

## 회화제작의 예술적 자유와 회화거래의 형법적 한계\*

이상돈\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

법은 회화제작의 방법과 저작자 결정에서는 예술의 자유와 예술가들의 공동체적 자율을 존중해야 하지만, 예술가와 시민의 거래영역에서는 시민적 자유(와 재산) 보호를 위해 필요최소한의 범위에서 예술의 자유에 개입하여 그 법적 한계를 설정하여야 한다. 예술적 의미에서 회화의 작가는 창작적 표현작업 대부분을 한 화가이지만, 법적 의미의 저작자는 그 작품의 구상을 일러주고 그 표현작업을 시킨 화가가 될 수도 있다. 이로써 예술과 법 사이에 부정합이 생기고, 예술의 자유와 시민적 자유(와 재산)가 충돌한다. 이 충돌을 해소하는 것은 사기죄의 올바른 해석이다. 회화작품을 시장에서 거래할 때 저작자인 화가는 도덕적 사고나 소비자보호 또는 공정거래의 법리에 의해 거래상대방에게 다른 화가가 표현작업을 했음을 고지할 신의칙상의 보증인의무를 진다. 다만 거래작품이 개념미술인 경우에는 그런 고지의무가 없다. 하지만 화투 회화작품은 신표현주의 회화에 가까우며, 개념미술에 해당하지 않는다. 이 고지의무위반으로 거래상대방은 착오에 빠져 구매계약을 하였고, 피고인 화가는 높은 가격으로 매도하는 재산상 이익을 취득하였으며 거래상대방은 그에 상응하는 손해를 입었다. 따라서 사기죄가 성립한다. 만일 거래상대방이 거래작품이 진작이 아님을 이미 알고 있었다면 기망과 착오 사이의 인과관계가 없으므로 사기미수만 성립할 수 있다. 또한 매도인 화가가 자신의 행위가 사기죄에 해당함을 알지 못하였다면 포섭착오 형태의 법률의 착오를 한 것이고, 도덕적 고지의무의 위반으로 적법성 심사계기가 있었음에도 스스로 판단하여 문제가 없다고 생각했다면, 정당한 이유는 인정되지 않는다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.09.30.3.1>

❖ 주제어 : 예술의 자유, 화투회화, 체계간 원칙, 개념미술, 보증인의무, 사기죄

\* 이 논문은 고려대학교 법학전문대학원 특별연구비에 의하여 수행되었음.

\*\* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

## I. 문제제기

### 1. 화투회화작품 사건

예술의 자유(헌법 제22조 제1항)는 작가가 그의 예술작품을 만드는 방법의 자유를 포함한다. 작가는 자신의 작품을 자유롭게 구상할 뿐만 아니라 그 구상을 어떤 재료, 어떤 표현기술과 방법으로 구체화할 것인지에 관해서도 자유를 누린다. 하지만 작가 이외의 다른 화가가 작품제작을 떠맡은 경우에는 그 작품의 예술적 가치에 대한 평가와 작품의 작가 또는 저작권자가 누구인지에 대한 물음이 생기고, 거래상대방에게 그 점을 고지할 법적 의무도 문제된다. 이런 문제의 전범이 한 유명가수의 화투회화작품 사건이다. 이 글은 이 사건의 공소사실 중 다음의 사안(이하 ‘이 사건’)을 대상으로 삼아 논의한다.

유명가수 甲은 화투를 잘라 붙이는 콜라주 기법의 작품(예: 1986년 Play Of Universal Flags)에서 앤디워홀의 초상화 등에 비견되는 오브제 차용의 결정판을 발견한 후 화투를 이미지로 사용한 회화작품(예: 2008년 다섯 장 동양화 등)을 발표하였다. 甲은 언론과 인터뷰에서 그 그림들을 자신이 직접 그린다는 인상을 주었고, 2009. 9. KBS 방송에서는 “칠하는 것은 내가 칠하나, 이 아이가 칠하나 똑같잖아”라고 하며 작품제작을 돕는 미술가를 공개하였다. 2012년 甲은 미국에서 활동한 화가 乙에게 ‘용무늬 꽃병 위에 오광과 이파리를 배열하여 그림을 그려보라’라는 추상적 아이디어를 제공하고, 乙은 캔버스에 아크릴 물감을 이용하여 임의로 오광을 배치하고 이를 회화로 표현하고 완성하여 甲에게 넘겨주었고, 甲은 그 그림의 외곽에 이파리와 빈 사각형 몇 개를 그려 넣고 배경에 경미한 덧칠 작업을 한 다음 자신의 서명을 하고 2012. 4. H 갤러리의 <甲 초대전>에서 “극동에서 온 꽃”이라는 이름으로 전시하여 丙에게 1,200만원에 판매하였다. 甲은 비슷한 여러 사건과 함께 사기의 공소사실로 기소되었다.

이 사건에 대해 제1심 법원은 甲에게 징역 10월, 집행유예 2년을 선고한 반면, 항소 법원은 무죄를 선고하였고 대법원은 상고를 기각하여 무죄를 확정지었다.<sup>1)</sup>

1) 제1심판결은 서울중앙지방법원 2017. 10. 18. 선고 2016고단5112 판결, 항소심판결은 서울중앙지방법원 2018. 8. 17. 선고 2017노3965 판결, 상고심판결은 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결 참조.

## 2. 법적 성찰의 세 가지 층위

이 사건은 계약책임이나 사기죄의 성립여부와 같은 법률해석의 물음에서 시작하여, 예술비평과 사법의 관계와 같은 법이론적 물음을 지나 예술과 법의 관계에 대한 법철학적 물음까지 던져준다. 이 사건과 같이 사기죄가 성립하느냐와 같은 형법문제에 대해 답을 하는 것은 다른 두 층위의 물음에 대해 ‘동시에’ 답을 하는 것이기도 하다. 이 세 층위의 물음에 대한 대답은 서로 정합적이어야 한다. 그렇기에 이 글은 이 세 층위의 동시적 문제들을 다음과 같은 순차로 논의한다.

- 첫째, 이 사건의 대법원은 ‘사법자제’(Judicial Restraint)의 원칙을 예술에 대하여 적용하여 상고기각을 하였는데, 이는 사법자제원칙을 형법상 하나의 새로운 법원칙으로 만든다. 그러나 이런 적용이 타당한지, 그 근거는 무엇인지, 예술 이외의 다른 사회영역에도 적용되는지, 적극적 사법과는 어떤 관계에 있는지 등의 문제가 등장한다 (아래 II.).
- 둘째, 이 사건의 항소심 판결처럼 화투회화작품을 개념미술(conceptual art)로 인정할수록, 작품을 구상하고, 제목과 제작 방식, 완성 시점과 전시 등을 결정한 사람만 작가가 되고, 표현작업을 한 화가의 존재는 구매정보로서 중요하지 않게 되며, 그 점을 구매자에게 알릴 의무도 없게 된다. 따라서 사기죄도 성립하지 않게 된다. 이에 반해 제1심 판결처럼 화투회화작품의 개념미술성에 대해 회의를 하면 다른 화가가 표현작업을 한 점은 작품거래에서 중요사항이 되고 이를 구매자에게 알릴 의무도 발생하며 이를 다하지 않으면 부작위는 사기죄에 해당할 수도 있게 된다.<sup>2)</sup> 여기서 화투회화작품이 개념미술에 속하는가 하는 예술비평의 문제가 등장한다 (아래 III.).
- 셋째, 화투회화작품이 개념미술이 아니라는 비평적 판단이 내려지면, 이 사건 작품의 표현작업을 다른 화가가 했다는 점을 구매자에게 고지하지 않은 부작위는 보증인의무의 위반인지, 그 위반은 구매자의 착오와 재산처분행위를 유발했는지 등이 사기죄의 성립요건으로 검토되어야 한다. 또한 매도인인 화가(甲)가 그런 고지의

2) 여기서 사기죄 성립에 대한 예술비평의 영향은 사기죄의 법적 성립 요건이나 기준을 좌우한다는 의미가 아니라 사기죄를 해석·적용하는 법관의 선지식 또는 선이해에 영향을 미쳐 구체적인 사건의 사기죄 성립 판단에 중요한 영향을 미친다는 의미임에 주의를 요한다.

무위반이 사기죄가 됨을 알지 못한 점은 법률의 착오, 특히 포섭착오에 해당하는지, 그리고 착오에 정당한 이유가 인정되는지 등의 형법해석론적 문제가 등장한다(아래 IV.)

## II. 예술과 법의 상호관계

### 1. 사법자제와 적극사법 사이의 법원

이 사건에서 대법원이 상고기각을 한 이유들 중 하나로 다음과 같은 예술에 대한 사법자제(judicial self-restraint) 원칙의 적용을 들 수 있다.

“미술작품의 거래에서 기망 여부를 판단할 때에는 그 미술작품에 위작 여부나 저작권에 관한 다툼이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 미술작품의 가치 평가 등은 전문가의 의견을 존중하는 사법자제 원칙을 지켜야 한다. 법률에만 숙련된 사람들이 회화의 가치를 최종적으로 판단하는 것은 위험한 일이 아닐 수 없…기 때문이다.”<sup>3)</sup>

#### 가. 예술에 대한 사법자제

사법자제는 헌법재판소와 법원에 의해 각각 실현될 수 있다. ① 헌법재판소의 사법자제는 주로 통치행위나 좁은 의미의<sup>4)</sup> 정치문제에 대한 판단을 최대한 자제하도록 한정합헌결정이나 헌법불합치결정의 방식으로 실현된다.<sup>5)</sup> 한정합헌결정은 법률내용의 제한해석을 통해 그 법률의 효력을 지속시키는 결정이고, 헌법불합치결정은 위헌결정이 초래할 법적 공백과 그로 인한 혼란을 방지하기 위해 입법자에게 일정한 유예기간을 주고 법률내용을 합헌적으로 보완할 수 있게 하는 결정이다.

---

3) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결 참조.

4) 사법자제에서 정치의 개념은 불확실하지만 공동체의 의사를 형성하는 정치로 보인다. 정치 개념의 세분화된 이해로는 이상돈, 법의 깊이, 법문사, 2018, 423~431쪽 참조.

5) 이런 입장으로 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2013, 124, 1019쪽 참조. 이에 따르면 한정위헌결정보다 한정합헌결정을 우선하라는 이론구성도 사법자제를 더욱 실현하는 것이다.

② 이에 비해 법원의 사법자제는 외교관계에서 행정부가 취한 행위를 판정하지 않으며 외국의 주권국가가 취한 행위의 합법성(legitimacy)을 심사하지 않는 것이다.<sup>6)</sup> 법원의 사법자제는 국가가 국제사회에서 단일한 목소리를 내기 위한 목적을 좇는 것이기도 하다. 이렇게 볼 때 이 사건처럼 외교관계 문제가 아니라 국민들 간의 사적 분쟁을 규율하는 법의 해석·적용에서 사법자제원칙을 원용하는 것은 이 원칙의 본래 적용영역을 벗어난 것이다. 이런 원용은 사법자제와 정의·인권실현임무의 방치(Untätigkeit)를 뒤섞어 놓는다.<sup>7)</sup> 즉, 예술품거래에서 발생하는 분쟁에 대한 사법자제는 예술품을 거래하는 시민의 합리적 경제행위(재산권행사)가 위태로워지는 것을 방지하게 만들 수 있다. 이런 문제점은 대법원이 사안에 따라 사법자제와 정반대로 적극적 사법을 취함으로써 더 커진다.

## 나. 예술에 대한 적극적 사법

적극적 사법이란 법원이 “정의실현을 위해 필요한 한도 내에서 성문규정의 의미를 과감하게 확대해석하거나 축소·제한해석을 함으로써 실질적인 법창조 기능을 발휘”<sup>8)</sup>하는 것을 말한다. 여기서 “정의실현”이란 자유민주적 법치국가의 헌정체제에서는 헌법합치적인 법률해석으로, 그리고 ‘과감한 확대해석이나 축소·제한 해석’이란 법률의 흠결을 보충하거나 법률문언을 수정하는 해석, 즉 법률보충적(*praeter legem*) 또는 법률수정적(*contra legem*)<sup>9)</sup> 법형성으로 이해할 수 있다. 적극적 사법의 판결들은 종종 그 취지를 실현하는 의회의 후속 입법을 가져온다. 그렇기에 적극적 사법의 법원은 사실상 의회정치에 준하는 기능을 수행한다. 바로 그런 점에서 적극적 사법의 판결은 판례변경이 필요한 경우에도 소급입법금지처럼 당해 사건에는 적용하지 않고 장래에 발생하는 사건부터 적용한다는 ‘장래적 판례변경’<sup>10)</sup>의 형식을 취하기도 하며, 신의성실원칙이나 공서양속과

6) 이에 관해서는 D. McGoldrick, “The Boundaries of Justiciability”, *International & Comparative Law Quarterly*, Volume 59, Issue 4, 2010, 981~1019쪽, 특히 1000쪽 참조.

7) 이 점을 지적하는 R. Streinz·Christoph Herrmann, “Missverständener Judicial Self-restraint - oder: Einmischung durch Untätigkeit”, *EuZW*, 2007, 289쪽 참조.

8) 이회창, “사법의 적극주의”, 법학, 제28권, 2호, 1987, 150쪽.

9) 법률문언에 반하거나 수정하는 법형성의 대표관례로 어음면상 발행지의 기재가 없으나 기타 어음면의 기재로 보아 그 어음이 국내에서 어음상 효과를 발생시키기 위해 발행된 것이 인정되는 경우, 국내어음으로 추단하는 해석(대법원 1998. 4. 23. 선고 95다36466 전원합의체 판결)을 들 수 있다.

같은 일반조항을 즐겨 사용한다.

적극적 사법의 모습은 지금까지 대법원이 예술작품의 표현영역에까지 음란하다거나 이적성이 있다는 이유로 처벌해온 판례들에서도 발견된다. 가령 최경태의 <여고생-포르노그래피전(2001)>을 음란하다고 처벌하고,<sup>11)</sup> 신학철의 <모내기(1987)>를 이적표현물이라고 처벌한<sup>12)</sup> 것처럼, 대법원은 회화의 예술성을 적극적으로 판단하고, 그 예술성을 음란성 또는 이적성과 저울질하여 예술성이 음란성이나 이적성을 소멸시킬 정도로 충분하지 못하다고 판단되면 어김없이 형사처벌을 해왔다. 예술에 대한 적극적 사법은 예술의 표현영역에서만이 아니라 판매와 같은 거래영역에서도 마찬가지였다. 이를테면 대법원은 고야(Goya)가 그린 귀족부인 <나체의 마야>(The Nude Maja)를 성냥갑에 인쇄하여 판매한 행위를 음화제조·판매죄로 처벌하였다.<sup>13)</sup> 이는 성냥갑에 인쇄된 <나체의 마야>가 예술적이지 않다는 판단을 전제한 것이다. 하지만 만일 대법원이 그 성냥갑의 인쇄가 <나체의 마야>을 포르노처럼 보여주는 것이 아니라, 비록 불완전하지만 그 원화가 보여주는 것을 표현한다는 예술적 판단을 하였다면, 그 성냥갑은 음란물로 판단되지 않았을 것이다.<sup>14)</sup> 또 다른 예로 2002년 월드컵대회 당시 유명해진 히딩크 벡타이의 도안과 유사한 도안으로 벡타이를 제조·판매한 행위를 응용미술작품의 저작권침해죄로 처벌한 경우를 들 수 있다.<sup>15)</sup> 이 판결에서도 대법원은 유사 도안이 독자적인 응용미술작품이 될 수 없다는 예술적 판단<sup>16)</sup>을 내리고 있다.

10) 이를 사법적극주의로 보는 윤진수, “한국 대법원의 형사사건 성공보수 판결: 일반조항, 사법적극주의 그리고 장래적 판례변경”, 한국법철학회 월례독회발표문(2020.6.27.) 참조.

11) 대법원 2002. 8. 22. 선고 2002도2889 판결.

12) 대법원 1998. 3. 13. 선고 95도117 판결.

13) 대법원 1970. 10. 30. 선고 70도1879 판결.

14) 단토(Danto)는 상업적 이용의 경우를 언급(mention)으로, 그림이 원래처럼 보여지도록 하는 경우를 이용(use)라고 하여, 후자의 경우에는 예술로서 향유되고 있는 것이라고 보았다. 이에 관해서 Arthur C. Danto, *After the End of Art*, Princeton University Press, 1997, 특히 209쪽 아래 참조.

15) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도7572 판결.

16) 이와 반대의 비평으로 이상돈, 법의 예술, 법문사, 2020, 22~23쪽 참조.

## 다. 사법의 자제와 적극의 양면성과 정치성

이처럼 대법원이 사법자제와 사법적극 사이를 오락가락 하게 되면, 예술에 대한 법원의 판결들은 법치국가성의 핵심인 정합성(coherence)을 잃어버리게 되고, 법원의 역할에 관한 정체성 위기가 생길 수 있다. 이에 대해 “유능하고 자기책무를 다하는 사법부는 자기억제와 적극주의의 양면성을 갖추고 양자를 적절히 구사할 수 있어야 한다”<sup>17)</sup>고 말하는 것만으로는 이 문제를 해결할 수 없다. 언제 사법자제를 취하고, 언제 사법적극의 태도를 취해야 하는지에 관한 메타규칙이 정립되지 않았기 때문이다. 그렇기에 대법원은 이 사건에 대한 판결처럼 사법자제를 원용하여 개인의 재산권과 같은 권리보호의 임무는 방치하면서도, 거꾸로 한일청구권협정에도 불구하고 일제강점기 강제동원 군수업체에 대한 손해배상청구권을 인정하는 판결<sup>18)</sup>처럼 외교나 국제관계 문제에 대해 사법적극주의를 취하여 외교관계의 마찰을 초래하기도 한다. 이 두 판결은 사법적극주의와 사법자제가 마치 본래의 적용영역을 서로 맞바꾼 것과 같은 모습을 보여준다. 여기서 각 판결들의 현실적 필요성과 도덕적·역사적 정당성 논의는 별개로 하고, 이처럼 메타규칙이 없는 사법자제와 사법적극의 법원 판결은 언제나 정치적인 결정이라는 의혹으로부터 또는 적어도 자의적인 판결이라는 비판으로부터 자유롭기 어렵게 된다.

## 2. 사법자제와 체계간 원칙

그런데 사법자제는 1920~1930년대 미국에서 형성되어 100년의 시간이 흐른 것이다. 사법자제의 의미는 참여민주주의와 민주적 법치국가, 포스트모던 문화와 법다원주의가 터 잡은 오늘의 사회현실에 적합하게 재해석할 필요가 있다.

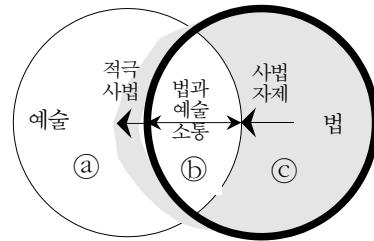
### 가. 체계간 원칙으로 사법자제

이 사건에 적용된 사법자제의 취지는 예술문제에 대한 법의 무조건적인 불개입과 방치(아래 그림 ㉔)에 있지 않고, 형법이 예술의 고유성을 권력적으로 억압하는 것을 성찰

17) 대법원 1985. 5. 28. 선고 81도1045 전원합의체 판결의 이회창 판사 등의 반대이견.

18) 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결.

하고, 예술적 자유를 최대한 보장하는 데에 있을 것이다. 그런데 이런 취지는 일방향이 아니라 쌍방향이어야 한다. 즉 예술적 자유도 형법적 법익인 시민적 자유와 재산권 등의 법익을 파괴하는 작용을 성찰하고, 자신의 한계를 설정하여야 한다. 이처럼 형법과 예술의 상호존중과 자기성찰로 재해석된 사법자제원칙은 예술과 법의 범주적 충돌을 조정하고, 예술체계와 법체계를 통합시키는 기능을 한다고 볼 수 있다. 이는 예술뿐만 아니라 다른 사회영역과 법의 관계에도 마찬가지로 타당하다. 오늘날 법외의 다른 사회체계들은 법과는 다른 합리성을 추구하고, 법적 정의와 범주적으로 충돌하기도 한다. 국가는 법체계와 사회체계 사이의 이러한 충돌을 조정하고, 그 체계들을 서로 통합해야 하는 과제를 지고 있다.<sup>19)</sup> 가령 경영판단원칙(Business Judgement Rule)<sup>20)</sup>은 경영과 법 사이에서 이런 체계통합의 과제를 이행한다.<sup>21)</sup> 이런 원칙을 체계간 원칙(intersystemic principle)<sup>22)</sup>이라고 부를 수 있다. 이런 원칙에 의하면 예술적 자유의 향유가 형법상 보호법익을 위태화하지 않은 영역(옆 그림의 ㉠)에서는 예술이 법과 다른 고유성을 가질 수 있고, 법은 이를 존중하여야 한다. 이는 사법자제원칙에 의해서도 마찬가지이며, 그 한에서 사법자제원칙은 법체계와 예술체계 사이에서 체계통합을 하는 체계간 원칙으로 기능할 수 있다.



19) 이에 관해서 자세히는 Sangdon Yi·Sung Soo Hong, “The Legal development in Korea: juridification and proceduralization”, Law and Society in Korea, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 108~128쪽.

20) 2020. 7. 3. 발의된 상법개정안 제382조의5(“이사가 충분한 정보를 바탕으로 어떠한 이해관계를 가지지 아니하고, 상당한 주의를 다하여 회사에 최선의 이익이 된다고 믿으며 경영상의 결정을 내렸을 경우에는 회사에 손해를 끼쳤다고 하더라도 회사에 대하여 의무를 위반한 것으로 보지 아니한다.”) 및 제622조 단서(“다만, 제382조의5에 따른 경영상의 결정일 경우에는 별하지 아니한다”) 참조.

21) 이에 관해 자세히는 이상돈, 경영판단원칙과 형법, 체계간 원칙(intersystemic principle)으로서 경영판단원칙의 기능과 형사법에서의 적용문제들, 박영사, 2015 참조.

22) 비슷한 관점의 사회학 연구로 A. Febbrajo·G. Harste, Law and Intersystemic Communication: Understanding ‘Structural Coupling’, Ashgate Pub., 2013 참조.



## 나. 공동체적 관계와 예술적 작가의 자율결정

이 존중의 의미를 이 사건에 대하여 대법원이 상고를 기각한 이유 가운데 하나를 예로 삼아 설명해본다. 대법원은 검사가 표현작업을 한 화가(乙)를 이 사건 작품의 창작적 표현의 주체, 즉 작가라고 보면서도 저작자를 甲으로 공표한 사실을 저작물차명공표죄(저작권법 제137조 제1항 1호)로 기소하지 않은 채 “원심에 저작물·저작자 등에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 주장하는 것은 형사소송법상 심판의 대상에 관한 불고불리 원칙에 반”한다고 보았다. ① 이런 판례의 입장은 화가가 아닌 일반인이 화가에게 도급계약으로 작품을 공급받는 경우에만 타당하다. 일반인인 도급인이 화가인 수급인과 작품의 “저작자”를 자신으로 삼기로 하는 계약을 하고, 실행하였다면, 그는 “저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명·이명을 표시하여 저작물을 공표한 자”로서 저작물차명공표죄가 성립할 수 있다. 이런 처벌규정은 예술저작물이 그것을 창작한 사람의 고유한 인격과의 통합성(integrity)을 지닌 표현물로서 유통되고, 향유되도록 하기 위한 것이다. 현행 저작권법이 예술작품을 매도한 이전이나 이후에까지 저작권적권을 인정하는 것도 같은 취지이다.

② 이에 반해 화가와 화가가 일정기간 어떤 작품의 형성에 다양한 역할비중으로 참여하여 작품을 제작하는 경우, 그 둘의 관계는 도급계약과 같은 ‘거래관계’로 환원되지 않고, 일정한 공동체관계의 성격을 갖는다. 이런 공동체적 관계들의 총합은 예술가공동체가 되고, 예술비평가와 관람자가 더해지면 예술사회(art world)가 성립한다. 공동체(Gemeinschaft)와 사회(Gesellschaft)를 구별하는 베버(M. Weber)에 의하면 목적지향적인 이익의 배분과 상호동위에 의한 합리적인 합의에 바탕을 두는 사회(예: 계약관계)와 달리, 공동체적 관계는 정서적(affektuell)이며 전통적인 성격의 주관적인 감정에 의한 구성원들의 결속감(Zusammengehörigkeit)에 바탕을 두는 관계이다.<sup>23)</sup> 공동체적 관계의 소속인들은 비경제적 역사적·문화적 가치와 의미를 공유하며 미래의 발전에 대한 비전과 믿음까지 공유한다. 인간관계는 이 두 측면을 모두 갖고 있을 수 있고, 그 비율에서 다양할 수 있다. 공동체적 관계의 비중이 높은 관계에 있는 화가들은 공동으로 형성한 작품의 저작자를 누구로 할 것인가를 자율적으로 결정할 수 있다.<sup>24)</sup> 이 자율결정권은

23) M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, 1980, 21~25쪽 아래 참조.

24) 이 관계는 교수와 제자의 관계에서도 같다. 교수가 원생을 각별히 지도하면 그 원생이 창작하는

공동체적 관계 속에 있는 예술가인격의 한 부분이기도 하다.

③ 그러므로 공동체적 관계에서는 예술적 의미의 작가와 법적 의미의 저작자 사이에 불일치가 생길 수 있다. 이 사건 화투작품의 창작적 표현의 대부분을 실행한 화가(乙)는 예술적 의미에서 작가가 되고, 그 사람과 계약을 하여 작품을 공급받은 화가(甲)는 법적 의미의 저작자가 되는 자율결정이 가능하기 때문이다. 법은 이러한 자율성을 존중하여야 한다. 가령 이 사건에서 화가(乙)가 예술적 의미의 작가라는 사실은 그를 저작자로 삼지 않았더라도 기존의 공소사실에 포함되어 있는 것이고, 그 사실을 심리하여 사기죄를 심판하는 것은 형사소송법상 불고불리원칙에 위배되지 않는다.

#### 다. 거래관계에서 사법자제의 재구성

그런데 법적인 저작자인 화가(甲)가 그 작품을 시장에서 거래하는 경우에는 예술가들의 공동체적 관계에 머무를 수 없고, 비예술가인 일반시민(이 사건의 丙)과의 이해관계가 문제되는 거래관계에 들어선다. 이때 다른 화가가 거래작품의 예술적 작가라는 점은 작품의 예술적 가치 판단과 매매가격의 결정<sup>25)</sup>에 간과할 수 없는 요소이다. 따라서 그런 사실을 거래상대방에게 알리지 않는 것은 시민적 자유와 재산을 건드리는 행위가 된다. 이런 거래행위는 시민적 자유와 예술적 자유가 충돌하고 경합하는 영역(위 그림의 ⑤)에 속한다. 이런 영역에서 법은 예술적 자유라는 이름으로 시민적 자유를 해칠 위험을 방지해서는 안 된다. 법은 예술적 자유와 시민적 자유를 균형 있게 보장하는 적절한 한계를 설정하여야 한다.

---

저작물에는 교수의 아이디어와 논증이 스며들어가기 쉽지만 그 저작물을 원생 개인의 저작물로만 공표하기도 하고, 지도교수를 공동의 저작자로 공표하기도 한다. 이런 학문공동체의 전통은 학문후속세대 육성과 학문발전의 문화적 틀이 된다. 따라서 교수와 제자의 관계를 계약관계로 환원하고 저작권을 따지는 것은 옳지 않다.

- 25) 예술작품의 거래가격은 이후에 그 작품과 같은 작가의 다른 작품에 대한 예술적 평가에 영향을 미친다. 김환기의 <여름>이 80억에 경매되고 난 후 사람들은 김환기 그림의 예술성을 더 높은 것으로 느낀다. 따라서 회화작품의 가격변수로써 친작여부도 작품의 예술성을 사회적으로 구성하는 요소가 된다. 아이디어나 표현양식은 예술성 구성의 내적 요소(intrinsic value), 거래가격은 외적 요소(extrinsic value)가 된다.

### 3. 법과 예술을 구성하는 예술비평

이런 거래영역에서 형법이 예술적 자유에 대한 한계를 설정할 때에는 그것이 예술에 대한 폭력이 되는지를 성찰하여야 한다. 이를 위해서는 거래된 작품에 대한 예술비평의 과정을 거치지 않을 수 없다. ① 첫째, 이 사건에서 그러한 예술비평의 핵심은 바로 거래 작품이 개념미술(conceptual art)인지 여부이다. 왜냐하면 개념미술일 경우에 창작적 표현작업은 그 작품의 작가를 결정하는 요소로서 비중이 최소화되고, 작품의 개념, 즉 아이디어나 사상을 만든 화가(甲)만이 작가이자 저작자가 되면서, 다른 화가(乙)가 창작적 표현작업을 했다는 점은 작품거래에서 가격을 결정하는 중요한 사항이 아니기 때문이다. 따라서 이 사건에서 사기죄가 성립하지 않기 위해서는 거래된 화투회화작품이 의심 없이 개념미술이어야 한다. 그런데 화투회화작품이 개념미술이나 아니냐는 작품에 대한 예술비평 없이는 판단할 수가 없다. 이때의 예술비평은 사기죄, 특히 친작이 아님을 고지할 의무의 해석을 좌우하는 것이고, 그 한에서 예술비평은 구체적인 형법규범을 형성하는 요소가 된다. 그런데 이때 예술비평은 사기죄해석의 선결문제(preliminary question), 즉 시간적 또는 논리적으로 앞선 문제를 해결하는 것이 아니라, 사기죄해석의 배후를 비평하는 일종의 비평의 비평, 즉 메타비평(meta criticism)인 것이다. 이런 점을 일반화하고 수사학적으로 표현한다면 “예술비평, 법이 되다”(Art Critics become the law)라는 명제가 성립하게 된다.<sup>26)</sup> 이때의 예술비평은 법을 형성할 뿐만 아니라 작품이 갖는 예술적 가치의 판단을 구조적으로 좌우할 수 있고, 그 한에서 예술비평은 법과 예술성을 동시에 구성한다. 이처럼 시민적 자유와 예술적 자유가 충돌하고 경합하는 행위영역에서 법을 형성하면서 동시에 작품의 예술성을 구성하는 예술비평은 법예술비평(legal art criticism)이라고 부를 수 있다.

② 둘째, 이 사건의 작품이 개념미술이라고 해도 사기죄의 성립가능성이 완전히 배제될 수 있으려면 개념미술의 예술성이 예술사적, 비평이론적 관점에서 오로지 작가의 컨셉이나 아이디어 또는 사상의 차원에만 존재할 뿐, 표현의 차원에는 존재하지 않아야 한

26) 이 명제의 성립은 예술작품의 거래영역에서 뿐만 아니라 표현영역에서도 타당하다. 가령 음란한 내용의 회화에 대한 음화제조·반포죄의 적용여부를 실질적으로 결정하는 것은 그 작품에 대한 예술비평이다. 이 점에 관해 이상돈 “예술과 형법의 상호형성관계”, 고려법학, 제68호, 2013, 357~384쪽 참조.

다. 물론 여기서는 넓은 의미의 개념미술<sup>27)</sup>로 포괄되는 색면회화,<sup>28)</sup> 팝아트, 포스트미니멀리즘 등과 구별되는 좁은 의미의 개념미술을 문제 삼는다. 만일 서양에서 성립한 개념미술이 관념이 아니라 양식의 측면에서도 표현성을 갖고 있는 것이라면, 화투회화작품을 개념미술이라고 판단하더라도, 그 표현성을 분석하고, 그것이 도급인 화가(甲)에 의해 주로 형성된 것임을 밝힐 수 있어야 비로소 사기죄의 성립이 배제된다.

### Ⅲ. 화투회화의 메타비평

이 사건에서 사기죄해석의 핵심 메타비평은 화투회화작품의 개념미술여부이다.

#### 1. 개념미술의 예술성과 저작물 여부

개념미술은 흔히 그 예술적 가치가 전적으로 독창적인 아이디어에 있고, 창작적 표현성이 없이도 예술작품이 된다고 이해한다.

##### 가. 저작물 개념과 개념미술의 부정합

그래서 이 사건의 항소심 입장처럼 개념의 '실행'은 부수적인 것이어서 누가하든 별 의미가 없다는 논리가 만들어진다. 하지만 그렇게 되면 법논리적으로 개념미술작품은 저작권법상의 저작물이 될 수 없다. 저작권법은 “저작물은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다”(저작권법 제2조 1호)고 규정하기 때문이다. 좀 더 살펴보자. ‘사상을 표현한 창작물’이란 사상성, 표현성, 그리고 창작성을 갖춘 작품을 말한다. 이때 창작

27) 이는 1960년대의 색면추상, 팝아트, 미니멀리즘, 1970년대의 포스트미니멀리즘을 포괄한다. 이에 관해 전해숙, “미술개념의 변화와 미국의 1968년: 개념미술의 등장을 중심으로”, 미국사연구, 제28집, 2008, 149쪽 참조.

28) 색면회화는 “그림을 상대적으로 무차별적인 표면으로 환원(reduce the picture to a relatively undifferentiated surface)하는 경향”(Greenberg, “The Crisis of the Easel picture”, 1948. 원문은 [http://mysite.pratt.edu/~morourke/common/Critical Paradigms/GreenbergCrisis.pdf](http://mysite.pratt.edu/~morourke/common/Critical%20Paradigms/GreenbergCrisis.pdf))을 지닌 모던 미술의 평면성과 정면성을 극대화한 양식이기 때문에 개념미술과 구별되어야 한다.

성은 완전히 새로운 것(novum)일 필요는 없지만 적어도 고유성(originality)이 있을 것을 요구한다. 고유성은 사상뿐만 아니라 표현에서도 요구된다. 가령 한 작품의 표현작업을 다른 사람에게 상당부분 맡기면 그만큼 고유성은 희석되는 것이다.<sup>29)</sup> 이로써 개념미술과 현행 저작권법의 저작물 개념 사이에 부정합성(incoherence)이 있음을 알 수 있다. 현행법상 저작물은 예술작품보다 더 넓은 개념인데, 예술작품임에도 저작물이 되지 않는 논리적 모순이 등장하는 것이다.

#### 나. 예술적 이미지의 개념으로 환원된 표현성

여기서 개념미술이 법적으로 저작물이 되기 위해 요구되는 표현성을 전혀 가질 수 없는 것인지, 만약 가질 수 있다면 그 표현성의 의미와 내용은 무엇인가 하는 물음이 등장한다. 서구 예술사가들의 개념미술에 대한 설명을 종합하고 법적인 관점에서 해석해보면 개념예술에서도 표현성은 사라진 것이 아니라 단지 개념으로 환원되어 있을 뿐이라고 말해야 한다. 이렇게 이해하지 않을 수 없는 근본이유는 ‘표현이 없는 예술’이란 ‘물 없는 강’과 같이 애당초 범주적으로 불가능하기 때문이다. ‘황금의 산’은 단지 비현실적인 뿐 존재론적으로 불가능한 것이 아니지만, 표현 없는 예술은 물 없는 강과 같이 존재론적으로 애당초 불가능한 것이다. 그러므로 개념미술이 예술일 수 있으려면 개념미술의 개념은 단순히 사상이나 관념 그 자체가 아니라 사상으로 환원함으로써 어떤 표현성을 생성시키는 것이어야 한다. 그런 표현성을 ‘개념으로 환원된 표현성’이라고 부를 수 있다. ‘개념으로 환원된 표현성’이란 사상이나 관념 그 자체를 말하는 것이 아니다. 그것은 개념 그 자체의 의미내용에 다른 의미들이 사회역사적으로 퇴적됨으로써 그 개념에 예술적 이미지(image)가 덧붙여진 상태를 말한다. 개념은 언어와 논리의 세계, 즉 로고스(logos)에 머물지만, 개념에 덧붙여진 이미지는 어떤 대상에 대한 애증이나 미추(美醜)의 감정을 일으키는 에로스(logos)의 세계에 자리한다. 이렇게 개념미술도 이미지를 생성하고 있다는 점에서 저작권법상 저작물의 구성요소인 “표현”의 요건을 충족할 가능성이 열리게 된다.

29) T. Württenberger, “Criminal Damage To Art-A Criminological Study”, DePaul Law Review, Vol. 14, Issue 1, 1964, 86쪽.

## 다. 근대미술과 이성에 대한 성찰로서 개념미술

그런데 이 가능성은 개념이 예술적 이미지를 가질 수 있게 되는 특정한 사회의 고유한 문화적·역사적 맥락 속에만 주어진다. 가령 서구의 개념미술은 서구사회의 근대미술에 대한 성찰이라는 역사적 맥락 속에서 가능한 것이다. 서구사회도 근대미술의 태동기에는 개념미술이 불가능하다. 근대미술의 절정을 이루는 화풍으로는 인상주의 회화가 있다. 인상주의(impressionism)는 캔버스의 평면에 주체가 만족할 때까지 붓질을 계속함으로써 주체의 시각적 체험을 지배자적 태도로 표현하는 양식을 갖고 있다. 이때 회화의 중심은 시각적 표현에 놓이는데, 서구의 근대시민사회에서 개인의 이성과 사회의 합리라는 시대정신은 이와 같은 유희(oil on canvas<sup>30)</sup>)의 시각적 표현의 양식 속으로 환원될 수 있다. 즉, 인상주의 회화에서 볼 수 있는 시각적 표현성의 극대화는 근대적 자아의 개인주의적 이성의 극대화와 기호학적인 동치성을 갖고 있는 것이다.<sup>31)</sup> 회화의 예술성에서 이런 시각적 표현성을 괄호쳐버린 개념미술은 20세기의 두 차례 세계대전으로 인간성이 무너져버린 유럽역사 속에서 그런 역사의 근본원인으로 지목되어 온 이성과 합리 또는 계몽의 부정적 변증에 대한 반성과 성찰을 수행하는 것<sup>32)</sup>으로 볼 수 있다. 개념미술은 개념이나 관념을 극도로 정교한 시각적 표현성에 환원시켜버린 인상주의와는 정반대로 시각적 표현을 개념이나 관념에 환원시켜버림으로써 이성과 합리의 근대성(modernity)에 대한 성찰을 수행하는 것이다. 그렇기에 서양미술사에서 ‘개념으로 환원된 표현성’은 근대미술의 또 다른 양식이라고 볼 수도 있다.

개념미술은 포스트모던미술(postmodern art)과 많은 공통된 요소를 갖고 있기는 하지

30) 오일 온 캔버스(oil on canvas)는 나무로 지지대를 만들고 그 위에 특수한 재질의 천을 댄 다음 유성 용제로 용해시킨 안료로 붓질하여 이미지를 생성시키는 방식이다. 이 방식으로 화가는 이미 칠한 붓질에 감각적으로 만족할 때까지 붓질을 더 가함으로써 사물의 재현을 사유적으로 통제하고 지배한다. 이로써 화가는 데카르트의 사유하는 주체(cogito)처럼 사유하듯 그림이 세계를 재현하는 양식을 의식화하고, 그렇게 의식화된 양식에 의해 자신의 세계경험을 표현한다. 단토는 근대미술은 예술의 불변적 본질을 하나의 예술양식과 동일시하고, 그 외의 것들은 예술이 아니라고 보는 선언의 시대(age of manifestos)를 이루었다고 본다. Arthur C. Danto, *After the End of Art*, Princeton University Press, 1997, 29쪽 참조.

31) 이러한 기호학적 분석으로 자세히는 이상돈, *범의 예술*, 법문사, 2020, 91쪽 아래 참조.

32) 이성이 부정의 변증을 겪은 서구의 역사는 이성을 정초한 철학이 계몽이란 점에서 이 부정의 변증은 계몽의 변증이라고도 부른다. 이에 관한 철학적 조명으로 1944년 출간된 M. Horkheimer·Th. W. Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, Fischer, 1988 참조.

만 탈근대미술의 전형을 이루지는 않는다. 예술사가 단토(Danto)의 예술사 구분에 의하면 서양미술사에서 근대미술과 탈근대미술을 구분 짓는 것은 내러티브(narrative)의 존속여부이다. 그는 내러티브가 사라진 포스트모던예술을 두고, 예술의 종말 또는 탈역사적 예술(posthistorical art)이라고 말한다.<sup>33)</sup> 그런데 개념미술은 단토의 생각처럼<sup>34)</sup> 서양사회의 거대사적인 내러티브가 사라져 있는 예술이 아니며, 그런 점에서 다른 탈근대미술과 구분할 필요가 있다. 개념미술들은 일반인들로 하여금 개인의 이성과 사회의 합리에 내재된 폭력적인 그림자를 직관할 수 있게 함으로써 인상주의미술보다도 더 강력한 거대사적인 내러티브를 만들어 낸다. 다만 그들의 거대사적 내러티브는 근대성의 내러티브를 비판하고 반대적인 것을 지향하는 대항내러티브(counternarrative)이다. 이 대항내러티브는 이성과 합리를 해체하는 것이 아니라 성찰적으로 변화·발전시키는 것이다. 이 대항내러티브도 이성과 계몽이 변증되어 초래한 인간성 상실의 역사현실로부터 해방되는 느낌을 체험하게 함으로써 칸트(Kant)가 말하는 미학적 쾌락의 형식적 요소로서 “목적 없는 합목적성”(Purposiveness without a purpose)<sup>35)</sup>을 갖고 있기 때문이다.

## 라. 개념미술의 오브제와 전복성

이 개념적 표현성 양식의 대표적인 예는 오브제와 전복성이다. 오브제란 ‘발견된 대상’(Objet trouvé)을 말한다. 작가가 표현하려는 대상을 ‘이미 발견되어진 것’(trouvé, vorgefunden)처럼 표현하는 것이다. 우리가 아는 대상을 우리가 알기 이전에 마치 다른 의미로 존재했던 것처럼 느끼게 하는 것이다. 특히 우리가 어떤 대상을 말할 때 사용하는 언어와 그 대상의 실용적 목적성 이전의 존재세계로 다가가는 것처럼 느끼게 한다. 이로써 우리가 익히 아는 존재들을 표현하는 언어와 그 실용적 목적성들이 모여 형성하는 규범과 질서, 더 나아가 정치적 체제의 이념성까지 제거하는 상징이 생성될 수 있다. 1917년 개념예술의 본격적 시작을 알린 듀상(H. Duchamp)은 이미 사용한 듯 더러운 소변기를 갤러리에 마치 예술품인 양 ‘샘’(fountain)이라는 이름으로 전시하였다. 소변기

33) A. C. Danto, 위의 책, 특히 41, 61쪽 참조.

34) A. C. Danto, 위의 책, Introduction 참조.

35) 칸트의 미학적 쾌락을 감각이 아니라 형식적, 지향적인 관점으로 해석한 R. Zuckert, “A New Look at Kant’s Theory of Pleasure”, The Journal of Aesthetics and Art Criticism, Vol. 60, No. 3, 2002, 245쪽

를 소변기라는 언어와 그 기능의 사회적 의미 이전의 세계로 옮겨놓은 것처럼 전시함으로써, 기존의 이성적 인간상과 합리적 질서의 의미에 대해 투쟁을 하는 것이다. 이 투쟁은 더러운 소변기와 아름다운 샘의 존재론적 차이(ontological difference)를 제거하고 상징적 동일화를 취하는 방식으로 이루어진다. 이 존재론적 차이의 해체는 ① 일상의 사물, 심지어 더러운 소변기마저도 예술이 될 수 있다는 새로운 ‘개념’의 독창성에 의해 이루어지는데, ② 이 개념적 독창성은 소변기를 소변기가 사용되는 실제 생활공간에 놓아두어서는 생성될 수가 없고, 일상생활공간과 다른 구조의 공간 속에, 빛과 조명, 벽과 바닥의 색면 등과 함께 위치하고, 아울러 제품기능에 대한 관심이 아니라 예술감상의 내적 태도가 충만한 관람자들과 마주할 때에야 비로소 생성된다. ③ 또한 존재론적 차이의 해체를 통한 상징적 동일화는 기존 사회질서와 정치체제의 상징으로부터 해방되는 미학적 쾌락을 체험할 수 있게 한다. 이 미학적 쾌락 속에서 더러운 소변기의 의미는 맑은 이미지의 샘으로 전복된다. 그러므로 어떤 작품이 개념미술이 되려면 ① 개념이 독창적이어야 하고, ② 해방의 미학적 쾌락을 가져오며, ③ 그 속에서 의미의 전복(surversion)이 이루어져야 한다.

이처럼 개념미술은 탈근대미술과 전략적 동반자처럼 보이지만, 이성과 합리의 시대정신과 완전히 단절되거나 그 이후의 패러다임에 있는 예술이 아니다. 가령 펠릭스 곤잘레스 토레스(F. Gonzales-Torres)의 <완벽한 연인(Perfect Lovers)>은 똑같은 두 개의 시계가 동시에 장착한 배터리가 점차 방전됨에 따라 시간이 맞지 않게 되고 각기 다른 때에 멈추게 되도록 세팅된 설치작품이었다. 이 설치작품은 시계가 시각을 정확하게 알려주는 기계로 발견되기 이전에 존재했을 법한 의미, 즉 완벽한 사랑으로서 동성애를 개념화한다. 그러니까 <완벽한 연인>이란 시계의 오브제인 샘이다. 이런 오브제는 ‘두 시계’(two clocks)의 형이상학이 지배한 서양의 정신문화적 맥락에서만 가능한 것이다. 두 시계의 형이상학이란 성경 속 하나님이 인간을 창조할 때 예정된 조화(preestablished Harmony)를 이루도록 한 정신과 육체가 정밀하게 조율되어 똑같은 시각을 알려주는 두 개의 시계와 같다고 보는 것이다.<sup>36)</sup> 두 시계의 오브제는 결국 근대사회의 기초가 되었던 기독교적 세계관과 이성적 인간관으로부터의 해방을 수행하고, 이 해방에 공감하는 관람객의 미학적 쾌락을 생성시킨다. 이때 미학적 쾌락은 조금씩 벌어지는 두 시계의 초침이

36) W. Hamilton, Lectures on Metaphysics and Logic, Vol. 1, Boston, 1859, 211쪽.



상징하는 애인의 사라짐에 대한 두려움(트라우마)을 아름다움으로 승화시키는 것이다. 이처럼 개념미술은 모던미술의 성찰을 수행한다.

## 마. 개념미술의 그로테스크

이 사건의 피고인 화가(甲)가 개념미술가로 원용한 데미안 허스트(D. Hirst)는 1990년대 이후 현대 개념미술을 대표하는 영국작가이다. 그는 가령 반으로 갈라진 소와 송아지를 4개의 유리화 철제 탱크 안에 포름알데히드 용액으로 절여 <분리된 엄마와 아이(Mother and Child Divided)>라는 이름으로 전시하였다. 터너(Turner)상을 받은 이 작품은 삶의 세계에서 팔호 치기 쉬운 죽음과 부패를 개념화하지만, 그 개념은 죽음 속에 내재된 삶과 그 에너지를 표현한다. 이와 정반대로 그는 백금으로 주형을 뜬 인간해골에 다 총 1,106.18캐럿의 다이아몬드 8601개를 박아 만든 <신의 사랑을 위하여(For the Love of God)>(2007)를 전시하기도 하였다. 이 작품은 천문학적인 제작비용으로 상징되는 영화로운 삶을 개념화하지만, 그 개념은 영화로운 삶 속에서도 내재할 수밖에 없는 죽음과 그 충동을 표현한다. 이처럼 데미안 허스트의 작품에서는 죽음을 통해 삶과 그 에너지가 개념적으로 표현되고, 삶을 통해 죽음과 그 충동이 개념적으로 표현되고 있다. 관람자는 그의 작품을 바라보는 순간 이 개념적 표현성을 직관적으로 체험할 수 있다. 이러한 개념적 표현에서 박제된 상어는 생의 에너지로, 백금과 다이아몬드의 인간두개골은 죽음충동으로 그 의미가 재발견되고, 일상적 의미와 정반대의 방향으로 전복된다. 데미안 허스트의 개념미술에서는 이런 오브제와 전복성 이외에 그로테스크한 표현양식이 주목된다.<sup>37)</sup> 그로테스크(grotesque)란 철학적으로는 인간 밖의 것을 상징하는 기괴한 표현양식이, 기존의 인간상을 낫설게 하면서 두려움을 생성시키고, 인간과 인간 아닌 것 사이의 경계를 해체<sup>38)</sup>하며 새로운 이해를 시작하게 하는 것을 의미한다.<sup>39)</sup> 경작이나 식용의 목적을 위한 존재로 발견되어 온 소나 송아지를 반으로 잘라 전시한 <분리된 엄마와 아이>의 기괴함은 이성적 인간 안에 내재한 잔인한 폭력성에 두려움을 느끼게 하며,

37) G. Deleuze (하태환 역), 감각의 논리, 민음사, 1995, 47쪽.

38) 이를 인격성의 해체를 통한 미학적 전복이라고 부르는 박슬기, “그로테스크 미학의 존재론적 기반과 의의”, 충북대 인문논총, 제58집, 2007, 179~203쪽 참조.

39) 그로테스크의 예술철학적 의미는 이상돈, 법의 예술, 법문사, 2020, 218쪽 참조.

이성적 인간과 비이성적 인간 또는 정체모를 괴물 사이의 경계를 해체한다. 다이아몬드 인간해골도 마찬가지이다. 죽음의 의미나 의료용의 목적을 위한 존재로 발견되어 온 인간해골은 화려한 삶과 덧없는 죽음 사이의 경계를 해체한다.

## 2. 화투회화의 예술성 판단

이러한 개념미술의 특징들을 고려한다면 이 사건의 화투회화작품은 개념미술일까?

### 가. 오브제와 그로테스크의 결핍

이 사건의 피고인 화가(甲)는 미국 체류 시절 “화투장이야말로 피카소의 악기나 앤디 워홀의 초상화나 이중섭의 은박지나 혹은 김창열의 물방울에 비견되는 오브제 차용의 결정판이라고 생각”<sup>40)</sup>했다고 한다. 그러나 피카소는 입체주의를 표현하고 앤디 워홀은 팝아트(pop art)를 표방하지 개념미술을 대표하지 않는다. 화투회화가 개념미술인지는 앞서 분석한 개념미술의 특징, ① 개념의 독창성, ② 해방의 미학적 쾌락, ③ 의미의 전복, ④ 그로테스크함을 갖추고 있는지에 따라 판단할 수 있다. 다시 피고인의 회고를 들어보자.

“그림도 노래처럼 시선을 끌어야 하는데 화투를 그리면 익숙한 그림이니 사람들 시선을 끌 수 있을까라는 생각을 했다. 일본의 침략을 받은 우리나라 사람들이 일본인도 더 이상 잘 치지 않는 화투를 좋아하는 모순적인 모습이 인상 깊어서 화투 그림을 그리게 되었다.”<sup>41)</sup>

① 첫째, 개념의 독창성은 어느 정도 인정할 수 있다. 화투를 회화의 소재로 삼은 것은 처음 한 시도이자 상당히 독특한 시도이기 때문이다. ② 둘째, ‘시선끌기’라고 한 말만으로 판단한다면 이 사건의 작품은 관람자와의 소통적 이해보다 소비자선호(consumer preference)에 지향한 것이다. 이는 예술작품보다는 공예나 제품의 특성을 이루는 것이다.<sup>42)</sup> 이 점에서 화투회화는 낯선 아이디어임에도 불구하고 공감과 해방의 미학적 쾌락

40) 서울중앙지방법원 2018. 8. 17. 선고 2017노3965 판결, 14쪽에서 인용.

41) 이는 甲이 검찰조사에서 한 진술로서 이 사건의 2심 판결문 14쪽에서 재인용한 것임.

을 체험하기 어렵다. ③ 셋째, 회화에서 화투는 일종의 환유(metonymy)이다. 가령 동양적으로 잘 묘사된 자연풍경은 “극동에서 온 꽃”(2008)이라는 화투로 환유되지만, 이는 의미의 전복과 전혀 상관이 없다. 피고인 화가의 다른 작품들 가운데 가장 주목할 만한 작품은 “나의 살던 고향은”(2003)이다. 이 작품에서 화투와 그 속의 4 흑사리, 특히 그 단순한 칼라와 조형은 을씨년스럽고 가난한 시골고향의 환유이다. 이런 환유는 고향이 애착대상 또는 미적 체험의 원형이면서 동시에 그에 수반하는 추함의 감정이라는 양가성(ambivalence)을 보여준다. 그러나 양가성은 서로 모순적인 두 가지 측면이 동시에 존재한다는 것이며, 그 어느 것도 전복된 의미를 생산하지 못하는 것일 수 있다. 즉, 양가성과 의미의 전복성은 다른 것이다. 게다가 양가성은 개념미술이 아니어도 생성될 수 있다. ④ 넷째, 화투회화는 그로테스크함도 쉽게 발견되지 않는다. 그로테스크함이 가장 돋보이는 작품으로 “나는 왕이로소이다”(2008)를 들 수 있다. 이 작품에 대해서는 38 광땡을 잡을 때 우리는 일상에서도 늘 왕의 기분을 느낄 수 있다는 작품설명이 제시되기도 한다. 이 작품에서 화투는 왕의 환유이다. 이는 화투와 같은 일상 속에서 왕이 되는 비밀상적 체험을 응축한다. 인간이, 그것도 왕이 화투와 같은 인간 밖의 것이 되는 환유에는 얼마간의 기괴함이 느껴진다. 하지만 그런 기괴한 표현양식은 기존의 인간상을 낫설게 하면서 두려움을 생성시키는 것이 아니라 나는 왕이 되고픈 너무나 친숙한 인간상을 표현한다는 점에서 그로테스크함을 발생시키지 않는다.

이렇게 볼 때 화투회화는 아이디어의 독창성을 제외하고는 서양미술사에서 개념미술이 갖는 의미요소들을 갖추고 있지 않다. 게다가 화투회화들은 평면의 캔버스에 아크릴 물감으로 상당히 구상적인 표현을 그린 것이고, 대중적인 소재인 화투를 콜라주처럼 회화에 접목시켰을 뿐이다. 결론적으로 화투회화는 개념미술로 볼 수 없다.

## 나. 화투그림의 팝아트성 여부

그러면 화투회화는 팝아트일까? ① 첫째, 대중적인 소재를 사용했다고 해서 곧 팝아트(Pop Art)가 되는 것은 아니다. 오늘날 유화나 아크릴물감을 사용하여 만들어지는 많은 회화들이 일상에 친숙한 것, 대중적인 것들을 소재로 삼고 있기 때문이다. ② 둘째, 피고

42) 이에 관해 L. D. DuBoff·C. O. King, Art Law, Thomson·West, 2006, 4~6쪽 참조.

인 화가(甲) 자신이 그린 기존의 화투그림을 다른 화가(乙)에게 복제하듯 그리게 한 점으로 인해 그 그림이 팝아트(Pop Art)가 되는 것도 아니다. 그 점은 오히려 복제그림을 그린 화가를 그 작품의 작가로 만드는 요소이다. 피고인 화가(甲)의 작가적 표현성은 그가 직접 그린 기존 작품에 구현되어 있는 것이고, 복제그림의 표현성은 그 ‘그림을 그린’ 화가(乙)에게 귀속되는 것이다. 왜냐하면 이미 존재하는 그림을 복제하듯 그리는 행위는 ‘그리기의 성찰’이 되고, 그 성찰은 피고인 화가가 하는 것이 아니라 ‘그림의 그리기’를 행한 화가가 하는 것이기 때문이다. 이것은 마치 팝아트의 효시라고 일컬어지는 라우센버그(R. Rauschenberg)의 작품 <지워진 드 쿠닝 드로잉(Erased de Kooning Drawing)> (1953)에 견줄 수 있다. 라우센버그는 미국 추상표현주의의 대가 빌렘 드 쿠닝의 드로잉 작품을 잉크와 크레용 등으로 한 달간 지웠다. 그렇게 지운 결과물은 그림의 지우기라는 소극적인 그리기로써 생성된 새로운 작품이며, 그 작품의 작가는 라우센버그가 된다. 이 사건의 수급인 화가(乙)처럼 적극적으로 붓질을 하거나 라우센버그처럼 소극적으로 지우기를 하여 ‘그림을 그리는 것’은 팝아트에서는 새로운 창작이 되는 것이다. ③ 셋째, 화투회화가 팝아트가 되려면 개념미술과 공유하는 부분이기도 하지만 일정한 의미의 전복을 수행할 수 있어야 한다. <지워진 드 쿠닝 드로잉>은 추상표현주의의 고급스런 초월의 비현실성과 대중문화의 저급한 현실성 사이의 경계와 차등을 지워버리는 해체의 전복성을 보여준다. 기존의 화투그림을 그린 그림이 이와 같은 전복성을 가질 수 있으려면 가령 파카소가 “그림이란 그림 파괴의 총합이다”(A picture is a sum of its destructions)라는 사상으로 입체주의의 장르를 열었던 것처럼, “그림이란 그림 복제의 총합이다”와 같은 사상을 천명할 수 있어야 한다. 물론 이때 복제그림은 그것을 그린 화가(乙)에게 귀속된다. 그러므로 피고인 화가(甲)가 자신이 다른 화가(乙)가 복제하듯 그린 그림의 작가라고 주장하는 한, 그 그림은 오히려 팝아트가 될 수 없게 되는 역설이 성립하는 것이다.

#### 다. 신표현주의적 성격

따라서 화투회화는 개념미술도 팝아트도 아니며, 이를 바탕으로 사기죄 성립을 배제시키는 것도 더 이상 타당할 수 없다. 오히려 화투회화는 독일의 Georg Baselitz, 미국의 David Salle 등을 비롯한 많은 화가들이 오늘날까지 대변하는 신표현주의(neoex-

pressionism)에 견줄 수 있다. 1980년 전후 등장한 신표현주의는 1970년대까지 풍미했던 추상미술이나 개념미술에 반동하는 흐름으로서, 회화의 전통적인 예술성과 형상성을 회복하되, 일종의 범세계적인 메타포로서 대중문화에서 가져온 다양한 이미지의 파편들(예: 인간신체, 낡은 병, 패션)을 회화에 콜라주처럼 접목시킨다. 예를 들어 Salle의 <낡은 병들(old bottles)>(1990)에서 회화의 고급성과 대중문화의 저급한 이미지는, 인간 의식의 전일성(Einheit des Bewußtseins)을 구성하는 대극들(예: 선과 악, 미와 추)의 관계처럼, 서로에게 내재하면서 균형과 조화를 이룬다. 즉, 고급스런 회화부분은 자신에 내재한 잠재적인 저급성을 드러내고 마주하며, 대중문화적 이미지는 자신에 내재한 잠재적인 고급성을 끌어내고 승화시킨다. 이를 통해 고급스런 회화부분은 저급성과 균형 잡힌 다른 차원의 고급성을, 그리고 대중문화적 이미지는 고급성과 균형 잡힌 다른 차원의 대중성을 획득하게 된다. 이런 미적 가치의 상호상승은 고급예술부분과 대중문화적 이미지부분의 억지 결합이나 각자의 일부분을 맞바꾸는 대체가 아니라 그 둘의 대치(confrontation)를 통해 각자의 ‘또 다른’ 모습을 창출한 결과이다. 이러한 미술의 흐름을 신표현주의라고 부르는 데, 그 이유는 두 가지이다. ① 첫째, 이런 회화는 근대미술의 미학적 가치관과 연장되어 있다. 즉 사물을 단순히 재현하는 것이 아니라 주체의 체험을 독창적으로 — 때로는 거칠고, 폭력적이고, 감정적인 방식으로 그리고 매우 생동감 있는 색채를 사용하여 — 표현하는 예술적 가치를 지향한다. ② 둘째, 새로운(neo-) 흐름이라고 부르는 이유이기도 하지만, 이런 회화의 창작성은 모더니즘에서 볼 수 없었던 메타적인 기법, 특히 모더니즘의 기법을 ‘낮설게 하는’ 기법, 가령 고급예술과 대중예술을 대치시키는 기법을 사용한다는 점에 있다. 화투회화도 화투라는 저급한 대중문화적 이미지와 아크릴물감으로 그리는 회화의 ‘대치’를 통해 양쪽 모두의 미적 가치를 상승시키는 표현성을 보여준다. 바로 그런 점에서 화투회화를 신표현주의에 가까운 미술로 볼 수 있다. 다만 화투회화들은 화투의 이미지가 압도적인 중심을 이루고, 그 밖의 회화부분들(예: 마차, 꽃병)이 주변적인 것으로 그려져 있다. 그러나 중심과 주변의 구분, 즉 에르곤(ergon)과 파레르곤(parergon)은 데리다(Derrida)의 사유<sup>43)</sup>에서 보듯 미적 쾌락을 생산하는 기능에서 차등이 있는 것이 아니기 때문에, 화투회화를 신표현주의로 이해하는 데

43) 이에 관해서는 루카스(Lucas)의 루크레티아(Lucretia) 그림에 대한 데리다의 비평을 참조할 필요가 있고, 그 비평에 관해서는 J. Derrida (Geoff Bennington and Ian Meleod 번역), Parergon. The Truth in Painting, The University of Chicago Press, 1987, 54, 55쪽.

큰 장애가 되지 않는다.

## IV. 화투회화거래에 대한 사기죄의 해석·적용

### 1. 사기죄의 선구조로서 도덕적 고지의무

화투회화가 개념미술이나 팝아트가 아니라면, 게다가 신표현주의에 가까운 작품이라면<sup>44)</sup> 더욱 그 작품에서 표현성은 화투를 소재로 사용하는 아이디어의 독창성 그 이상으로 작품의 예술적 가치를 구성하는 요소가 된다. 바로 그런 표현작업을 다른 화가(乙)가 대부분 했다는 점은 화가들의 공동체영역이 아닌 거래영역에서는 중요한 사항이 된다.

#### 가. 법의식의 해석

이 사건에 대한 한 여론조사에 의하면<sup>45)</sup> 시민의 절대다수(73.8%)는 이 사건의 작품 거래를 사기라고 답했고, 소수(13.7%)는 미술계 관행상 사기가 아니라고 답했다. 이 상반된 두 견해는 각기 다른 경우를 떠올리며 다른 대답을 한 것일 수 있다. 즉 소수여론의 시민들은 이 사건의 작품을 작가가 주장하듯 개념미술이라고 생각하고 그런 제작방법이 미술계의 관행이라면 사기가 아니라는 입장을 취한 것이고, 절대다수여론의 시민들은 이 작품을 표현성이 예술적 가치를 구성하는 회화(예: 신표현주의 미술)라고 생각하고, 그 표현작업 대부분을 다른 화가가 하였다는 점을 알리지 않고 판 행동을 사기라는 입장을 취한 것이다. 그렇기 때문에 이 두 상반된 견해는 실제로 충돌되는 것이 아니라 이 사건의 작품이 개념미술인지 아니면 표현성이 중요한 회화인지에 대한 비평적 판단에 따라

44) 만약 화투회화가 개념미술인지 신표현주의인지에 관해 의문이 남아 있다면, 친작 아님이 거래상 중요한 사항이 되는지에 관하여 in dubio pro reo 원칙을 적용해야 하는지가 문제될 수 있다. 그러나 예술비평이란 법이론적으로 위치지운다면 ‘사실’ 확정의 문제가 아니고, 법관의 사실적, 법적 판단에 영향을 주는 선지식(Vorkenntnisse)에 해당하기 때문에, in dubio pro reo 원칙은 적용되지 않는다.

45) 2016. 5. 19. MBN이 보도하고 리얼미터가 19세 이상 501명 남녀를 대상으로 여론을 조사한 결과에 의하면 73.8%가 사기라고 보았고, 미술계의 통상적 관행으로 문제삼을 수 없다는 의견이 13.7%에 불과했다.

달라지는 결론으로서 서로 정합적인 것이다. 즉, 소수여론의 시민들도 이 작품을 표현성이 중요한 회화라는 비평적 판단을 전제하고 대답하였다면 아마 절대다수여론과 마찬가지로 사기를 인정했을 가능성이 매우 높다. 그러므로 위 여론조사결과가 보여주는 시민들의 법의식은 표현적인 회화의 경우 친작이 아님을 거래상대방에게 알리지 않고 거래하는 것은 사기라고 본다는 것이다.

#### 나. 고지의무의 도덕적 성격

이때 사기란 회화가 친작이 아님을 거래상대방에게 알리는 것은 도덕적 의무라는 의미를 함축한다. 이 고지의무는 첫째, 일상어로서 사기가 예를 들어 권리·의무의 비대칭적 배분을 가져오는 계약체결을 두고 하는 말인 점에서 핵심도덕(예: 약속은 지켜야 한다)의 성격을 갖고 있고, 둘째, 개념미술임에 회의를 갖고 있다면 화가의 양심상 개념미술임을 전제로 한 거래를 하지 않는 것이 화가정신이며 화가의 직업윤리라는 점에서 사회윤리(예: 종교적 생명윤리)의 성격을 갖고 있으며, 셋째, 많은 화가들이 표현성이 중요한 회화작품의 구매자에게 친작이 아님을 알리고 거래하는 관행<sup>46)</sup>이 있다면 사회규범의 성격도 갖게 된다.

이러한 도덕적 의무는 일반시민들이 사기라고 말하는 행위에 내재한 사기죄의 선구조(präjuristische Struktur)<sup>47)</sup>라고 할 수 있다. 그렇기에 이 사건은 단지 민사법적 제재만으로는 불충분하고, 형법적 통제의 필요성과 정당성에 대한 검토가 요구된다. 다만 그와 같은 사기죄의 선구조를 바탕으로 형법상 사기죄(형법 제347조)가 성립하는지는 형법해석학의 전통과 비판적 성찰 속에서 검토되어야 한다. 그런 검토의 대상이 되는 이 사건의 중요쟁점은 다음과 같다

46) 이 사건의 대법원 판결(대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결의 판결문 7쪽)도 신의칙상 보증인의무로서 고지의무를 인정되기 위한 조건으로 관행을 제시하고 있다. 그러나 고지가 관행인지 여부는 고지가 도덕적 의무가 되고, 나아가 형법상 보증인의무가 되기 위한 하나의 요소이지 유일한 요소가 아니다.

47) 이 이론은 J. Habermas의 보편적 화용론(이에 관해 J. Habermas, “Was heißt Universalpragmatik?”, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, Suhrkamp, 1984, 353~440쪽 참조)을 바탕으로 K. Günther가 발전시킨 법이론(이에 관한 Klaus Günther [박중수 역], “법과 언어”, 법철학연구, 제4권 제2호, 2001, 245쪽 아래 참조)에 근거하고 있다. 이에 관해 더욱 자세한 이론은 이상돈, 법의 깊이, 법문사, 2018, 489쪽 아래 참조.

- 수급인 화가(乙)가 화투회화의 표현작업 대부분을 했다는 점(이하 ‘친작이 아님’으로 칭함)을 피고인 화가(甲)가 작품구매자(丙)에게 알리는 것은 법적 작위의무, 더 나아가 형법상 보증인의무가 되는지 여부 (아래 2.)
- 피고인 화가(甲)의 고지의무위반과 작품구매자(丙)의 불인식(착오) 사이에 인과관계가 있는지 여부와 사기죄의 기수·여부 (아래 3.)
- 피고인 화가(甲)가 자신의 고지의무위반이 사기죄의 기망에 해당함을 알지 못한 법률의 착오가 정당한지 여부 (아래 4.)

이 밖에도 거래상대방과의 직접 접촉 여부나 작품을 판매한 화랑대표와의 역할 분담 등에 따라 화가(甲)는 사기죄의 정범이 될 수도 중범이 될 수도 있는데, 이 쟁점은 이 글의 핵심주제에서 다소 멀기 때문에 다루지 않는다.

## 2. 보증인의무로서 고지의무

도덕적 성격의 고지의무가 부작위를 사기죄의 기망행위에 해당하게 만드는 형법상 보증인의무(Garantenpflicht)가 될 수 있으려면 그 형식적 근거로서 법령, 계약, 신의칙의 내용이 될 수 있어야 하고 그 실질적 근거로서 이 도덕적 의무의 주체인 화가(甲)와 일반인 작품구매자(丙) 사이에 보호관계가 있어야 한다.

### 가. 신의칙상 보증인의무

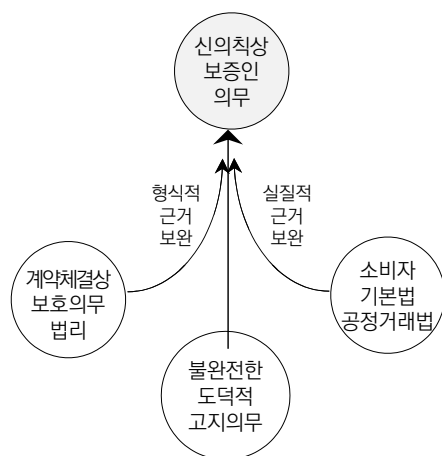
이 사건의 항소심은 법령이나 계약상 보증인의무가 없음은 명백하다고 보았다. 이런 해석을 전제한다면, 도덕적 고지의무가 형법적 보증인의무로서 고지의무가 되기 위해서는 형법이론적 개념인 신의칙(Treu und Glauben)에 해당하여야 한다. 위에서 설명한 도덕적인 고지의무가 그 자체로서 형법상 보증인의무를 낳는 신의칙이 되기에는 아직 그 형식적 근거와 실질적 근거가 모두 부족하다. 즉, ‘형식적인’ 측면으로 이 도덕적 의무의 존재가 다소 불확실하고 그 내용도 충분히 구체적이지 않으며, 이 의무에 대한 사람들의 인식도 완벽하지도 않다. 또한 ‘실질적인’ 측면으로 화가와 일반인 구매자 사이에, 구매인이 가격의 적정성을 판단하는 데에 필요한 작품의 가치관련요소<sup>48)</sup>를 착오하여 합리적인 구매결정을 못하게 되는 것을 방지하는 행동에 대한 상호 기대와 신뢰가



미술시장에 더 잡혀 있는 것인지도 다소 의문이다.

여기서 고지의무는 설명의무(Aufklärungspflicht)의 하나일 뿐이다. 설명의무는 친작이 아님을 알릴 의무뿐만 아니라 화가가 개념미술이라고 믿었다면, 그 작품이 개념미술인 이유에 대한 설명, 작품 제작방법이나 소재 등 작품의 가치를 결정하는 다양한 요소들에 대한 설명을 포함한다. 아래에서는 편의상 판례용어를 그대로 따르기로 한다.

하지만 이 도덕적 고지의무는 다음 두 가지 점(①②)을 고려하면 신의칙상의 보증인 의무가 된다. ① 첫째, 소득세법상 소득세(제19조 제1항 17호)를 내는 사업자인 화가를 소비자기본법상 사업자(제2조 2호)로 본다면, 화가는 작품구매자의 소비자기본권(제4조 2호)인 ‘필요한 지식·정보를 제공받을 권리’를 침해해서는 안 되며, 사업자책무(제19조 제3항)로서 ‘구매자의 합리적 선택·이익을 침해할 우려가 있는 거래조건·방법을 사용’해서도 안 된다. 또한 화가를 공정거래법상 사업자로 본다면, 화가가 친작이 아님을 알리지 않은 작품거래는 작품정보에 관한 화가와 일반인 구매자 사이의 비대칭을 고려할 때 ‘자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용’하는 불공정거래행위(공정거래법 제23조 제1항 4호)에 해당한다. 이처럼 화가에게 소비자기본법과 공정거래법을 적용하는 것은 각 법률의 문언에 반하지는 않지만, 각 법의 목적을 고려하면 확대해석 또는 유추적용에 해당할 여지가 있다. 그렇기에 이 법률들을 근거로 직접 형법상 보증인 의무로서 고지의무를 인정하는 것은 죄형법정주의에 위배된다는 우려를 남긴다. 하지만 이러한 법률들은 화가의 도덕적 고지의무를 신의칙상 보증인 의무로 승화시키는 형식적 근거요소로 작용할 수 있



48) 거래가격의 적정성(Angemessenheit)은 디자인이나 트렌드가 가격을 결정하는 상품에서는 높은 가격에 상응하는 가치요소가 중요하지 않지만, 골동품이나 보석류 등의 경우는 높은 가격에 상응하는 가치요소가 중요하고, 그에 관한 착오를 방지할 고지의무가 인정될 수 있다(W. Maaß, *Betrug verübt durch Schweigen*, Brühlscher Verlag, 1982, 130~133쪽 참조). 회화작품도 작가의 붓질이 중요한 표현예술이므로 누가 붓질을 했느냐는 적정가격형성에 필요한 중요정보가 된다.

다. 즉, 이 법률들은 도덕적 고지의무가 보증인의무가 되기 위해 필요한 ‘형식적 근거’의 부족분을 메워준다. 특히 공정거래법상 불공정거래가 그 자체로서 범죄(제67조[벌칙] 2호)라는 점은 공정거래법의 선구조인 도덕적 고지의무에 이미 형법적 보증인의무의 요소가 내재해 있음을 말해주기도 한다.

② 둘째, 매매계약의 주된 급부의무는 아니지만 독일에서 계약책임의 하나로 인정되는 계약체결상의 보호의무(Schutzpflicht), 즉 이 사건에서 미술작품의 정보가 취약한 일반인 구매자(丙)를 보호할 의무는 형법상 보증인의무로서 고지의무를 직접 발생시키는 계약적 근거가 되기에는 아직 이른다. 일종의 계약전 보호의무(vorvertraglicher Beziehungen)<sup>49)</sup>가 우리나라의 판례와 학계<sup>50)</sup>에서 널리 확립되어 있지 않기 때문이다. 하지만 이 계약책임법리는 위의 도덕적 고지의무를 신의칙상 보증인의무, 특히 보호보증인의 의무(Obhutsgarantenpflichten)로 승화시키는 ‘실질적 근거요소’로 작용할 수 있다. 계약체결상 보호의무의 법리와 그에 관한 법적 담론의 전개는 도덕적 고지의무가 신의칙상 보증인의무가 되기 위해 요구되는 보호관계의 실질, 즉 미술작품거래에서 작품(가치요소)에 관한 정확한 정보를 구매자에게 제공하여 합리적 구매결정을 할 수 있게 한다는 점에 대한 상호 기대와 신뢰의 존재를 뒷받침해주기 때문이다. 물론 이런 해석은 임대차관계처럼 계약당사자 사이에 ‘특별한 신뢰관계’가 있는 계약유형에 국한된다는 제한을 둘 수도 있다. 하지만 그런 관계는 예술작품의 거래에서도 인정된다.<sup>51)</sup>

## 나. 사기죄 부작위범의 특수한 요소

그런데 사기죄에서는 이와 같은 도덕적 고지의무가 형법상 보증인의무가 되기 위해서는 또 다른 특수한 요건을 충족해야 한다. ① 판례에 의하면 “일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙

49) 독일 통설은 계약이전의 관계에서도 계약을 형식적 근거로 삼는 보증인의무를 인정할 수 있다고 본다. 다만 독일연방법원(BGH NJW 453, 454쪽)은 계약당사자는 계약에 중요한 모든 사항들을 상대방 당사자가 묻지 않아도 알려줄 의무(Aufklärungspflichten)가 있다고 보면서도 이를 위해서는 계약의 존재뿐만 아니라 당사자들 사이의 특별한 신뢰관계가 있을 것을 요구한다.

50) 부작위에 의한 사기죄를 인정하는 판례가 계약체결 이후가 아니라 이전부터 기망을 인정하고 있다는 판례해석을 하면서 이를 비판하는 대표적인 견해로 이정원, “부작위에 의한 사기죄에서의 기망 행위와 공동정범”, 비교형사법연구, 제1호, 2006, 343~344쪽.

51) 이 입장은 T. Würtenberger, “Betrug durch Schweigen im Kunsthandel”, NJW, 1951, 94쪽.

에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다.”<sup>52)</sup> 이 요건에서는 실제 거래 상대방이 알았는지 여부를 따지는 것과 일종의 ‘합리적 구매자상’(평균적인 미술품구매자)을 전제로 가설적으로 판단하는 것을 구분해야 한다. 전자의 경우는 부작위 기망과 착오 사이의 인과관계가 문제되지만, 후자의 경우는 부작위가 기망이 되기 위한 보증인의무 여부가 문제되는 것이다. 후자의 문제에서 거래상대방(합리적 구매자)이 그 사실을 알았더라면 거래행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우인지를 판단할 때에는 상대방에게 알리지 않으면 상대방이 ‘대단히 큰 손해’를 입게 되는지, 상대방이 처분행위를 할 때 중요한 요소라는 점이 인식될 수 있는지, 상대방이 ‘경험 없는 자’인지 등을 종합 고려하는 것이 합리적이다. 개념미술이 아닌 회화의 거래에서 친작여부는 상당한 가격변수가 되고, 합리적 구매자라면 일반적으로 이 점에 큰 관심을 가지며, 또한 그 점을 스스로 알 만큼 경험이 있지도 않다. 따라서 회화의 합리적 구매자가 그 작품이 친작이 아님을 알았다면 구매여부나 구매가격이 달라졌을 수 있다는 점은 명백하다는 거래의 경험칙이 성립할 수 있다.<sup>53)</sup> 이로써 거래하는 회화작품이 친작이 아님을 고지할 화가의 도덕적 의무는 사기죄에서도 보증인의무가 된다. ② 이 밖에 부작위의 기망이 되기 위해서는 피고인이 고지하지 않은 사항을 피해자가 쉽게 확인 가능한 사항이 아니어야 한다는 조건, 바꿔 말해 피해자가 스스로 자신을 보호할 수 없는 상황이 전제되어야 한다고 보는 견해<sup>54)</sup>와 이런 제한설정에 반대하는 견해<sup>55)</sup>가 있다. 어떤 견해를 취하든 이 사건의 작품구매자(丙)는 친작이 아님을 쉽게 확인할 수 없었으므로 신의칙상 보증인의무로서 고지의무를 인정하는 데 어려움이 없다.

52) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002도3455 판결.

53) 이 사건의 항소심 판결(서울중앙지방법원 2018. 8. 17. 선고 2017노3965 판결, 판결문 28쪽 참조)은 이 점을 보증인의무 문제가 아니라 기망과 착오 사이의 인과성 문제로 다루는 오류를 범한다. 이에 비해 대법원 판결(대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결의 판결문 7쪽)은 신의칙상 고지의무 문제로 다룬다.

54) 형법의 보충성원칙에 입각해서 이런 입장을 취하는 김준혁, “부작위에 의한 사기죄의 성립가능성에 대한 새로운 접근”, 연세대 법학연구, 제18권 2호, 2008, 258쪽 참조.

55) 안경옥, 사기죄에 있어서의 기망행위, 형사판례연구[5], 박영사, 1997, 207쪽 참조.

### 3. 착오의 인과성과 사기죄의 기수·미수

따라서 이 사건에서 피고인 화가(甲)가 구매자(丙)에게 직접 또는 위탁판매자(화랑)를 통해 간접으로 화투회화가 진품이긴 하지만 친작이 아님을 알리지 않은 부작위는 사기죄의 기망에 해당한다. 사기죄의 기수가 성립하려면 그 다음의 요건으로 이 부작위의 기망이 구매자에게 착오를 일으키고, 그 착오에 터 잡은 재산처분행위로서 구매계약을 했어야 한다. 이때 착오와 재산처분행위를 한 자는 합리적 구매자상, 즉 추상적 인간이 아니라 구체적 사건의 거래상대방이었던 특정한 개인(이 사건의 丙)이다. 가령 ① 이 사건의 작품구매자(丙)가 경험이 많은 미술전문가이거나 또는 피고인 화가(甲)가 화투회화를 제작하는 방법을 사전에 이미 알고 있어서, 거래작품이 친작이 아님을 알았던 경우라면 착오를 한 것이 아니다. 이 경우에는 고지의무위반의 기망은 착오와 재산처분행위에 대해 인과관계가 없게 된다. 그런데 거래상대방은 구성요건이론의 개념으로 ‘행위객체’(Handlungsobjekt)에 해당하고, 이런 경우 피고인 화가(甲)은 “대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능”(형법 제27조)한 경우에 해당하므로 위험성이 있는 때에는 불능미수로서 처벌되고, 위험성이 없는 때에는 불능범으로서 사기죄는 물론 사기미수죄도 성립하지 않는다. ② 이에 반해 이 사건의 구매자(丙)가 경험이 많은 미술전문가도 아니고, 피고인 화가가 화투회화를 제작하는 방법도 사전에 알고 있지 않은 일반인이라면, 고지의무위반의 기망은 구매자에게 작품의 가치와 적정가격 및 구매결정의 합리성에 관해 착오를 일으키고, 그 착오에 터 잡은 재산처분행위인 작품구매계약을 인과적으로 초래한 것이다. 그 결과 피고인 화가는 친작인 경우와 그렇지 않은 경우에 각각 형성되는 가격의 차이만큼 재산상 이익을 취득하고, 거래상대방은 그것에 상응하는 손해를 입은 것이다. 따라서 이 경우는 사기죄의 기수가 성립한다.

③ 이에 덧붙여 유의할 점으로 구매동기의 문제가 있다. 가령 작품구매자가 연예인으로서 명성이 높은 피고인 화가(甲)의 작품 하나쯤 사서 갖고 있어야겠다는 생각이었더라도, 그것은 구매 ‘동기’(motive)의 형성에 관련된 요인일 뿐, 구체적으로 어떤 작품을 어떤 가격으로 살 것인지에 관한 의사(Wille)의 형성에 하자가 있었다는 점에는 영향을 주지 않는다. 즉, 구매동기의 착오와 구매의사형성의 하자는 구분되어야 한다.

#### 4. 화가의 착오문제

마지막 쟁점은 화가가 개념미술이 아닌 회화를 거래하면서 친작이 아님을 고지하지 않는 것이 사기가 될 수 있음을 인식하지 못한 착오의 문제이다.

##### 가. 포섭착오

먼저 이 착오는 사실의 착오가 아니라 규범의 착오이다. 첫째, 화가는 거래작품이 친작이 아닌 사실, 친작여부가 회화작품에서는 예술적 가치나 적정가격, 거래가격의 변수가 된다는 사실, 거래상대방이 미술전문가가 아니고, 자신의 제작방법을 구체적으로 알지도 못한다는 사실, 거래상대방이 구매여부나 구매가격의 결정에서 합리적인 의사형성을 할 수 없다는 사실, 그 한에서 적정가격보다 높은 판매가격으로 재산상 이익을 취할 수 있다는 사실 등을 모두 인식하고 있다. 그러므로 사기죄의 고의(제13조)가 인정된다. 둘째, 화가는 이 사건과 같은 거래가 법적으로 사기죄구성요건(제347조 제1항)에 해당한다는 점을 몰랐거나(포섭착오), 사기죄구성요건에 해당함을 알았지만, 거래관행에 근거하여 사회상규(제20조)에 위배되지 않는다고 생각했을 수 있다(허용포섭착오). 이들 착오는 모두 법률의 착오(제16조)에 해당한다.

##### 나. 착오의 정당한 이유

이로써 이 사건의 피고인 화가(甲)가 가졌을 수 있는 법률의 착오에 “정당한 이유”가 있는지가 문제로 남는다. 먼저 주의할 점은 법률착오의 정당한 이유에 대한 판단은 고의를 인정할 수 있는 정황(간접사실)들에 의하여<sup>56)</sup> 하는 것이 아니라 별도의 귀속론에 의한다는 점이다. 판례도 “행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었는에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하

56) 이 사건의 제1심 법원이 정당한 이유를 인정하지 않는 근거로 고의 인정의 정황들을 든 것(서울중앙지방법원 2017. 10. 18. 선고 2016고단5112 판결의 판결문 23쪽)은 빗나간 논증이다.

여야 한다”<sup>57)</sup>고 본다. 이러한 귀속론적 사고에 의하면 ① 첫째, 회화작품의 거래에서 그 작품이 친착이 아님을 거래상대방에게 알려주는 것은 도덕적 의무라는 점에서 피고인 화가(甲)는 자신의 거래가 적법한지를 심사할 계기를 갖고 있었다. ② 둘째, 그럼에도 피고인 화가가 신뢰 가능한 법정보기구로부터 자신의 거래가 적법한지를 문의하는 등의 노력을 하지 않고<sup>58)</sup> 스스로<sup>59)</sup> 적법성을 판단하였다면, 그런 법률의 착오에 대한 책임은 스스로 짊어져야 한다. 이를 자기위험부담(auf eigene Risiko)의 원칙이라고 부를 수 있다. 자신의 작품이 개념미술이라고 잘못 판단함으로써 고지의무를 인식하지 못한 점, 즉 자신의 비평오류도 이런 자기위험부담원칙의 적용범위 안에 있다.

## V. 맺음말

① 화가가 회화를 제작하는 방법은 자유이다. 그것은 예술의 자유에 속한다. 화가는 회화를 손수 제작할 수도 있지만, 예술의 지속적 발전과 예술가의 후속세대 육성을 위해 도제(Lehrling)를 두고 그를 제작에 참여시키는 것이 더 바람직하다. 법이 그 작품의 거래상대방에게 도제의 회화제작 참여를 고지할 의무를 부과한다면, 그것은 예술의 자유를 침범하는 것이다. ② 화가는 회화의 제작에 다른 화가를 참여시킬 수도 있다. 그러나 다른 화가가 표현성이 중요한 회화의 창작적 표현작업 대부분을 한다면, 예술적 의미에서 작가는 그 작업을 한 화가이다. 다만 ‘공동체’(Gemeinschaft) 성격의 예술가사회에서 화가들은 그런 작품의 법적 저작자를 누구로 할 것인지를 자율적으로 결정할 수 있고, 이는 예술의 자유에 속한다. ③ 이로써 예술과 법 사이에는 부정합이 생기고, 예술의 자유와 법적 안정성 또는 시민적 자유(와 재산)가 충돌할 수 있다. 이 충돌은 공동체적 관계

57) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2014도12773 판결 등 참조.

58) 법률가의 자문을 받아도 자기위험부담원칙을 적용하는 견해로 G. Godenzi, “Verbotsirrtum aufgrund anwaltlicher oder gutachterlicher Beratung?”, Festschrift für Andreas Donatsch, 2017, 72쪽 참조.

59) 독일에서도 비법률가가 스스로(auf eigene Faust) 법을 공부해 적법성을 판단하는 것은 회피가능한 금지작으로 본다. 다만 입법할 때 법률텍스트를 비법률가 지성인이란만 알 수 있도록 만든 경우에는 예외이다. 이에 관해서는 C. Roxin, Strafrecht AT, 4. Auflage, C. H. Beck, 2006, 957쪽 참조. 이 사건에 관계되는 법률조항들은 이 예외에 해당하는 경우가 아니다.

가 없는 예술가와 시민의 ‘거래영역’에서는 예술적 자유에 법적 한계를 설정하는 방식으로 해소될 수 있다. 즉 회화작품을 시장에서 거래할 때 법적 저작자인 화가는 거래 상대방에게 다른 화가가 표현작업을 했음을 고지할 의무를 지고, 이를 위반하여 거래하면 법적 제재를 가하는 것이다. 그렇지 않다면 작품구매자는 작품의 가치를 공정하게 평가하여 구입여부와 구입가격결정을 합리적으로 할 수 없기 때문이다. 이런 법의 개입은 예술에 대한 간섭이 아니라 예술체계와 법체계의 충돌을 조정하고 체계통합(system-integration)을 달성하기 위한 것이다. ④ 다만 예외적으로 개념미술에서는 개념을 창시한 화가만이 작가가 된다. 다른 화가가 그 개념을 실행하였어도 그는 작가가 되지 않는다. 따라서 법은 고지의무를 위반하여 거래된 작품이 개념미술인지 여부를 판단하여야 하고, 이를 위해서는 (법)예술비평을 하지 않을 수 없다. 이 사건의 화투회화작품은 개념의 독창성을 제외한 개념미술의 특징들, 이를테면 해방의 미학적 쾌락, 의미의 전복성, 그로테스크함 등이 결여되어 있고, 팝아트로서도 부족하며, 대체로 신표현주의 회화에 가깝다. 따라서 화투회화작품을 거래할 때에는 저작자인 화가는 구매자에게 다른 화가가 표현작업을 한 점을 고지하여야 한다. ⑤ 물론 이 고지의무는 법률이나 계약에 근거를 두지 않은 도덕적 고지의무이다. 하지만 소비자보호와 공정거래의 법리, 계약체결상 보호책임의 법리, 그리고 고지를 받은 합리적 구매자가 구매여부나 가격결정에서 다른 행동을 하였을 가능성이 명백한 점을 고려하면 이 고지의무는 신의칙상 보증인의무가 된다고 볼 수 있다. 이 보호보증인의무의 위반으로 거래상대방은 착오에 빠져 구매계약(재산 처분행위)을 하였고, 피고인 화가는 친작이 아님을 알고 구매가격을 정했을 경우보다 높은 가격으로 매도하는 재산상 이익을 취득하였으며, 거래상대방은 그에 상응하는 손해를 입었다. 따라서 사기죄가 성립한다. 다만 거래상대방이 친작이 아님을 이미 알고 있었다면 기망과 착오 사이의 인과관계가 없어 사기미수만 성립할 수 있다. 또한 매도인 화가가 자신의 행위가 사기죄에 해당함을 알지 못하였다면 포섭착오 형태의 법률의 착오를 한 것이지만, 도덕적 고지의무의 위반으로 적법성 심사계기가 있었음에도 스스로 판단하여 문제가 없다고 생각했다면, 정당한 이유가 인정될 수 없다. ⑥ 이처럼 법원은 회화제작의 방법과 저작자 결정에서는 예술의 자유와 예술가들의 공동체적 자율을 존중해야 하지만, 예술가와 시민의 거래영역에서는 시민적 자유(와 재산) 보호를 위해 필요최소한의 범위에서 예술에 개입하여 그 자유에 한계를 설정하여야 한다. 사법자체와 적극적 사

법의 법리로 표현한다면, 법원은 그 둘 사이에서 역할을 수행하는 것이다. 그리고 100여 년이나 지난 사법자제와 적극적 사법의 두 원칙은 현대사회에서는 예술과 법의 합리성 괴리와 기능적 충돌을 조정하고 두 체계를 통합하는 체계간(intersystemic) 원칙으로 재 해석되어야 할 과제 앞에 서 있다.



## 참고문헌

- 이상돈, 법의 예술, 법문사, 2020.
- 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2013.
- 김준혁, 부작위에 의한 사기죄의 성립가능성에 대한 새로운 접근, 연세대 법학연구, 제18권 2호, 2008, 237~263쪽.
- 박슬기, 그로테스크 미학의 존재론적 기반과 의의, 충북대 인문논총, 제58집, 2007, 179~203쪽.
- 박지윤, 아이치트리엔날레와 ‘표현의 부자유’ 전, 아세아여성법학, 제22권, 2019, 1~18쪽.
- 안경옥, 사기죄에 있어서의 기망행위, 형사판례연구[5], 박영사, 1997, 196~212쪽.
- 이정원, 부작위에 의한 사기죄에서의 기망행위와 공동정범, 비교형사법연구, 제1호, 2006, 333~353쪽.
- 전혜숙, 미술개념의 변화와 미국의 1968년: 개념미술의 등장을 중심으로, 미국사연구, 제28집, 2008, 149~178쪽.
- 클라우스 쿤터 (박종수 역), 법과 언어, 법철학연구, 제4권 제2호, 2001, 227~246쪽.
- Danto, Arthur C., After the End of Art, Princeton University Press, 1997.
- Deleuze, Gilles (하태환 역), 감각의 논리(Francis Bacon: Logique de la sensation) 민음사, 1995.
- Derrida, Jacques (Geoff Bennington and Ian Meleod 역), Parergon. The Truth in Painting, The University of Chicago Press, 1987.
- DuBoff, Leonard D.·King, Christy O., Art Law, 4th. Edition, Thomson·West, 2006.
- Febbrajo, Alberto·Harste, Gorm, Law and Intersystemic Communication: Understanding ‘Structural Coupling’, Ashgate Pub., 2013.
- Hamilton, William, Lectures on Metaphysics and Logic, Vol. 1, Metaphysics, Boston, 1859.

- Köhler, Thomas, Reflexivität und Reproduction: Zur Sozialtheorie der Kultur der Moderne nach Habermas und Bourdieu, Offizin-Verlag Hannover, 2001.
- Roxin, Claus, Strafrecht AT, 4. Auflage, C.H. Beck, 2006.
- Weber, Max, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Auflage, C. J. B. Mohr, 1980.
- Godenzi, Gunhild, “Verbotsirrtum aufgrund anwaltlicher oder gutachterlicher Beratung? Festschrift für Andreas Donatsch (2017), 57~72쪽 참조
- Greenberg, Clement, The Crisis of the Easel picture, 1948.  
([http://mysite.pratt.edu/~morourke/common/Critical Paradigms/Greenberg Crisis.pdf](http://mysite.pratt.edu/~morourke/common/Critical%20Paradigms/Greenberg%20Crisis.pdf))
- McGoldrick, Dominic, “The Boundaries of Justiciability”, International & Comparative Law Quarterly, Volume 59, Issue 4, 2010, 981~1019쪽.
- Streinz, Rudolf·Herrmann, Christoph, “Missverständener ‘Judicial Self-restraint’ - oder: Einmischung durch Untätigkeit”, EuZW 2007, 289~290쪽.
- Wurtenberger, Thomas, Criminal Damage To Art - A Criminological Study, DePaul Law Review, Vol.14, Issue 1, 1964, 83~92쪽.
- Wurtenberger, Thomas, Betrug durch Schweigen im Kunsthandel, NJW 1951, 176 쪽 아래.
- Yi, Sangdon·Hong, Sung Soo, “The Legal development in Korea: juridification and proceduralization, Law and Society in Korea, Edward Elgar Publishing Limited 2013, 108~128쪽.

## Artistic Freedom of Painting Production and Criminal Legal Limits of Painting Transactions

Sangdon Yi\*

The law should respect the freedom of art and the collective autonomy of artists in the production method of painting and its legal authorizing, while it should set limits on the transaction of artists with citizens to the minimum extent necessary to protect civil liberty including property. If a painter has done most of the creative expression work of painting, he is an author in the artistic sense, but the author in legal sense may, however, be the painter who gave the concept with crude guidelines and the expression work for a fee to him/her in the mutual agreement. This creates an inconsistency between art and law in the definition of author, and a categorical conflict between freedom of art and civil liberty. The conflict is, for example, resolved by obliging the painter as legal author to notify the creative expression work of other painters and to guarantee buyer's right to Information in the process of signing a contract with the buyer. This guarantor obligation is based on the common sense or moral thinking, on the Consumer Protection Act and Fair Trade Act. Exceptionally is no such obligation recognized for the conceptual art, to which the painting with imaging of korean traditional gambling card couldn't belong. The breach of this guarantor obligation causes the error of the buyer on the value of the traded art piece, and a purchase contract at a high price with the result, that the breacher acquires property gains, and the buyer suffers corresponding losses. The breacher should, therefore, be regarded as having committed the fraud in the korean criminal law. However, if the buyer already knew the expression work of other painters, any causal relationship between deception and error couldn't be

---

\* Korea University School of Law, Prof. Dr.

established. There remains the possibility of being fraud attempt. If the painter as seller didn't know that his act was a criminal fraud, he would have made a error on the criminal law in the form of subsumption. The justifiable reason is not recognized, because the error results from the self-judgement on the legality of his conduct without seeking a professional legal advice, even though he perceived the violation of a moral notice obligation.

❖ key words: freedom of art, painting with imaging of korean gambling card, intersystemic principle, conceptual art, guarantor obligation, criminal fraud