를 주기도 한다.⁹²⁾ 예컨대, 이 논문의 주된 관심사인 제3세대 인권의 객체로서의 문화유산의 활용을 목적으로 하는

Law(Daniel Kraus, Thierry Orbist, Oliver Hari eds.), Edward Elgar Publishing (2019), p. 110. 이 논문은 후자의 입장에서 DAO라는 표현을 쓰기로 한다.

- 90) 스마트계약은 익명의 사람들 사이에서도 신뢰를 형성할 수 있는 블록체인 기술의 혁신성을 계약 관계에 구현한 것이다. 스마트 계약의 기본 구조에 관해서는 김재완, “블록체인과 스마트 계약(Smart Contract) : 민사법학과 법조실무에 던지는 도전과 응전 -비가역적·탈중앙화 거래에 관한 민사법적 쟁점과 법률가의 역할-”, *비교사법* 제28권 4호, 한국비교사법학회(2021. 11.), 2-14면; 정진명, “블록체인 기반 스마트계약의 법률문제”, *비교사법* 제25권 3호, 한국비교사법학회(2018. 8.), 928-942면; 김동민, “블록체인 기술을 이용한 스마트계약의 구조와 그 특징에 관한 소고”, *비교사법* 제28권 3호, 한국비교사법학회(2021. 8.), 75-100면 참조.
- 91) 스마트계약의 이러한 자동집행성으로 인해 DAO가 가능성을 강조하는 견해로, Oliver Hari, “The protection of the owners of cryptocurrencies, in particular bitcoin: selected aspects of Swiss financial market and insolvency law”, *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*(Daniel Kraus, Thierry Orbist, Oliver Hari eds.), Edward Elgar Publishing (2019), p. 186.
- 92) Aaron Wright, “The Rise of Decentralized Autonomous Organizations: Opportunities and Challenges”, *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy* 4, no. 2(2021), p. 5. 최초의 DAO인 the DAO 역시 구성원들의 투표를 통해 투자에 관한 의사결정을 하는 구조였다. 이에 관해서는 Jonathan Rohr and Aaron Wright, “Blockchains, Private Ordering, and the Future of Governance”, *Regulating Blockchain*(Philipp Hacker, Ioannis Lianos, Georgios Dimitropoulos, Stefan Eich eds.), Oxford University Press(2019), pp. 44-45].

DAO는 집단적 의사결정권을 표상하는 토큰을 발행하여 그 구성원에게 지급하는데, 이때 그 토큰의 이전 경로나 이를 통한 의사결정권의 행사 결과가 블록체인에 저장되기 때문에 누구에게나 공개되고 이를 조작하는 것은 기술적으로 불가능에 가깝다.⁹³⁾ 이와 같이 DAO는 블록체인 덕분에 중앙집권적 기구나 중개인이 없이도 구성원들 사이의 신뢰를 형성할 수 있다. 익명의 사람들 사이에서도 신뢰를 형성시킬 수 있다는 블록체인 기술의 혁신적인 장점을 조직결성의 측면에서 구현해 낸 것이 DAO이다.

드물지만 DAO가 공공성을 표방하는 경우도 있다. 미국 헌법 초판본이 소더비 경매에 나오자 이를 재력가의 품에 안길 것이 아니라 시민이 낙찰 받자는 기치 아래 2021년 11월 미국에서 결성된 헌법DAO⁹⁴⁾가 대표적인 예이다.⁹⁵⁾ 그 후 우리나라에서도 간송미술관이 2022년 1월에 국보인 ‘계미명금동삼존불입상’과 ‘금동삼존불감’을 경매에 내놓자 그 낙찰과 공적 활용 등을 목표로 ‘국보 DAO’가 결성되었다. 헌법DAO나 국보 DAO와 같은 공공 목적 DAO는 문화유산에 대한 특정 개인의 독점적 소유에 반대한다는 점에서 문화유산을 인류의 공동유산으로 바라보는 시각과 일맥상통한다. 이하에서는 DAO가 제3세대 인권을 실현할 수 있는 법적 도구로 기능할 수

93) Wright, *op. cit.*, pp. 8-9.

94) DAO는 문화유산 보호를 위해 만들어진 것은 아니지만, 2021년 11월경 미국에서 결성된 ConstitutionDAO(이하 ‘헌법DAO’라 한다)를 통해 그러한 가능성을 보여주며 세계적인 주목을 받았다. 헌법DAO는 미국헌법초판본이 소더비 경매에 나오자 이를 낙찰 받아 시민의 품으로 돌리자는 취지로 결성되었다. 헌법DAO는 단기간에 약 480억 원을 모금하여 화제를 불러일으키면서 경매에 참여하였으나 근소한 차이로 낙찰에는 실패하였다. 헌법DAO는 블록체인에 기반한 가상화폐인 이더리움을 모금하는 방식으로 결성되었다. 헌법DAO의 홈페이지는 <https://www.constitutiondao.com/>이다(방문일자 2022. 6. 29.).

95) 이러한 형태의 DAO는 DAO의 종류 중 참여적 DAO(participatory DAO)의 일종이다(DAO의 분류 체계에 관해서는 Wright, *op. cit.*, pp. 5-6 참조).

있을지 살펴본다.⁹⁶⁾

2. 문화유산의 공적 활용을 표방하는 DAO에 적합한 법적 지위

가. 쟁점

DAO의 법적 지위는 미해결 상태이다.⁹⁷⁾ 이 논문은 모든 DAO의 법적 지위가 아니라 제3세대 인권의 객체의 관점에서 문화유산의 공적 활용을 표방하는 특별한 형태의 DAO(이하 ‘문화유산 DAO’라 한다)의 법적 지위에 한정하여 논의하기로 한다. 문화유산 DAO의 법적 지위는 제3세대 인권으로서의 인류 공통의 문화유산에 대한 소유권과 직결된다. 우리 민법은 물권법정주의를 취하고 있는데,⁹⁸⁾

96) 지면관계상 이 논문은 블록체인 기반 DAO에 한정하여 살펴보나, 메타버스 등 ‘문화유산의 디지털화’라는 신기술 역시 문화유산을 제3세대 인권의 객체로 포섭하기 위한 난관들을 헤쳐 나갈 수 있는 수단이 될 수 있다. UNESCO는 2003년에 디지털유산보존에 관한 현장을 채택하기도 하였다. 디지털 유산의 중요성에 관해서는 Donders, *op. cit.*, Oxford University Press(2020), p. 401 참조.

97) DAO의 법적 지위의 불분명함은 블록체인 관련 산업이 발달한 스위스나 싱가포르에서도 마찬가지로 보인다[Mignon, *op. cit.*, p. 6; Chua Wei Rong, “The Legal Status of DAOs in Singapore: Company, Partnership, or Business Trust?”, *Singapore Law Review* 38(2020-2021), pp. 213-237]. 참고로, 공공성과 무관한 일반적인 영리 목적 DAO의 법적 지위에 대해서는 미국 와이오밍주가 2021. 7. 1. DAO를 유한책임회사(limited liability company)로 인정한 것이 최초이자 현재 유일한 실정법으로 보인다. 이 법률의 자세한 내용은 <https://www.wyoleg.gov/Legislation/2021/SF0038>(방문일자 2022. 6. 29.) 참조. 위 법률에 따라 American CryptoFed DAO가 최초로 법적 지위를 인정받았다. 또한 DAO를 UPA(Uniform Partnership Act) 상의 general partnership으로 인정해야 한다는 견해로 Metjahic, *op. cit.*, pp. 1554-1559 참조.

DAO의 법적 지위뿐 아니라, 블록체인 기술 자체의 안정성이나 DAO의 법적 책임능력, DAO에 대한 과세, 파산 등의 문제 역시 추가적인 연구가 필요한 분야이나, 이는 이 논문에서 다룰 수 있는 범위를 넘어서므로 후속 연구로 미루기로 한다.

98) 민법 제185조(물권의 종류) 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다.

소유의 형태로 단독소유와 공동소유를 인정하고, 공동소유는 다시 그 소유권의 주체가 누구이고 단체성이 얼마나 있는지에 따라 공유, 합유, 총유의 세 가지만을 허용한다. 결국 문화유산 DAO의 법적지위는 문화유산 DAO가 문화유산을 우리 민법상 단독소유, 공유, 합유, 총유 중 어떠한 형태로 소유할 수 있는지에 직결된다.

현행법상 문화유산 DAO의 법적 지위의 후보로는 민법상 사단법인과 재단법인, 협동조합 기본법상 협동조합, 민법상 조합, 비법인사단, 비법인재단을 생각해 볼 수 있다. 이론적인 관점에서는 문화유산 DAO를 사단법인이나 재단법인으로 구성할 수도 있다. 그런데 사단법인이나 재단법인은 법상의 설립요건을 만족시켜야 할 뿐만 아니라 중앙집권적 의사결정기관이 있어야 하며 그 기관 구성을 위해 실명 확인이 되는 자연인이 필요하다. 따라서 탈중앙집권성과 익명성을 특징으로 하는 블록체에 기반한 DAO를 사단법인이나 재단법인으로 구성하는 것은 현실성이 떨어진다.

그렇다면 현행법상으로는 문화유산 DAO를 협동조합 기본법에 따른 협동조합으로 구성하거나 민법상 조합, 비법인사단 혹은 비법인재단으로 구성하는 방법이 남는다. 협동조합 기본법은 개방성과 자발성, 민주적 운영, 조합원의 경제적 참여, 자치와 독립성, 공동체에 대한 공헌 등을 기본 원리로 하는 국제적인 협동조합 운동의⁹⁹⁾ 국내법적 수용이라 할 수 있다. 위와 같은 협동조합의 기본 원리는 문화유산의 공적 활용을 목적으로 하는 문화유산 DAO의 실질과 어느 정도 교차점이 있다. 또한 협동조합에는 협동조합 기본법 제4조 제1항에 따라 법인격이 부여되고 같은 법 제10조 내지 제10조의 3에 따라 정부의 지원이 있다는 장점도 있다. 그러나 위 법상 정관

99) 이 점을 비롯하여 협동조합 일반에 관해서는 강정혜, 기업법의 도전-협동조합, 서울시립대학교출판부(2021), 43-69면 참조.

작성, 창립총회의 의결이라는 요건을 갖추어 주된 사무소의 소재지를 관할하는 시·도자사에게 신고를 하고 설립등기를 마쳐야 협동조합이 될 수 있다. 이는 DAO 결성상의 자율성과 어울리지 않는 면이 있다. 또한 DAO는 일반적으로 그 구성원 지위가 오래 유지되기 보다는 단기간이고,¹⁰⁰⁾ 문화유산 DAO 역시 특정 문화유산의 낙찰 및 활용을 목적으로 하여 일시적으로 결성되고 구성원의 교체가 자유로울 뿐 아니라 구성원들 사이의 긴밀한 유대관계가 필수적이지 않다는 점에서 협동조합 기본법상 협동조합과는 거리가 있다. 이러한 점을 고려하면, 결국 문화유산 DAO에 적합한 법적 지위로는 민법상 조합, 비법인사단, 비법인재단이 후보로 남는다. 이하에서 자세히 살펴본다.

나. 문화유산 DAO를 민법상 조합으로 구성할 가능성

대법원 판례상 민법상 조합과 비법인사단의 구별기준은 다음과 같다.¹⁰¹⁾

민법상의 조합과 법인격은 없으나 사단성이 인정되는 비법인사단을 구별함에 있어서는 일반적으로 그 단체성의 강약을 기준으로 판단하여야 하는바, 조합은 2인 이상이 상호간에 금전 기타 재산 또는 노무를 출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정하는 계약관계에 의하여 성립하므로(민법 제703조) 어느 정도 단체성에서 오는 제약을 받게 되는 것이지만 구성원의 개인성이 강하게 드러나는 인적 결합체인 데 비하여 비법인사단은 구성원의 개인성과는 별개로 권리의무의 주체가 될 수 있는 독자적 존재로서의 단체적 조직을 가지는 특성이 있다 하겠는데 민법상 조합의 명칭을 가지고 있는 단체라 하더라도 고유의

100) Wright, *op. cit.*, p. 5.

101) 대법원 1992. 7. 10. 선고 92다2431 판결.

목적은 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고, 기관의 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙에 의하여 행해지며, 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속되고, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 자본의 구성, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 확정되어 있는 경우에는 비법인사단으로서의 실체를 가진다고 할 것이다.

요컨대, 구성원의 개인성이 강하게 드러나는 인적 결합체일수록 조합에 가깝고 구성원의 개인성이 약할수록 비법인사단에 가까워진다. 문화유산 DAO의 경우 불특정다수를 상대로 하여 그 목적에 동의하는 사람들 누구나를 구성원으로 모집한다. 심지어 익명으로도 문화유산 DAO에 참여할 수 있고, 그 구성원 지위를 표상하는 토큰의 취득, 상실, 이전만으로 구성원 지위를 자유롭게 취득, 상실, 이전할 수 있다.¹⁰²⁾ 따라서 문화유산 DAO는 구성원의 개인성이 강하게 드러나는 인적 결합체인 민법상 조합과는 거리가 멀다. 특히 문화유산 DAO를 민법상 조합으로 구성할 경우 DAO 자체는 문화유산의 소유자가 될 수 없고, DAO를 구성하는 조합원들이 조합체로서 문화유산을 소유하게 되는데, 이는 민법 제271조에 따라 합유에 해당된다.¹⁰³⁾ 따라서 민법 제272조에 따라 합유물의 처분 또는 변경을 위해서는 합유자 전원의 동의가 있어야 하고, 민법 제273조 제1항에 따라 합유자 전원의 동의 없이는 합유자 1인은 자신의 지분을 처분하지 못한다. 결국 문화유산 DAO를 민법상 조합으로 구

102) 인적 결합이 일시적이고 장기적이지 않다는 것도 DAO의 특징 중 하나이다 (Wright, *op. cit.*, p. 5).

103) 따라서 국보 DAO에 참여하는 합유자 1인의 권리는 합유물 전부에 미치고, 합유자는 합유물의 분할을 청구할 수 없다(민법 제273조 제2항).

성할 경우, 문화유산 DAO는 다수결에 의한 의사결정으로도 문화유산을 매각할 수 없고 문화유산 DAO에서 탈퇴하거나 새로 가입하려 할 때마다 나머지 구성원 전원의 동의가 필요하다. 합유관계의 이러한 속성은 다수결에 의한 의사결정이나 자유로운 가입, 탈퇴 가능성이라는 DAO의 속성과 모순된다. 이와 같이 민법상 조합은 개인성이 강하게 드러나는 인적 결합이기 때문에 문화유산 DAO의 목적과 실질을 효과적으로 구현할 수 있는 법형식으로 보기 어렵다.

다. 문화유산 DAO를 비법인사단으로 구성할 가능성

학설상 비법인사단에 대해서는 단체로서의 조직을 갖출 것, 어느 정도의 존속기간이 있을 것, 구성원 변동으로부터 독립적일 것, 명칭이 있을 것이 요구된다. 이때 단체로서의 조직이란 정관 및 기관이 있어야 함을 의미한다. 대법원은 비법인사단의 요건을 다음과 같이 판시하였다.¹⁰⁴⁾

비법인사단은 구성원의 개인성과는 별개로 권리·의무의 주체가 될 수 있는 독자적 존재로서의 단체적 조직을 가지는 특성이 있다 하겠는데, 어떤 단체가 고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고, 기관의 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙에 의하여 행하여지며, 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속되고, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 자본의 구성, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 확정되어 있는 경우에는 비법인사단으로서의 실체를 가진다고 할 것이다.

104) 대법원 1999. 4. 23. 선고 99다4504 판결 등

한편, 비법인재단이 되려면 학설상 단체로서의 조직을 갖출 것, 어느 정도의 존속기간이 있을 것, 명칭이 있을 것이 요구된다고 본다. 결국 비법인사단과 비법인재단은 사원총회를 두는지 여부가 결정적인 차이이다. 문화유산 DAO는 구성원들에게 그 지위를 표상하는 토큰을 지급하고, 토큰을 보유한 사람들이 블록체인을 이용한 투표의 형식으로 문화유산의 공적 활용 방안에 관한 의사결정에 적극적으로 참여하는 것을 전제로 한다. 이는 법적인 관점에서는 사원총회와 같이 구성원 모두가 모이는 의사결정기구에 해당되므로 이러한 의사결정기구가 없는 비법인재단보다는 사원총회라는 의결기구가 있는 비법인사단이 문화유산 DAO에 더 잘 어울린다.

특히 문화유산 DAO를 비법인사단으로 구성하고, 그 공공성 담보에 직결되는 중요한 사안에 대한 의사결정권을 사원총회에 부여하도록 정관에 규정하면 문화유산의 공적 활용을 충실히 담보할 수 있다. 반면 비법인재단은 그 의사결정이 소수의 사람으로 구성된 이사회에 의해 이루어지기 때문에 상대적으로 공공성을 담보하기 힘들다. 현재 비영리법인을 전제로 운영되는 재단법인은 설립 허가제를 택하고 있고, 행정청이 그 운영을 지속적으로 감독함으로써 그 비영리성을 담보하고 있으나,¹⁰⁵⁾ 재단법인과 달리 비법인재단은 감독관청이 없으므로 그 운영의 실질이 공익 실현보다는 소수의 이익을 위하는 쪽으로 기울기 쉽다.

또한 비법인재단의 소유권에 관해서는 민법상 특별한 규정이 없

105) 민법 제32조(비영리법인의 설립과 허가) 학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 사단 또는 재단은 주무관청의 허가를 얻어 이를 법인으로 할 수 있다.

제39조(영리법인) ① 영리를 목적으로 하는 사단은 상사회사설립의 조건에 좇아 이를 법인으로 할 수 있다.

② 전항의 사단법인에는 모두 상사회사에 관한 규정을 준용한다.

다. 학설은 비법인재단 단독 소유설, 대표자에 대한 신탁설이 대립하고 있고, 판례는 비법인재단의 단독 소유로 본다.¹⁰⁶⁾ 따라서 문화유산 DAO를 비법인재단으로 구성할 경우 문화유산의 소유권에 관해 혼란이 발생할 가능성이 있다. 반면, 비법인사단의 소유권은 민법 제275조에 따라 공유가 되므로, 문화유산의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의하고(민법 제276조 제1항), 문화유산 DAO에 참여한 각 사원은 정관에 따라 문화유산을 사용, 수익할 수 있다(민법 제276조 제2항). 또한 공유물에 대한 사원의 권리의무는 사원의 지위를 취득상실함에 따라 취득상실된다(민법 제277조). 나아가 문화유산에 관한 그 밖의 사항은 DAO의 정관으로 정할 수 있게 된다(민법 제275조 제2항).

결국, 구성원 전부가 참여할 수 있는 의사결정기구인 사원총회의 존재, 정관 및 사원총회를 통한 공공성 담보 가능성, 공유에 의한 구성원 각자의 지분 소유 배제라는 비법인사단의 특징을 종합해 보면, DAO의 기술적 특성을 반영하면서도 문화유산 DAO가 목표로 하는 문화유산의 공적 활용을 가장 잘 구현할 수 있는 법적 형식은 비법인사단이라 볼 수 있다.

3. 문화유산 DAO와 제3세대 인권의 실현

가. 소유권 문제와 다층적 공공성 문제를 해결할 가능성

비법인사단의 소유 형태가 공유로 민법에 규정되어 있는 이상,

106) “종래부터 존재하여 오던 사찰의 재산을 기초로 구 불교재산관리법(1987.11.28. 법률 제3974호 전통사찰보존법 시행으로 폐지)에 따라 불교단체등록을 한 사찰은 권리능력 없는 재단으로서의 성격을 가지고 있다고 볼 것이므로, 비록 그 신도들이 그 사찰의 재산을 조성하는 데 공헌을 하였다 할지라도 그 사찰의 재산은 신도와 승려의 공유에 속하는 것이 아니라 권리능력 없는 사찰 자체에 속한다.” 대법원 1994. 12. 13. 선고 93다43545 판결

문화유산 DAO를 비법인사단으로 구성하면 문화유산 DAO의 문화유산에 대한 권리에 관한 법적 성격을 둘러싼 논란이 해결된다. 특히 문화유산의 소유권이 각 사원에게 지분으로 귀속되는 것이 아니라 문화유산 DAO라는 비법인사단의 총유로 귀속되므로 DAO 구성원 개인의 배타적 소유권 행사 가능성이 처음부터 한층 줄게 된다. 이러한 법적 구조가 성별, 인종, 종교 등 아무런 차별 없이 구성원 지위를 취득할 수 있다는 블록체인 기술의 개방성과 결합하면, DAO는 특정 개인에 의한 문화유산의 독점적인 지배가 아니라 모든 인류의 이익을 위한 문화유산의 활용에 초점을 맞추는 제3세대 인권으로서의 인류 공동유산에 대한 소유권의 특성을 구현할 수 있게 된다.¹⁰⁷⁾ 이는 단순히 법적 지위 규명에 국한된 문제가 아니라 경매에의 입찰, 입찰 후 문화재의 등록, 관련 세금의 납부, 문화재의 보관 및 활용에 이르기까지 문화유산을 둘러싼 각종 법적 쟁점들을 명료하게 해결할 교두보가 마련됨을 의미한다. 이를 통해 제3세대 인권으로서 문화유산에 대한 소유권의 구체적 실현 과정이 명확해지고, 인권 보장의 내실화가 가능하게 된다.

문화유산을 인류의 공동유산으로 파악하고 제3세대 인권의 객체로 보는 것은 인류의 연대를 전제로 하고, 이는 인류의 구성원이기만 하면 누구나 문화유산을 누릴 수 있다는 개방성으로 발현된다. 기존의 인적 결합들은 특정 층위의 공공성이나 특정한 지역성을 전제로 하는 경우가 대부분이어서 이러한 범인류적 개방성을 담아내기 어렵다. 특히 지역, 민족, 종교, 범인류와 같은 다양한 층위의 공공성을 모두 포괄하는 조직을 만드는 것은 물리적으로 매우 어려운

107) Vasak이 제안한 제3세대 인권 규약 초안 제20조 제1문 누구도 인류의 공동유산에 대한 배타적 소유권을 주장할 수 없다. 모든 사람은 개인적으로나 집단적으로 인류의 공동유산에 관한 사용권을 가진다(Vasak(1984), *op. cit.*, p. 850).

일이다. 그러나 비법인사단이라는 기존의 단체법 제도와 DAO라는 새로운 기술을 결합시킬 경우 그러한 충돌을 해소할 틈이 생긴다. 즉, 비법인사단은 민법상 조합에 비해 구성원의 가입/탈퇴/변경이 자유롭고, 그 정관을 통해 비실명 사원도 허용할 수 있다. 또한 DAO는 블록체인에 기반하기 때문에 그 기술적 속성상 개방성, 투명성, 탈중앙집권성, 자율성을 띤다. 따라서 인류 구성원 중 인터넷망을 통해 블록체인에 접근하여 일정한 양의 가상화폐를 송금할 수 있는 사람이면 인종, 국적, 연령, 성별에 관계없이, 심지어 실명확인조차 필요 없이 누구나 몇 번의 클릭만으로 문화유산 DAO에 참여할 수 있다.¹⁰⁸⁾ 나아가 문화유산 DAO 구성원 전체의 의사결정이 필요한 경우에도 총회 소집을 위한 장소나 투표용지 마련 등의 비용과 번잡함 없이 전세계에 흩어진 구성원들을 상대로 손쉽게 투표 절차를 진행하고 의사결정을 할 수 있고, 그 결과 구성원들이 의사결정의 주체로 참여할 실질적인 기회가 확대된다.¹⁰⁹⁾ 이렇게 특정 소수의 의사가 아니라 진정한 의미의 다수의 의사가 공동체 전체의 의사결정에 반영됨으로써 집단의 의사가 특정 소수에 의해 좌우되는 것을 막을 수 있다.¹¹⁰⁾ 이를 통해 다양한 층위의 공공성에 걸쳐 있는 사람들을 하나의 모임으로 묶어낼 수 있다.

앞서 든 ‘직지’의 예를 들어 설명하면 다음과 같다. 만약 직지가 프랑스의 경매 시장에 나오고, 그 낙찰을 목표로 하는 ‘직지 DAO’가 결성되어 가상화폐인 이더리움을 모금하기 시작한다면, 지정된 전자지갑 주소로 자신이 보유한 이더리움을 전송할 수 있는 사람이라면 누구나 직지 DAO의 구성원이 될 수 있다. 어떤 사람이 직지

108) DAO의 높은 접근성에 관해서는 Metjahic, *op. cit.*, pp. 1545-1546 참조.

109) Wright, *op. cit.*, p. 9.

110) *Ibid.*, pp. 9-10.

DAO 설립시에 공개된 특정의 전자지갑 주소로 이더리움을 송금하면, 그 즉시 블록체인에 코드화된 스마트계약에 따라 그가 직지 DAO의 구성원임을 표상하는 토큰이 지급된다.¹¹¹⁾ 이더리움을 보낸 사람은 국적, 성별, 연령, 종교 등 아무런 차별 없이, 아무런 가입심사나 신원 확인 절차도 없이, 곧바로 직지 DAO의 구성원이 된다. 그 결과 직지를 둘러싼 어떠한 종류의 공공성의 층위에 속한 사람이라도 자유롭게 직지 DAO의 구성원이 될 수 있다. 또한 직지 DAO의 구성원이라면 그가 어떠한 공공성의 층위에 있든 간에 직지의 활용 방안에 대한 의사결정에 자유롭게 참여할 수 있다. 이와 같이 비법인사단으로서의 문화유산 DAO는 특정 집단이나 공동체, 국가가 설정한 경계를 넘기에 용이하기 때문에 문화유산을 ‘연대의 권리’인 제3세대 인권의 객체로 삼을 수 있는 가능성을 열 수 있다.

마. 문화유산 DAO의 한계와 앞으로의 과제

블록체인이라는 신기술의 산물로 탄생한 DAO의 개방성과 신뢰성은 매우 인상적이지만 DAO 자체가 사회적, 정치적 쟁점을 곧장 해결해 주는 것이 아니라는 점에 유의할 필요가 있다.¹¹²⁾ DAO는 가치판단을 하는 인간이 존재하는 것을 전제로 하여 그 가치판단이 완료된 이후의 절차의 공정성, 투명성과 효율을 기술적으로 보장할 뿐이다. 물론 조직체의 개방성, 의사결정과정의 공정성, 투명성, 효율에서 비롯되는 신뢰성을 기술적으로 완벽에 가깝게 보장할 수 있다는 것만으로도 현재 존재하는 고전적인 인적 결합이나 의사결정 체제에 비하여 혁신적인 진보임에 틀림없다. 하지만 그러한 혁신적

111) 이는 통상 ‘자동 실행’으로 설명된다. 이 점에 관해서는 정진명, 앞의 논문, 958-959면; 김동민, 앞의 논문, 99-100면 참조.

112) Wright, *op. cit.*, pp. 12-13.

인 기술적 진보가 문화유산 DAO의 핵심인 공공성을 제대로 구현하려면 그러한 기술적 장치와 별도로 공공성에 대한 제대로 된 가치판단이 선행되어야 하고, 이를 담보하는 추가적인 법적인 조치가 필요하다.

이러한 사실은 DAO의 개방성이 곧 연대성과 같은 공공성을 의미하지 않기 때문에 문화유산 DAO는 얼마든지 구성원들만의 사익을 추구하는 방향으로 운영될 수 있다는 점을 생각해 보면 잘 알 수 있다. 예컨대 재력가가 많은 양의 가상화폐를 송금하여 다수의 투표권을 확보함으로써 DAO의 의사결정을 자신의 이해관계에 따라 좌우한다거나, 문화유산 DAO가 블록체인을 이용한 공정하고 투명한 의사결정을 거쳐 해당 문화유산을 구성원 각자의 집에 돌아가면서 전시하면서 고액의 관람료를 받을 수 있게 하는 것도 가능하다. 요컨대 블록체인과 이에 기반한 DAO가 그 자체로 연대성을 구현해 주는 기술은 아니기 때문에, 문화유산 DAO가 연대성이라는 특수한 공공성을 핵심으로 하는 제3세대 인권을 구현할 수 있는 법적 도구가 되려면, 그 공공성을 담보할 장치가 추가로 필요하다.

이러한 추가적 장치는 문화유산 DAO의 법형식을 비법인사단으로 파악하는 데에서 실마리를 찾을 수 있다. 문화유산 DAO의 법형식을 비법인사단으로 파악하면, 그 구성원들은 정관에 구속된다. 따라서 정관에 인류공통의 유산으로서의 문화유산을 표방하는 규정들을 세밀하게 둬으로써 제3세대 인권의 실현을 담보할 수 있다. 특히 블록체인을 통해 실행되는 스마트계약은 조건문의 형태로 코드화되므로 공공성을 담아내는 데에 일정한 한계가 있기 때문에 비법인사단의 정관을 통해 문화유산 DAO의 공공성을 충분히 기술하고, 그 구성원들이 여기에 구속되도록 할 필요가 있다. 이러한 관점에서 문화유산 DAO의 정관에는 문화유산의 사용, 수익, 처분을 공

공 목적에 한정하는 내용이 반드시 포함되어야 한다. 이러한 정관이 없다면, 블록체인 기술로 의사결정과정의 투명성을 보장할 수 있다 하더라도, 문화유산 DAO의 구성원들의 다수결로 문화유산을 재력가에게 높은 가격에 매각하여 시세 차익을 취한 다음 문화유산 DAO를 해체하는 식의 의사결정도 가능하다.

요컨대, DAO라는 신기술과 비법인사단의 총유라는 소유형식은 제3세대 인권의 특징인 연대성을 효과적으로 구현할 매개체가 될 가능성이 잠재해 있지만, 그것이 곧 연대성이라는 실체와 동일한 것은 아니다. 제3세대 인권의 객체로서 인류 공통의 문화유산의 실질인 연대성을 직접적으로 표현하고 담보하기 위해서는 이를 담아낼 비법인사단의 정관과 같은 추가적인 장치가 있어야 한다.¹¹³⁾

113) 결국, 문화유산 DAO의 정관을 누가 어떠한 내용으로 작성하고, 매입대상인 문화유산을 누가 결정하고, 그 전시, 매각 등을 공적 목적에 부합하게 할 수 있는 선택지를 누가 제시할 것인지가 제3세대 인권으로서 문화유산의 소유권을 실질적으로 구현할 수 있는 최종적인 요소로 남게 된다. 이를 행할 주체로는 국가, 지방자치단체, ‘문화유산과 자연환경자산에 관한 국민신탁법’에 의해 설립된 문화유산국민신탁법인, 공공 목적을 표방하는 박물관이나 미술관, 혹은 문화유산 전문가 집단을 상정할 수 있다.

이러한 역할을 하는 주체를 curator라고 부르는데, 그 중요성은 문화유산 DAO 뿐 아니라 수익을 목적으로 하는 통상적인 DAO에서도 마찬가지이다(Ioannis Liaons, “Blockchain Competition: Gaining Competitive Advantage in the Digital Economy-Competition Law Implications”, *Regulating Blockchain(Philipp Hacker, Ioannis Lianos, Georgios Dimitropoulos, Stefan Eich eds.)*, Oxford University Press(2019), pp. 340-341; Biba Homys, “Aspects of Swiss financial regulation”, *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law(Daniel Kraus, Thierry Orbist, Oliver Hari eds.)*, Edward Elgar Publishing (2019), p. 180).

참고로, 헌법DAO의 경우 Endaoment라는 자선단체(홈페이지: www.endaoment.org)가 경매입찰과 같은 실무를 담당하였는데, 공적 가치를 실현하려는 DAO의 경우에는 이와 같이 공공성을 표방한 집단이 DAO의 운영 실무에 관여할 필요가 있다.

IV. 결론

일찍이 Karel Vasak은 제1세대 인권과 제2세대 인권은 개인의 권리가 되기 때문에 이기주의나 고독이라는 부작용을 낳을 수 있고, 이를 해결하기 위해 사람과 사람 사이의 연대에 기반한 제3세대 인권이 필요하다고 강조하였다. 물질적 풍요는 물론이고, 국제인권재판소, 인권위원회, 사법부와 같은 각종 인권 보장 장치까지도 잘 갖춘 나라들에서 고독과 단절이 사회적인 문제로 떠오르는 것을 보면,¹¹⁴⁾ Vasak의 주장이 선견지명이었음을 인정하게 된다. 문화유산은 인간 존엄의 기반인 자기정체성을 찾을 수 있는 중요한 대상이고, 같은 문화적 정체성을 공유하는 사람들 사이에는 지역과 세대를 넘어서는 강력한 연대감이 형성된다. 또한 문화유산은 그 자체로도 유일무이한 내재적 가치가 있기 때문에 이를 보존하는 것은 미래세대를 포함한 온 인류의 관심사이다. 따라서 문화유산을 제3세대 인권의 객체로 보호할 필요성을 부인하기는 어렵다. 다만 문화유산은 이미 기존의 법제에 의해 보호되는 소유자가 있는 경우가 많기 때문에 이를 인류의 공동유산에 대한 소유권이라는 제3세대 인권의 객체로 적극적으로 인정하고 강제로 구현할 법적 장치를 마련하기는 쉽지 않다. 또한 문화유산에 대해 정체성을 형성하는 집단이 다양한 공공성의 층위에 존재할 수 있기 때문에 이를 하나의 틀 안에서 조화시키기도 어렵다.

하지만 최근 정보통신기술의 극적인 발전 덕분에 개방성, 투명성, 익명성, 탈중앙집권성을 구현하면서도 구성원 사이의 신뢰를 담보할 수 있는 블록체인이라는 신기술이 등장하였고, 이에 터잡아

114) 예컨대, 최근 영국과 일본이 고독, 고립 문제를 담당하는 장관 등의 국가기관을 설치하였다는 사실이 이를 잘 보여준다.

DAO라는 새로운 조직이 생겨났다. DAO의 위와 같은 특성은 제3세대 인권의 객체로서 인류 공통의 문화유산이 가진 다층적 공공성과 닮아 있다. 이러한 유사성은 문화유산을 제3세대 인권의 객체로 인정하는 데에 있어 발생하는 어려움을 기술적으로 해결할 수 있는 실마리가 될 수 있다. 나아가 DAO의 법적 지위를 비법인사단으로 구성할 경우 민법에 이미 마련되어 있는 총유라는 소유권 형식을 이용할 수 있고 이는 구성원의 지분적 소유권 행사나 독점적 점유를 배제하는 내용이므로 제3세대 인권의 객체로서의 문화유산의 속성인 연대성에 부합한다.

특히 헌법DAO나 국보 DAO가 보여주었듯이, 문화유산을 모든 시민을 위해 활용하는 것을 목표로 하는 DAO를 결성하는 것은 현실적으로도 가능하다. 다만 이러한 DAO가 구현하려는 공공성, 다시 말해 제3세대 인권의 특징인 연대성은 블록체인 기술 자체에 내재되어 있는 것이 아니다. 또한 문화유산 DAO의 법적 지위를 비법인사단으로 구성하고 그 소유 형태를 총유로 파악하는 것이 문화유산 DAO의 실질에 가장 부합하는 것은 사실이나, 비법인사단의 총유라는 소유 형식 역시 곧바로 제3세대 인권의 객체로서의 문화유산의 연대성을 구현하는 것은 아니다. 문화유산에 담은 연대성의 구체적 내용이 무엇인지를 규명하는 공법학의 연구성과가 비법인사단으로서의 문화유산 DAO의 정관에 오롯이 구현되고, 그것이 문화유산 DAO의 실무자와 공유될 때 비로소 문화유산은 제3세대 인권의 객체로서 온전히 보호될 수 있다. 이러한 노력은 결국 사람과 사람 사이의 연대성을 일깨워 이기심, 고독, 단절을 극복함으로써 모든 인류의 행복에 기여할 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

〈국내문헌〉

- 고문현, “제3세대 인권으로서의 환경권”, 『환경법연구』 제27권 제4호, 한국환경법학회, 2005.
- 김동민, “블록체인 기술을 이용한 스마트계약의 구조와 그 특징에 관한 소고”, 『비교사법』 제28권 제3호, 한국비교사법학회, 2021.
- 김병록, 『민주주의와 제3세대 인권』, 조선대학교 출판부, 2011.
- 김선희, 『기후변화소송에 대한 비교법적 검토』, 헌법재판연구원, 2022.
- 김제완, “블록체인과 스마트 계약(Smart Contract) : 민사법학과 법조실무에 던지는 도전과 응전 -비가역적·탈중앙화 거래에 관한 민사법적 쟁점과 법률가의 역할-”, 『비교사법』 제28권 제4호, 한국비교사법학회, 2021.
- 김철수, 『헌법학신론[제21전정판]』, 박영사, 2013.
- 박찬운, 『인권법[제2개정판]』, 도서출판 한울, 2015.
- 이근관, “동아시아지역의 문화재 보호 및 불법거래방지에 관한 법적 고찰”, 『법학』 제44권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2003.
- 장복희, “제3세대 인권인 국제연대권”, 『아주법학』 제11권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2018.
- 정진명, “블록체인 기반 스마트계약의 법률문제”, 『비교사법』 제25권 제3호, 한국비교사법학회, 2018.
- 홍성방, 『헌법학(상)[제3판]』, 박영사, 2016.
- Ronald Dworkin, 박경신·김지미 옮김, 『생명의 지배영역: 낙태, 안락사 그리고 개인의 자유』, 로도스출판사, 2014.

〈해외문헌〉

- Aaron Wright, “The Rise of Decentralized Autonomous Organizations: Opportunities and Challenges”, *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy* 4, no. 2, 2021.
- Ana Filipa Vrdoljak, “Human Rights and Cultural Heritage in International

- Law”, *International Law for Common Goods*(Federico Lenzerini and Ana Filipa Vrdoljak eds.), Hart Publishing, 2014.
- Biba Homby, “Aspects of Swiss financial regulation”, *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*(Daniel Kraus, Thierry Orbist, Oliver Hari eds.), Edward Elgar Publishing, 2019.
- Blaise Carron and Valentin Botteron, “How smart can a contract be?”, *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*(Daniel Kraus, Thierry Orbist, Oliver Hari eds.), Edward Elgar Publishing, 2019.
- Chua Wei Rong, “The Legal Status of DAOs in Singapore: Company, Partnership, or Business Trust?”, *Singapore Law Review* 38, 2020-2021.
- Fiona Macmillan, “The Protection of Cultural Heritage: Common Heritage of Humankind, National Cultural ‘Patrimony’ or Private Property?”, *Northern Ireland Legal Quarterly* 64, no. 3, Autumn 2013.
- Fiona Macmillan, *Intellectual and Cultural Property: Between Market and Community*, Routledge, 2021.
- Francesco Francioni, “World Cultural Heritage”, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*(Francesco Francioni and Ana Filipa Vrdoljak eds.), Oxford University Press, 2020.
- Ioannis Liaons, “Blockchain Competition: Gaining Competitive Advantage in the Digital Economy-Competition Law Implications”, *Regulating Blockchain*(Philipp Hacker, Ioannis Lianos, Georgios Dimitropoulos, Stefan Eich eds.), Oxford University Press, 2019.
- Janet Blake, “On Defining the Cultural Heritage”, *International and Comparative Law Quarterly* 49, no. 1, January 2000.
- John Henry Merryman, Albert E. Elsen, Sthphen K. Urice, Law, *Ethics and the Visual Arts*, Kluwer Law International, 2007.
- John Henry Merryman, “International Art Law: From Cultural Nationalism to a Common Cultural Heritage”, *New York University Journal of International*

Law and Politics 15, no. 4, Summer 1983.

Jonathan Rohr and Aaron Wright, “Blockchains, Private Ordering, and the Future of Governance”, *Regulating Blockchain*(Philipp Hacker, Ioannis Lianos, Georgios Dimitropoulos, Stefan Eich eds.), Oxford University Press, 2019.

Karel Vasak, "Revisiter la Troisième Génération des Droits de L'homme avant Leur Codification", *Liber Amicorum Hector Gros Espiell*, Bruylant, 1997.

Karel Vasak, “A 30-Year Struggle; The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights”, *UNESCO Courier*, 1977. 11.

Karel Vasak, “Pour une troisième génération des droits de l'homme”, *Etudes et Essais sur le Droit International Humanitaire et sur les Principes de la Croix-Rouge en L'honneur de Jean Pictet*(Christophe Swinarski ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

Kemal Baslar, *The Concept of Common Heritage of Mankind in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

Keun-Gwan Lee, “Asia”, *The Oxford Handbook of Cultural Heritage Law*(Francesco Francioni and Ana Filipa Vrdoljak eds.), Oxford University Press, 2020.

Kristin Hausler, “The UN Security Council, the Human Rights Council, and the Protection of Cultural Heritage”, *Intersections in International Cultural Heritage Law*(Anne-Marie Carstens and Elizabeth Varner eds.), Oxford University Press, 2010.

Laila Metjahic, “Deconstructing the DAO: the Need for Legal Recognition and the Application of Securities Laws to Decentralized Organizations”, *Cardozo Law Review* 39, no. 4, April 2018.

Leighton McDonald, “Can Collective and Individual Rights Coexist?”, *Melbourne University Law Review* 22, no. 2, August 1988.

Lorenzo Casini, “The Future of (International) Cultural Heritage Law”, *International Journal of Constitutional Law* 16, no. 1, January 2018.

- Lyndel V. Prott & Patrick J. O’Keefe, “Cultural Heritage or Cultural Property”, *International Journal of Cultural History* 1, no. 2, 1992.
- Markus M. Müller, “Cultural Heritage Protection: Legitimacy, Property, and Fictionalism”, *International Journal of Cultural Property* 7, no. 2, 1998.
- Oliver Hari, “The protection of the owners of cryptocurrencies, in particular bitcoin: selected aspects of Swiss financial market and insolvency law”, *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*(Daniel Kraus, Thierry Orbist, Oliver Hari eds.), Edward Elgar Publishing, 2019.
- Raha Lucienne Zohadi, “The Generations of Human Rights”, *International Studies Journal* 1. no. 4, 2004.
- Reed Loder, “Bears Among Us: Earth Law and Animal-Human Co-existence”, *Earth Law*(Anthony R. Zelle, Grant Wilson, Rachelle Adam, Herman F. Greene eds.), Aspen Publishing, 2020.
- Robert Peters, “Nationalism Versus Internationalism: New Perspective Beyond State Sovereignty and Territoriality in the Protection of Cultural Heritage”, *Intersections in International Cultural Heritage Law*(Anne-Marie Carstens and Elizabeth Varner eds.), Oxford University Press, 2010.
- Siegfried Wiessner, “Human Rights and Cultural Heritage in International Law”, *International Law for Common Goods*(Federico Lenzerini and Ana Filipa Vrdoljak eds.), Hart Publishing, 2014.
- Vanessa Tümsmeyer, “Bridging the Gap Between International Human Rights and Interantional Cultural Heritage Law Instruments: A Functions Approach”, *Intersections in International Cultural Heritage Law*(Anne-Marie Carstens and Elizabeth Varner eds.), Oxford University Press, 2010.
- Vincent Mignon, “Blockchains – perspectives and challenges”, *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*(Daniel Kraus, Thierry Orbist, Oliver Hari eds.), Edward Elgar Publishing, 2019.
- William V. Dunlap, “Ownership of Underwater Cultural Heritage”, *Journal of*

Maritime Law and Commerce 49, no. 3, July 2018.

Yvonne Donders, “Cultural Heritage and Human Rights”, *The Oxford Handbook of Cultural Heritage Law*(Francesco Francioni and Ana Filipa Vrdoljak eds.), Oxford University Press, 2020.

<Abstract>

Third Generation Human Right to Cultural Heritage - A Possible Breakthrough with the DAOs -

Jaehong Lee*

The first and second generations of human rights which are established on individuality fall short of offering full protection to cultural heritage. Recognition of the solidarity among entities even beyond the geographical and temporal limit is an essential prerequisite of the right to culture as common heritage of mankind. Furthermore, cultural heritage serves as the basis of human identity which leads to human dignity and cultural heritage itself has its own value to be protected regardless of its use. These factors support Karel Vasak's argument of the ownership of the common cultural heritage of humanity as one of the third generation human rights. However, the third generation human right to cultural heritage not only conflicts with property rights but also entails contradiction between different group interests. With the power of the blockchain technology which enables openness, transparency, anonymity, decentralization and trust, DAOs (Decentralized Autonomous Organizations) hand out clues to solve the problems of the third generation human right to cultural heritage. The provisions in the Korean civil act regarding an association that is not a juristic person also provide useful legal methods to realize the collective ownership of cultural heritage. If DAOs have the legal status of the association without juristic personality in Korean civil act and the Articles of DAOs clearly stipulate the public nature of the ownership and the

* Senior Constitutional Rapporteur Judge, Constitutional Court of Korea, Ph.D. in Law

solidarity with others including future generations, the third-generation human right to cultural heritage can be enforced effectively. In Korea, the National Treasure DAO tried to be the first DAO with the purpose of public ownership of two Korean national treasures. Though it failed, it gave enough insight to make a future breakthrough. It cannot be emphasized enough that DAOs and its collective ownership alone leave a vast lacuna in guaranteeing the public access and participation in the cultural heritage with a common value. Public law research that carves out the details of solidarity in cultural heritage must fill the blank. It should be incarnated in the Articles of DAOs to keep the common value of cultural heritage intact. Also, the public law research results should guide states, public authorities, museums, and other specialists who will take the initiative of the cultural heritage DAOs in near future.

Key Words : cultural heritage, the third generation human rights, common heritage of humanity, DAO, Decentralized Autonomous Organizations, blockchain