

서해·한강하구·비무장지대의 관할권

사진가 이시우

목차

I. '유엔사'관할권 주장의 모순

- (1) 관할권의 의미
- (2) '유엔사'관할권 논쟁의 역사
 - 1) 1948년 헌법 영토조항
 - 2) 1950년7월7일 '유엔사'창설
 - 1. 유엔기구로서 '유엔사'지위의 부존재
 - ㄱ. 유엔 군사강제조치 결정의 부존재
 - ㄴ. '유엔사'명칭의 부존재
 - ㄷ. 유엔깃발사용승인의 부존재
 - ㄹ. '유엔사'보고서 법적효력의 부존재
 - 2. 미국 통합사령부 법적지위의 부존재
 - ㄱ. 미 행정부전쟁결정의 부존재
 - ㄴ. 미 입법부전쟁결정의 부존재
 - ㄷ. 미 사법부전쟁판단의 부존재
 - 3) 1950년10월12일 언커크준비위 결정
 - 4) 1953년7월27일 정전협정과 비무장지대 발효
 - 1. 정전협정 형식문제로 인한 부존재
 - ㄱ. 정전협정 체결주체로서 한국의 부존재
 - ㄴ. 정전협정 체결주체로서 유엔의 부존재
 - ㄷ. 서명자 오류에 의한 협정의 불성립
 - 2. 정전협정 내용의 문제로 인한 부존재
 - ㄱ. '유엔사'점령지위의 위헌성과 협정불성립
 - ㄴ. 정전협정의 예외상태로 인한 협정불성립
 - 5) 1954년11월17일 38선 이북 행정권이양
 - 6) 1963년7월1일 대성동 행정권이양 실패
 - 7) 2000년11월17일 남북관리구역합의서
- (3) '유엔사'관할권의 구조
 - 1) 위기사 관할권
 - 1. 위기관리권
 - 2) 전시 관할권

- 1. 개전권
- 2. 일본기지 사용권
- 3. 자위대 동원권
- 4. 전시점령권

II. '유엔사'관할권 전환

- (1) '유엔사'관할권 약화
 - 1) 9.19남북군사합의서 법적지위 강화조치
 - 2) '유엔사'관할권의 틈과 행정의 기술
 - 1. 항행
 - 2. 보행
 - 3. 비행
 - 4. 철조망, 용치철거
 - 5. 민통선 해제
 - 6. 서해5도 평화수역
- (2) '유엔사'관할권 전환
 - 1) 『유엔사규정』과 정전협정의 충돌
 - 2) 『유엔사규정』과 주권의 충돌
 - 3) 9.19남북군사합의서 전면화

III. 서해·한강하구·비무장지대의 주권

- (1) 평화구역 남북공동 행정권의 수립
 - 1) 법철학과 법경제학의 원리
 - 2) 정책
 - 3) 연합단계 행정권의 한계
- (2) 평화구역 남북공동 입법권의 수립
 - 1) 자연법론의 장점
 - 2) 사례: 유럽연합에서 유럽연방으로
 - 2) 낮은 단계 연방과 작은 연방

I. '유엔사'관할권 주장의 모순

(1) 관할권의 의미

관할권이란 단어가 주목을 끈 것은 2000년 11월 17일 6.15선언에 따라 경의선철도를 연결하기 위해 인민군과 '유엔사'간 남북관리구역에 대한 합의서가 체결되고 나서 2년 뒤다. 남북이 철로공사를 하기위해서는 먼저 지뢰를 제거해야 했고 지뢰제거작업이 마무리단계에 들어가자 남북은 지뢰제거상호검증단을 파견하기로 합의했다. 그런데 남측이 북측의 지뢰제거상황을 검

증하기 위해 군사분계선을 넘으려하자 갑자기 ‘유엔사’가 등장하여 자신들의 허가 없이는 넘어갈 수 없다고 제동을 건 것이다. 정부는 당황해 했다. ‘유엔사’는 한국측에 관리권은 이양했지만 관할권은 여전히 ‘유엔사’가 가지고 있으므로 ‘유엔사’의 통제를 받아야 한다는 것이었다. 당시 필자와 통화한 국방부공보관은 ‘유엔사’가 Administration과 Jurisdiction이란 단어를 사용했다고 말해줬고 정부는 그것을 ‘관리’와 ‘관할’로 번역한다고 했다.

정전협정 어디에도 관할이란 단어는 사용되지 않았기에 학자들도 이 말을 자의적으로 해석하여 중구난방의 논의가 이어졌다. 1946년 임시조선민주정부를 만들기 위한 민주단체의 범위를 둘러싼 논쟁당시 바로 이 ‘민주적(Democratic)’이란 단어를 둘러싼 해석 때문에 미소공동위원회가 결렬되는 지경까지 간 것과 유사한 사례가 발생한 것이다. 필자는 이 두 단어가 어떤 맥락에서 사용되었고 무슨 의미를 담고 있는지를 아는 데까지 20여년이 걸렸다.

이 단어는 1954년 38선 이북 소위 수복지구의 행정권을 이양받을 때 아주 구체적인 맥락을 가지고 사용된 단어였음을 안 것이다.

당시 38선이북-군사분계선이남은 ‘유엔사’가 한국정부에 보낸 공문에 자신들의 점령지역이라고 주장하고 있었다. 전쟁이 멎고 피난 내려왔던 주민들이 속속 귀향하기 시작하자 한국정부는 1954년 6월 15일부터 주권을 회복하기 위한 교섭을 시작했다. 이때 이 두 단어가 첨예한 논쟁이 되었다. 1954년 9월 1일 변영태외무장관은 다음과 같이 행정권과 주권을 명확히 구분하고 주권의 이양을 주장했다.

‘한국은 행정권(administrative control)뿐만 아니라 주권(sovereignty)을 가져야 한다. 이 곳은 한국 영토이다.’¹⁾

미국이 사용하는 관할권(Jurisdiction)²⁾이란 단어를 한국은 주권으로 이해하고 있었던 것이다. 미국 역시 이를 부정하지 않았다. 수복지구의 주권회복문제는 60년대 국회속기록에서도 계속 확인된다. 그리고 ‘유엔사’의 시기별 강온책에도 불구하고 서해5도·한강하구·비무장지대에 대한 관할권에 대한 입장이 일관되게 유지되고 있음이 확인되었다.

(2) ‘유엔사’관할권 논쟁의 역사

1) 1948년 헌법 영토조항

관할권은 결국 법적인 개념이므로 ‘유엔사’관할권이 법적권한인지, 나아가 좋은 법적권한인지를 판단해야 한다. 법철학의 어떤 진영에 속하든 공통적인 것은 헌법이다. 헌법은 법의 근본 규범이자 승인규칙이다. 따라서 대한민국헌법에서 비무장지대관할권을 어떻게 규정하고 있는지를 살펴야 한다. 헌법3조는 ‘대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다’고 되어 있다. 비무장지대는 한반도일부의 영토이므로 우리 헌법은 이 지대의 관할권자를 대한민국이외에 다른 자로 규정하고 있지 않다. 따라서 ‘유엔사’가 비무장지대에 대한 관할권을 주장하려면 대한

1) Edward C. Keefer. Ed, “The Ambassador in Korea(Briggs) to the Department of State SEOUL, September 1, 1954-8 p.m.” *Foreign Relations of the United States 1952-1954 VolXV, Korea (in, two parts) Part 2*, (Washington D.C. : United States Government Printing Office, 1984), p.1867

2) 미국은 한국의 38선이북 영토의 주권이양요구를 관할권(Jurisdiction)이란 단어로 표기했다. Edward C. Keefer. Ed, “The Ambassador in Korea(Briggs) to the Department of State SEOUL, September 1, 1954-8p.m.” *Foreign Relations of the United States 1952-1954 VolXV, Korea (in, two parts) Part 2*, (Washington :United States Government Printing Office, 1984), p.1865

민국으로부터 관할권을 양도받아야 하고 그 양도는 헌법과 법률에 의해서만 정당화될 수 있다. 그러나 우리 헌법과 법률은 비무장지대·한강하구·서해5도 관할권의 ‘유엔사’로의 이양에 대해 어떤 법령도 가지고 있지 않다.

2) 1950년 7월 7일 ‘유엔사’창설과 법적지위의 부존재

1950년 6월 25일 유엔안보리는 한국사태가 ‘평화의 파괴’를 구성한다고 결정하고 6월 27일 원조제공을 권고하고, 7월 7일 미국통합사령부창설을 권고했다. 그런데 7월 24일 사령부창설식에서 통합사령부 대신 뜬금없이 ‘유엔사령부’란 이름으로 바뀌치기 되었다. 오늘날까지 ‘유엔사령부’가 창설되었다고 알려진 사건의 전말이다. 그러나 ‘유엔사’가 유엔기구로서의 법적지위가 존재하는지 의심되었다. 또한 미국기구로서의 법적지위도 의심되었다. 법적지위가 존재하지 않음을 법적지위 ‘부존재’란 말로 표현하고자 한다.

개인과 달리 법인은 ‘성립요건’을 충족할 때 존재하며 ‘효력요건’을 충족할 때 적용될 수 있다. ‘유엔사’는 유엔의 기관이란 측면에서도, 미국통합사령부란 측면에서도 성립요건을 결여하고 있다. ‘효력요건’ 이전에 ‘성립요건’을 결여하고 있으므로 효력무효 이전에 부존재 한다.³⁾ 즉 성립요건을 충족하지 못하여 부존재 하면 효력요건 역시 적용될 수 없는 것이다.

법조문에 명시되어 있다 해도 법이 아닌 경우가 있다. 모든 국민이 인간으로서 존엄하다든지(헌법 제10조), 법 앞에 평등하다든지(헌법 제11조 제1항), 권리의 행사와 의무의 이행을 신의에 좇아 성실히 하여야 한다(민법 제2조 제1항)는 등의 규범은 비록 법조문의 형식에 담겨 있기는 하지만 법이 아니라 도덕규범이다. 이들 규범은 권력자에 의해서만 법이 만들어지고 통제된다. 국가보안법 7조 역시 이런 요소 때문에 법규범으로서의 지위가 의심받아왔다.⁴⁾ 또한 이런 도덕규범을 판단근거로 삼는 위헌심판이나 위법판단은 객관적으로 명백하게 하나의 답을

3) 이 같은 생각은 조약법으로부터 차용해왔다. 조약법에 관한 비엔나 협약이 “조약의 효력요건”을 정립하지 못했지만, “조약의 효력요건”과 “조약의 성립요건”은 구별되어야 한다. 전자의 요건을 구비하지 못한 법적효과는 “조약의 불체결”, 즉 “조약의 부존재”이고, 후자의 요건을 구비하지 못한 법적효과는 “조약의 무효”이다. 성립요건은 조약의 체결(conclusion)로 구성되어 존재(existence)하게 되며, 효력요건은 무효의 원인(grounds of invalidity)이 없으므로 적용(application)되게 된다(Paul Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, (London: Pinter, 1989), pp.43, 127-28, 134). 학자들의 주장을 성립요건과 효력요건으로 구분하면 다음과 같다.

학자	성립요건	효력요건
Wilson	당사자의 체결능력, 전권대표의 권한 내의 행위	동의를 자유, 법의 일치
Starke	조약체결능력	착오,기망,부패,강제,강행규범위반
Schroder	조약체결능력	당사자의 동의, 조약의 합법성, 조약의 등록

(참조. G. G. Wilson, *International Law*, 9thed. (New York: Silver, 1935), p.219; J. G. Starke, *Introduction to International Law*, 9th ed. (London: Butterworth, 1984), p.448; Meinhard Schroder, “Treaty, Validity”, *EPIL*, Vol.7, 1984 p.511; Isagani A. Cruz, *International Law*, (Quezon: Central Lawbook, 1985), p.170); Gerhard von Glahn, *Law Among Nations*, 4th ed.(New York: Macmillan, 1984), pp.498-505; 김명기, 「한일합방조약의 부존재에 관한 연구」, 『法曹』Vol.60 No.4, (법조협회, 2011), p.8)

4) Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2009의 제7장 “Incorporation by Law” 참조. 여기서 라즈는 (i) 사람은 도덕에 구속되며, (ii) 법관도 사람이므로 그러하기 때문에, 법이 따로 ‘수용’할 도덕은 없다고 주장한다. 하지만 이는 같은 글에서 그가 법의 기능은 도덕이 사람들에게 작동하는 방식을 변환하는 것이고, 그래서 ‘배제가 수용보다 먼저’라고 설명한 것(190-3면)과 모순되어 보인다. ‘배제가 먼저’이기 때문에, 다시 ‘수용’할 가능성이 생긴다고 할 수 있다.

찾기가 어렵다. 관련 당국의 결정이 실질적으로 입법의 기능을 하기 때문에, 관련 당국의 결정이 있어야 비로소 위헌이나 위법임이 확인될 수 있다.⁵⁾

1910년 조-일간 통수권이양조약은 불성립하였음에도 법 외적권력의 강점으로 존재했고 효력을 발휘했다. 그러나 권력에 의해 그 존재가 유지되었다 해도 법적지위 부존재로 불법이 된다. 아래에서는 ‘유엔사’가 현존하고 있음에도 그 법적지위가 부존재함을 밝히고자 한다.

1. 유엔기구로서 ‘유엔사’지위의 부존재

ㄱ. 유엔군사강제조치 결정의 부존재

우선 안보리결의에 의한 참전을 유엔조치로 주장하는 미국의 입장을 살펴보자. 다음 문건은 50년 6월 25일과 27일 안보리 결의에 대한 논쟁이 시작되자 이에 대응하기 위해 미 국무성이 작성한 것이다.

6월 27일 안보리 결의는 평화의 회복을 위해 긴급한 군사조치가 요구된다고 결론 내렸다. 그 결과 안보리는 무력공격의 격퇴와 이 지역에서의 국제평화와 안보의 회복을 위한 필요로서 그런 지원을 제공하도록 회원국에 권고하는 결정을 했다. 이는 39조하의 권고이다. 안보리의 처분하에 있는 무장병력이 없을 경우에 안보리는 39조에 의해 제공되는 다른 대안을 선택한다. 즉 42조하에 조치를 명령하기보다는 유엔을 대신하여 회원국이 행동하는 것을 권고한다. 안보리는 24조하에 국제평화와 안보의 유지를 위한 일차적 책임을 부여하는 기구로서 그렇게 할 수 있는 힘을 갖는다. 미국과 다른 회원국은 안보리 권고에 따라 행동했다. 결과적으로 안보리의 권고에 대하여 행동하고 있는 회원국들은…안보리에 대한 의무 하에 있게 된다.⁶⁾

이같은 입장은 1994년 유엔사무국법률과의 분석에서도 일부 재확인된다. 1994년 5월 28일 조선민주주의인민공화국 외교부장관의 회신에 대한 사무총장회신 초안검토를 위해 유엔사무국법률과가 제출한 1994년 6월 13일자 각서에 따르면,

결의안84(1950)에서 안보리가 “인민군의 대한민국에 대한 무력공격이 평화의 파괴를 구성한다”고 분명히 결정했으며 이러한 결정의 효력과 미합중국하의 통합사령부창설에 관한 권고에 따라 안전보장이사회는 대한민국에서 무력사용을 승인했다.⁷⁾

유엔사무국법률과 역시 안보리가 무력사용을 승인했다는 해석을 유지하고 있다. 그러나 이는 현장에 입각한 해석이 아니다. 안보리는 39조와 42조의 조건들이 충족되어야 회원국들에게 무력사용의 ‘권한을 부여할(authorize)수’ 있다. 42조에 의거한 안보리결정은 2조 4항에 의해 금지된 무력사용을 법적으로 정당화하는 결정이다. 그러나 단지 39조에 의거한 단순한 권고는 이 같은 효력을 가질 수 없다.⁸⁾ 39조는 ‘권고’⁹⁾와 41조와 42조에 따라 취해지는 ‘조치’를 구

5) 이와 관련해서는 라즈의 ‘지시된 권한’ 이론 참조.

6) U. S. Department of State, “The Secretary of State to the US Mission at the UN”, (310.1/7-350: Telegram, July 3, 1950), *Foreign Relations of the United States 1950* Vol.VII, (Washington, D.C.: U. S. Government Printing Office, 1976), pp.295-296

7) UN Office of Legal Affairs, *UN Juridical Yearbook*, (1994), Chapter VI, p.502

8) Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7thed., (London:

별하고 있다. ‘권고하기’와 ‘강제조치 결정하기’는 39조 내에서 안보리의 서로 다른 두 기능이다. 39조하의 강제조치는 안보리에 의해 결정, 지시될 수는 있으나 권고될 수는 없다. 만일 강제조치가 안보리에 의해 지시된다면, 다시 말하면 회원국의 안보리결정 이행을 언급한 25조나 48조의 의미 내에서 회원국들에게 구속력 있는 ‘결정’을 안보리가 한다면 그것들은 39조에 언급된 강제조치다. 오로지 이렇게 해서만, 즉 41조와 42조에 따라 안보리는 헌장 7장에 규정된 강제조치를 취할 수 있다. 만약 안보리가 39조하의 권고하기를 원한다면 강제조치에 대한 권고는 할 수 없으며, 오직 평화적 수단만을 권고할 수 있다.¹⁰⁾ ‘권고’는 오직 유엔헌장 6장에 나열된 평화적 해결에 대해서만 사용하도록 헌장제정 당시부터 명확히 정의되었다.

6월 27일 결의는 군사원조를 권고한 것이다. 헌장 제2조 5항의 의무에 근거하여 원조함으로써 유엔의 조치를 취한 것이라고 보는 견해는 권고적 성질을 가진 개별적 의사의 집단적 표현과 헌장상의 의무를 부과하는 집단적 결정을 혼동하는 것이다. 그것은 오직 가맹국의 개별적 행동에 대하여 도덕적 지지를 부여한 것에 불과하다.¹¹⁾ 스톤(J. Stone) 역시 헌장 39조 규정에서 “권고한다”는 것은 평화적 수단의 권고만을 의미하며 강제조치에 대한 권고는 포함하지 않으므로, 6월 27일의 결의에서 안보리가 가맹국에 군사원조 등을 권고한 것은 헌장에 입각한 결의가 아니라고 한다.¹²⁾

따라서 이들 결의에 따른 참전국의 조치는 유엔의 조치가 아닌 각국의 조치일 뿐이다.¹³⁾ 통합

Routledge, 1997), p.390; 김대순, 『국제법론』제11판, (서울: 삼영사, 2006), pp.1084-1085

9) 헌장 기초자들의 의도를 표현한 것으로 보이는 ‘권고’란 단어는 어떤 구속력 있는 병력도 안보리의 조치에 첨가하지 않았다. 유엔헌장제정회의 제7차 III/2위원회 회의에서 ‘벨기에 대표는 4항에서 사용되고 있는 “권고”란 단어의 법적 효력에 대해 발기한 국가들에게 해석을 요청했다. 미국 대표는 영국 대표의 관점에 합의하여 말하길, 강요나 강제없음을 상정했다는 것을 명백히 하기 위한 의도였다고 했다. Cf. also U.N.C.I.O. document 1027, III/2/31(I), p.4.); Hans Kelsen, *The Law of The United Nations A Critical Analysis of Its Fundamental Problems* (New York: Frederick A. Praeger, 1950), p.444인용

10) 헌장 39조의 권고(Recommendation)가 평화적 수단의 권고를 의미하느냐, 또는 강제적 수단의 권고까지 포함하느냐의 논의에서 평화적 수단의 권고에 한한다는 견해는 다음과 같이 다수 학자에 의해 주장되고 있다. Hans Kelsen, *The Law of The United Nations A Critical Analysis of Its Fundamental Problems* (New York: Frederick A. Praeger, 1950), p.932; Hersch Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, Vol.II 7thed., (London: Longmans, 1972), p.164; Ian Brownlie, *International Law and the use of Force by States* (Oxford: The Clarendon, 1963), p.335; Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict* (New York: Rinehart & Company Inc., 1954), p.230; Grenville Clark and Louis B. Sohn, *World Peace through World Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1958), p.113; L. M. Goodrich and E. Hambro, *Charter of the United Nations*, 2nded., (Boston: World Peace Foundation, 1949), pp.27-28; James Leslie Brierly, *The Law of Nations: an introduction to the international law of peace*, 6thed., (Oxford: Oxford University Press, 1963), p.394; 김명기, 『주한국제연합군과 국제법』 (서울: 국제문제연구소, 1990), p.20

11) Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict*, (1954), p.236 note 43; 이한기, 「한국 휴전협정의 제문제」, 『國際法學會論叢』Vol.3, (대한국제법학회 1958) p.59

12) Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict* (New York: Rinehart & Company Inc., 1954), pp.234-235

13) 이들 안보리결의가 유엔의 조치가 아닌 개별국가의 조치라는 입장에 대해서 국내에서는 이한기, 「한국 휴전협정의 제문제」, 『국제법학회논총』제3호, (1958), pp.37-85; 김대순, 『국제법론』(제9판), (삼영사 2004), p.988; 정태욱, 「주한 유엔군사령부(UNC)의 법적 성격」, 『민주법학』34권, (민주주의법학연구회, 2007), p.213등이 있고, 국외에서는 Hans Kelsen, “The Recent Trends in the Law of the United Nations”, *The Law of the United Nations: a Critical Analysis of Its Fundamental Problems: with Supplement*, (Steven & Sons, 1951), pp.936-937; Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, (Routledge, 1997), pp.389-390; Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict: A Treatise on the Dynamics of Disputes*

사령부든 ‘유엔사령부’든 간에 그것은 헌장 29조에 계획된 방법대로 창설되지 않았으므로 유엔의 기관이 아니다.¹⁴⁾ 이리하여 미국은 작전수행상 다수의 국제약정을 체결할 필요가 있었다. 예컨대 미국-스웨덴 간 「재한 유엔작전에 있어서의 스웨덴적십자야전병원의 참가에 관한 협정」 또는 「남아연방군의 재한유엔작전참가에 관한 미정부와 남아연방정부간의 협정」¹⁵⁾ 등은 미국이 「주한유엔사의 집행기관」의 자격으로 체결한 것이었다. 유엔사업무편람에는 ‘유엔사’가 ‘유엔의 대행기관인 미국 국가통수기구로부터 전략지침 및 지시를 수행한다’¹⁶⁾고 되어있다. 그러나 미국이 유엔의 「집행기관」으로 지명된 일은 없었다. 그 결과 그것을 ‘유엔군’이라 칭할 수 없으며, 「유엔의 조치」라는 표현은 정치적 용어일 수는 있으나 법적의의에 있어서는 과오를 범하게 된다.¹⁷⁾ 유엔사무국 역시 무력사용을 승인했다고 하면서도 유엔의 조치가 아닌 각국의 조치라는 점에 대해서는 동의한다.

주한 통합사령부는 유엔의 지휘와 통제하에 있는 강제조치라기보다는 개별국가에 의해 허가된 무력사용이라는 점에서 걸프전에서 설립된 연합군과 유사하다.¹⁸⁾

켈젠에 의하면 ‘권고’의 문제는 1945년 79차 미 의회에 의해 채택된 ‘유엔참여법’의 배경이기도 했다.¹⁹⁾ 유엔참여법은 대통령에게 단지 안보리에 의해 권고된 강제조치의 실행에 대해서는 권한을 주지 않았다. 이 법은 안보리의 ‘권고’가 아닌 ‘결정’되거나 ‘요청’된 41조, 42조의 조

and War Law, (Stevens and Sons, 1954), p.231등이 있다. 반대로 그것을 유엔의 행위라고 주장하는 학자들로는 국내에서는 김명기, 『주한국제연합군과 국제법』, (국제문제연구소, 1990), pp.52-62; 제성호, 『한반도 평화체제의 모색』, (지평서원, 2002), p.15; 이병조·이중범, 『국제법 신강』(제9개정판), (일조각, 2003), p.959의 각주3; Chee, Choung Il, *Korea and International Law*, (Seoul Press for the Institute of International Legal Studies, Korea University, 1993), p.88, 강병근, 「주한 유엔군사령부의 해체에 관한 법적문제」, 『한림대학교민족통합연구소총서』제2권, (2000), p.207; 배재식, 「한국휴전의 법적문제」, 『법학』(서울대) 통권33호, (1975), p.52등 있고, 국외에서는 Rosalyn Higgins, *United Nations Peacekeeping: 1946-1967(Documents and Commentary II. Asia)*, (Oxford University Press, 1970), p.178; D. W. Bowett, *United Nations Forces: A Legal Study*, (Frederick A. Praeger, 1964), pp.45-47; Finn Seyersted, *United Nations Forces: In the Law of Peace and War*, (A.W. Sijthoff-Leyden, 1966), p.41; Danesh Sarooshi, *The United Nations and the Development of Collective Security*, (Oxford University Press, 1999), p.110, 169이하; Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, 2nded., (Oxford University Press, 2004), p.199등이 있다.

14) Baxter, “Constitutional Forms and Some Legal Problems of International Military Command”, *British Year Book of International Law*, (1952), p.334. 순군사적인 면에서 본다면 한국사변에 대한 Command의 구조는 일본점령에 채용된 Command의 구조와 유사하다. 이 두 개의 경우에 단일국가가 국제조직의 이름으로 행동하는 것이 허용되었다. 그러나 그 단일국가는 실제의 군사작전에 어떠한 통제도 행사하지 않았다.(Ibid, p.335)

15) 다른 참전국들도 미국과 협정을 체결하였다. 대표적 경우가 네덜란드와의 협정인데, 그 협정의 주된 목적은 참전국들이 전쟁물자를 미국으로부터 보충받기 위한 것이었다. 이에 대한 자세한 설명은 Rosalyn Higgins, *United Nations Peacekeeping: 1946-1967(Documents and Commentary II. Asia)*, (Oxford University Press, 1970), p.205; 정태욱, 「주한 유엔군사령부(UNC)의 법적 성격」, 『민주법학』34권, (민주주의법학연구회, 2007), p.205

16) UNC and CFC Manual(유엔사연합사업무편람), 7 November 1984, p.7-2-2

17) H. Kelsen, “The Recent Trends in the Law of the United Nations”, *The Law of the United Nations: a Critical Analysis of Its Fundamental Problems: with Supplement*, (Steven & Sons, 1951), p.937참조.

18) UN Office of Legal Affairs, *UN Juridical Yearbook*, (1994), Chapter VI, pp.501-502

19) 79th Congress, 1st session, *Public Law*, p.246; Hans Kelsen, *The Law of The United Nations A Critical Analysis of Its Fundamental Problems* (New York: Frederick A. Praeger, 1950), p.932

치만을 실행하도록 했다.²⁰⁾ 아무리 안보리의 결정이라도 유엔헌장과 법률을 위반한다면 그것은 유엔의 조치가 아니다.

예를들면 1947년 네덜란드-인도네시아분쟁에 대해 통과된 원래 안보리결의 초안은 '유엔헌장 39조의 평화의 파괴를 구성하는 그런 적대행위를 결정한다'는 구절을 의도적으로 배제했다. 그리고 1947년 8월 1일 결의안의 전문에 '적대행위의 진전에 주목하며'라고 명시했는데 이는 39조에 표현된 평화의 위협, 평화의 파괴, 침략의 존재를 결정한 것과는 무관한 것으로 강제 조치가 아니었다.²¹⁾

또 다른 예는 1985년 7월 26일 안보리가 39조가 말하는 평화에 대한 위협이 있다고 결정함이 없이 회원국들에게 남아프리카에 대한 금수조치를 부과하도록 요청한 것이다.²²⁾ 실제 침략 행위가 존재하더라도 39조하의 평화의 위협, 평화의 파괴, 침략이 존재하는지에 대한 안보리의 결정이 없으면 강제조치는 성립되지 않는다.²³⁾ 사실과 법의 구별이 이처럼 엄연하다.

한국전쟁에 대해서는 평화의 파괴를 결정했지만 그 다음 단계인 '조치하기' 대신 '권고하기'를 택함으로써 유엔안보리는 군사적 강제조치를 결정하지 않았다.²⁴⁾ '유엔사' 창설의 결정적 기반인 유엔안보리의 강제조치결정은 불성립하였으며 그 결과 부존재하는 것이다.²⁵⁾

20) "United Nations Participation Act", December 20, 1945, Sec5, Sec6 참조 http://avalon.law.yale.edu/20th_century/decad031.asp

21) Hans Kelsen, *The Law of The United Nations A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, (New York: Frederick A. Praeger, 1950), p.443, 933참조

22) Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th revised ed., (London: Routledge, 1997), p.390

23) 이병조·이준범, 『국제법신강』8개정판, (서울: 일조각, 1999), p.909

24) 안보리결의의 효력을 인정하는 경우, 유엔안보리결의에 무력사용의 종료조항이 따로 없을 때는 어떻게 종료하는가가 문제된다. 첫째는 새로이 종료결의를 하는 것이고, 둘째는 장기적인 정전협정이 체결되면 무력사용권한도 종료된다고 해석하는 것이다.

첫째경우는 현재 '유엔사'의 주장과 유사하다. 한국전쟁에서 미국처럼 유엔의 군사력사용허락을 받은 국가들 중에 안보리상임이사국이 포함되어 있는 경우, 미국은 무력사용 종료 결의안에 거부권을 행사함으로써 자국이 원하는 동안까지 유엔결의를 근거로 군사력을 행사하게 될 것이다.

둘째경우는 안보리가 정전협정에 반대하여, 정전협정을 무시하고 무력사용을 결의하지 않는 한 정전협정에 의해 안보리의 무력사용결의는 종료된다는 것이다. '안보리의 군사력사용권한은 안보리에 의하여 명시적으로 그리고 만장일치로 지속적 효력을 갖는다는 결의를 하지 않는 한 정전협정의 체결로 종료된다.'(Jules Lobel, Michael Ratner, "Bypassing the Security Council: Ambiguous Authorizations to Use Force, Cease-Fires and the Iraq Inspection Regime", *AJIL*, vol.93(1999), p.144.) 물론 정전협정을 반대하거나 무시한다면 이는 안보리가 유엔헌장의 평화적해결 원칙을 위반하는 결과가 될 것이다. 정전협정에 의해 안보리결의가 종료된다면, 종료를 위해서 결의를 따로 할 필요도 해서도 안된다. 만약 그렇지 않다면 한국전쟁의 당사자 일방에 의한 심각한 정전협정의 위반이 있는 경우 유엔회원국은 지금이라도 1950년 안보리결의에 근거하여 북측에 대한 무력공격이 가능하다는 결론에 이르게 될 것이기 때문이다. 같은 논리로 정전협정파기에 의한 전쟁이 발생한 경우 안보리가 군사력 사용을 위해서는 반드시 새로운 안보리결의에 의해서만 권한을 부여해야 한다.

25) 우리 사회에서는 참전 16개국의 군대는 '유엔군'이며 그 통합사령부는 유엔의 산하기관으로서 그 법적 주체는 유엔자신이라는 견해가 널리 유포되어 있다. 그러나 외국에서 그러한 견해를 주장하는 학자들은 드물다. 유엔안보리의 조치를 유엔헌장 상의 강제조치로 이해하는 학자들조차 '유엔사'를 유엔의 보조기관으로 보는 데에는 큰 애로를 겪는다. 왜냐하면 '유엔사'가 정치적, 행정적, 군사적 차원에서 전적으로 미국 정부의 관할에 속하여 있음을 부인하기 어렵기 때문이다. 유엔안보리의 결의를 유엔헌장 상의 강제조치로 이해하는 Seyersted도 그 '유엔사'가 미국의 군대임은 또한 부인할 수 없는 사실이라고 말한다. Finn Seyersted, *United Nations Forces: In the Law of Peace and War*, (A.W. Sijthoff-Leyden, 1966), p.41 Higgins도 정치적 통제, 행정적, 군사적 통제, 편제구성, 재정 의 차원에서 그 '유엔군'은 그저 미군일 뿐임을 시사하고 있다. Rosalyn Higgins, *United Nations Peacekeeping: 1946-1967(Documents and Commentary II. Asia)*, (Oxford University Press, 1970), p.178이하 참조; 정태욱, 「주한 유엔군사령부(UNC)의 법적 성격」, 『민주법학』34권, (민주주의

ㄴ. '유엔사'명칭의 부존재

트리그브 리 사무총장은 당시 안보리결의에서 유엔의 군대를 창설하기를 바랐다. 그러나 이는 미국에 의해 거절되었다. 1950년 7월 6일 노르웨이의 순대(Arne Sunde)안보리의장은 다시 한 번 미국 측에 미국측 결의안 3항에 '유엔을 위한 기구로서'라는 단어를 넣을 수 있는지 문의하였다. 그로스 대사는 단호히 반대한다고 밝혔다.

그리하여 이 결의는 '유엔사령부'가 아닌 미국통합사령부의 창설을 권고했다. 그럼에도 미국은 이중적으로 '유엔사령부'라는 명칭을 사용하고자 의도했다. 1950년 상원 외교관계위원회 위원장 톰 코넬리 상원의원에 따르면 트루먼은 1950년 6월 30일 한국문제에 대한 백악관 브리핑에서 그와 의회의 다른 중요 인사들에게 "맥아더는 미국사령관으로서 뿐만 아니라 '유엔사령관'으로서도 싸우고 있다"고 말했다.²⁶⁾

트루먼은 '7월 10일 유엔의 요청에 따라 맥아더 장군에게 '유엔사령부'(UNC)를 설립하도록 지시했다'²⁷⁾ 맥아더는 7월 11일 트루먼에게 보낸 답장에서 "한국에서 근무하게 된 국제적 군대의 유엔사령관"이라는 표현을 사용했다.²⁸⁾

7월 25일 유엔미국대사 오스틴은 다음날 (미국)통합사령부명칭의 첫 보고서를 안보리에 제출하였다. 그러면서 25일 오후3시로 예정된 안보리회의 전까지 이 문서를 공개하지 말 것을 요청하였다.²⁹⁾ 그런데 같은 날 좀 늦게 도착한 미국정부의 서한은 맥아더가 전날 도쿄에서 '유엔사령부'일반명령1호에 의해 '유엔사령부'를 창설했다는 내용의 보고였다.³⁰⁾ 이때 처음 공개적으로 '유엔사령부'란 명칭이 사용되었다.

오스틴 대사는 1950년 7월 31일 안보리 회의에서 "유엔사"는 단지 미국통합사령부 산하의 "야전기관"일 뿐이라고 설명했다. 이로서 미국은 "유엔사"라는 이름을 그들의 목적에 따라 도용했음을 인정하였다. 그 뒤 8월의 통합사령부 2차보고서부터는 '유엔사령부'란 명칭과 통합사령부라는 명칭이 혼용되기 시작했다.

미국이 7월 7일 안보리결의안에서 그토록 고집하던 미국통합사령부란 명칭이 7월 25일 '유엔사령부'란 명칭으로 갑자기 바뀌게 된 것은 미국의 법절차와 연관이 있다. 미국통합사령부라는 이름을 사용하려면 미 대통령은 경찰조치가 아닌 전쟁선포를 해야 했고, 그렇지 않다면 유엔참여법에 따라 안보리의 권고가 아닌 조치가 결정되었어야 했다. 따라서 미국이 7월 7일 결의안에서 마지막까지 거부했던 '유엔사령부'란 이름을 사용할 수밖에 없었을 것이다. 따라서 미국은 자신들이 '유엔사'라는 명칭을 도용한 사실에 대해 누구보다 잘 알고 있었고 문제가 될 것을 두려워했다. 1966년 11월 29일 주한미대사가 국무성에 보내 전문을 보자.

우리는 또한 '통합사령부'만 요구한 유엔결의안에 대해서만 알고 있지 '유엔사령부'라는 문구는 어떤 유엔결의에도 나타나지 않는다는 것을 알고 있다. '유엔사령부'는 한국전쟁이 시작될 때 미국의 일방적 조치로서 '통합사령부'의 이름대신 채택 된 것이다.³¹⁾

법학연구회, 2007), p.214

26) Tom Connally, *My Name is Tom Connally*, (Thomas Y. Crowell Company, 1954), p.349

27) Joint History Office, Office of the Chairman of the Joint Chiefs of Staff, *The History of the Unified Command Plan*, 1946-1999, (2003), p.19

28) MacArthur's Message, 1950년 7월 11일, Truman Library

29) S/1626

30) S/1629

31) 원문은 다음과 같다. 'We should also be aware that the UN resolution called only for a "Unified Command" and the phrase "United Nations Command" does not appear in

‘유엔사’란 명칭 자체가 유엔총회에서 문제가 될 것임을 알고 미리 대처하기 위한 방안을 마련하면서 미국은 ‘유엔사’명칭도용을 자인한 셈이다. 결국 1975년 유엔총회의 ‘유엔사’해체결의 B에서 유엔사령부는 인용부호가 처리된 “유엔사령부”로 명기되었다. 미국이 ‘유엔사’명칭을 도용했음이 유엔총회결의에서 확인된 것이다.

이에 대해서는 유엔사무국도 같은 입장이다. 1994년 6월 유엔사무국법률과는 ‘유엔법률백서’의 ‘주한유엔사의 상태’란 글에서 ‘유엔사’란 명칭이 “잘못된 이름”(misnomer)임을 명확히 했다.³²⁾ 이처럼 미국 자체의 시인과 유엔사무국의 법적 해석을 통해 ‘유엔사’란 명칭은 도용된 것임이 확인되었다.

㉔. 유엔깃발사용승인의 부존재

1950년 7월 7일 안보리는 ‘유엔기를 사용할 수 있는 통합사령부의 재량권을 승인’한다고 결의했다. 그런데 1993년 12월 24일에 남·북간 국경을 넘은 유엔사무총장 부트로스 부트로스 갈리(Boutros Boutros Ghali)는 판문점에서 “자신은 유엔사에 유엔기를 게양할 수 있는 권한을 부여하지 않았다”고 언급했다.³³⁾ 2017년 미군대령 크리머(Shawn P. Creamer)는 갈리총장의 발언을 다음과 같이 반박했다.

유엔안전보장이사회는 1950년 7월 7일 유엔안전보장이사회 결의 84호의 일부로 유엔사작전 중에 유엔깃발을 사용할 수 있는 권한을 미국에 부여했다. 더욱이 1950년 사무총장인 트리그브 리(Trygve Lie)는 결의 84가 통과되었을 때 오스틴(Warren R. Austin)유엔미국 대사에게 유엔깃발을 보냈다. 콜린스(J. Lawton Collins)미 육군참모총장은 1950년 7월 14일 맥아더 장군에게 이 깃발을 전달했다. 이후 1950년 7월 17일, 유엔사무총장의 개인대표인 남아공의 카친(Alfred G. Katzin)대령이 한국지상전의 작전통제권을 가진 미8군사령관에게 유엔깃발을 선물했다. 두 행동 모두 유엔지도부가 의도적으로 유엔깃발을 통합사령부에 수여했으며 따라서 유엔안보리결의 84는 실수가 아니었다. 현대의 유엔지도부가 1950년의 행동에 대해 우려할지 모르지만 유엔사가 유엔깃발을 사용할 수 있다는 사실은 여전히 유효하다.³⁴⁾

크리머대령의 간절한 희망에도 불구하고 유엔기사용을 승인한 안보리결의 84호 자체의 합법성은 당시부터 의심되었다. 유엔헌장에 대한 가장 권위있는 해설자로 인정받았던 한스 켈젠(Hans Kelsen)은 바로 이 사안에 대해 다음과 같이 분석했다.

any UN resolutions. “UNC” appears to have been adopted at the beginning of the Korean War as a name for the “Unified Command” solely as a unilateral action by the US and, though unchallenged over the years, is, nevertheless, without UN sanction.’ Telegram From the Embassy in Korea to the Department of State, November 29, 1966, National Archives and Records Administration, RG 59, Central Files 1964-66, POL 27-14 KOR/UN

32) 원문은 다음과 같다. ‘...which it clearly emerges that the so-called “United Nations Command” is a misnomer.’ UN Office of Legal Affairs, ‘STATUS OF THE “UNITED NATIONS COMMAND” IN KOREA – SECURITY COUNCIL RESOLUTION 84 (1950) OF JULY 1950’, *UN Juridical Yearbook*, 1994, Chapter VI, p.501

33) Shawn P. Creamer(U.S. Army Colonel), “The United Nations Command and the Sending States”, *International Journal of KOREAN STUDIES*, Volume XXI, Number 2, Fall·Winter (2017), p.2

34) Shawn P. Creamer, 위의 글

비록 안보리 권고에 의하여 수행된 작전이라 할지라도, 회원국과 비회원국(한국)병력의 군사작전 내에서의 유엔기사용이 그 당시 발효 중이었던 유엔깃발법에 합치된 것이었는지는 무척 의심스럽다. 그러나 1950년 7월 7일 안보리 결의 후, 즉 7월 28일 사무총장은 ‘군사작전에서의 깃발사용’이란 제목의 6항아래 다음과 같이 규정하고 있는 새 깃발법을 공표했다: ‘깃발은 유엔의 법적자격을 갖는 기구에 의해 발효된 명시적인 승인이 있을 경우에만 군사작전에서 사용될 수 있다.’³⁵⁾

7월 7일 안보리결의가 유엔기사용을 승인한 것은 사실이지만 당시엔 그 근거인 유엔깃발법에 “군사작전에서의 유엔기사용”에 관한 조항자체가 없었다. 미국통합사령부가 창설된 7월 25일 까지 이 사실을 몰랐는지 유엔사무총장은 3일 뒤인 28일에 가서야 “군사작전에서의 유엔기사용” 항목을 추가하여 유엔깃발법을 개정하였다. 사후입법인 것이다. 그러나 법적규정이 없었다하더라도 유엔안보리가 결의했기에 합법성이 인정되는 것이 아닌가하는 의문이 제기된다. 이는 미국의 주장이기도 하다. 이에 대해 켈젠은 다음과 같이 해석한다.

총회의 167(II)호 결의에 따르면, 깃발사용을 승인할 능력이 있는 유일한 유엔기구(한국)는 사무총장이었고, 새 깃발법은 이 권한을 유엔의 다른 어떤 기관들에게도 위임하지 않았다. 그러나 사무총장은 아마도 총회와 안보리가 깃발사용을 승인할 능력이 있다는 견해를 갖고 있었던 것 같다. 하지만 이러한 견해는 유엔헌장에도 총회167(II)결의 어디에도 그 근거가 없다. 새 깃발법 6항의 효력은 사무총장이 군사작전에 관한 권한을 가진 유엔의 다른 기관에 깃발의 사용승인권(權)을 부여했다는 것이다. 따라서 새 깃발법의 6항은 안보리가 권고한 군사작전에서의 유엔기 사용을 승인한 안보리의 결의안에 대한 사후정당화일 뿐이다.³⁶⁾

즉 유엔깃발법에 따르면 군사작전에서의 유엔기사용을 승인할 수 있는 ‘법적자격을 갖는 기구’란 오직 유엔사무총장뿐이다. 사무총장이 위임하지 않는 한 어떤 유엔기관도 유엔기사용에 대한 승인을 갖지 않는다. 즉 안보리는 유엔깃발사용승인권(權)이 없다. 따라서 1993년 판문점에서 유엔기사용여부를 논한 부트로스 부트로스 갈리 사무총장발언은 법적으로 완벽하다. 유엔사무국법률과의 1994년 6월 13일자 각서는 다음과 같이 확인했다.

대한민국에서 유엔기의 게양은 유엔활동이나 프로그램과 관련이 없으며 오히려 안보리 결의84(1950)의 잔재이다.³⁷⁾

유엔사무국 역시 유엔기의 게양이 유엔조치와 무관한 것임을 확인했다. 유엔기사용승인이 안보리의 잘못된 결정이기에 유엔기사용 철회 역시 안보리가 결자해지해야 한다는 입장인 것이다. 그러나 유엔사무국의 분석은 사무총장에게 유엔기사용승인권(權)이 있다는 부트로스 갈리 총장의 발언보다 무딘 것이다. 안보리에도 책임이 있지만 사무총장 역시 책임을 갖고 있다. 트리그브 리 사무총장이 미국에게 유엔기를 전달하는 행동을 취함으로써 미국에게 잘못된 메

35) H. Kelsen, *The Law of The United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems* (New York: Frederick A. Praeger, 1950), p.939

36) H. Kelsen, 위의 책.

37) UN Office of Legal Affairs, *UN Juridical Yearbook*, (1994), Chapter VI, pp.501-502

시지를 준 책임도 있기 때문이다.

유엔총회에서는 1966년부터 ‘유엔사’의 유엔깃발이 문제되기 시작했다. 1975년 6월 27일자로 미국이 유엔안보리 의장에게 보낸 편지³⁸⁾에는 유엔기사용의 제한을 포함하여 ‘유엔사령부’의 노출을 줄이기 위한 조치를 취하겠다는 약속이 담겨 있었다. 그리고 1975년 8월 25일부터 판문점 ‘유엔사’군사정전위 등 정전협정이행과 직접적으로 관련이 있는 시설을 제외하고 한국 내 모든 미군기지에서 유엔기가 내려졌다. 유엔기사용금지를 둘러싼 국제사회의 법치주의는 이미 상당한 승리를 거둔 셈이다. 이처럼 안보리결의 84호의 유엔기사용승인은 성립요건을 결하고 있으므로 법적으로 부존재 한다. 2019년 가짜 ‘유엔사’해체국제캠페인은 유엔사무총장에게 편지를 보내 다시 이 사항을 지적하였고 1년 뒤인 2020년 사무총장은 1967년 이래 개정된 적이 없던 유엔기법을 대대적으로 개정하였다. 이법 6조는 ‘유엔기 계양으로 유엔과 협력 관계가 있다는 것을 암시해서는 안된다’고 하여 ‘유엔사’가 유엔과의 관계를 암시할 목적으로 유엔기를 계양할 수 없게 되었다.

ㄴ. ‘유엔사’보고서 법적효력의 부존재

미 국무성이 보고서문제에 관심을 집중하게 된 계기는 1950년 6월 30일에 트루먼 대통령이 승인하고 3일 후 모든 선박에 대해 공개경고한 북측에 대한 해상봉쇄 조치였다.³⁹⁾ 유엔헌장상 봉쇄는 제42조에 의한 안보리결정이 있을 때 가능한 것이었다. 그러나 6월 25일과 27일 안보리결의는 그런 내용을 담고 있지 않았다. 국무성 스스로도 이들 결의만으로 봉쇄조치에 충분한 근거가 되는지 의심했다. 이런 상황에서 국무성은 7월 7일 안보리 결의안에 보고서항목을 삽입하여 봉쇄에 관한 사항을 추진받는 수단으로 삼고자 했다. 즉 안보리회원국에게 그 봉쇄 조치에 반대할 기회를 부여해주고 그들이 반대하지 않으면 봉쇄조치의 적법성을 묵시적으로 확인받은 것으로 할 수 있다고 생각한 것이다. 미국이 보여 온 전형적인 소급입법, 사후정당화 시도다. 합참은 여기에 더하여 보고서가 짐이 되지 않게 하려고 “정기적인 보고서” 대신에 “적절한 보고서”를 요청하는 것으로 결의안을 수정하도록 건의했다.⁴⁰⁾

혹자는 유엔안보리가 미국에 대하여 보고를 요청하였고 미국도 그에 따라 정기적인 보고서를 제출하였다는 점을 들어, ‘유엔사’가 유엔의 보조기관임을 주장하기까지 한다. 그러나 ‘유엔사’가 유엔의 보조기관이라면 직접 안보리에 보고를 하여야지, 미국정부가 보고를 하는 것은 논리적으로 맞지 않다.⁴¹⁾ 그 보고의 성격도 어떤 정치적 평가 혹은 자문을 구하는 것과는 무관한 단순한 사실개요에 불과한 것이며 다른 비정부기구가 제출하는 보고서처럼 수많은 보고서 중의 하나로 유엔에 보관될 뿐이다. ‘유엔사’보고서는 유엔관련 어떤 법적효력도 갖지 않는다.

38) S/11737. LETTER DATED 75/06/27 FROM THE PERMANENT REPRESENTATIVE OF THE UNITED STATES OF AMERICA TO THE UNITED NATIONS ADDRESSED TO THE PRESIDENT OF THE SECURITY COUNCIL

39) (U) Msg, JCS 84885 to CINCFE, 3 July, 1950; James F. Schnabel, Robert J. Watson, *The History of The Joint Chiefs of Staff, The Joint Chief of Staff and National Policy Vol.III The Korean War Part I* (Historical Division Joint Secretariat Joint Chiefs of Staff, 1978)/국방부전사편찬위원회, 『미국합동참모본부사 한국전쟁(상)』 (국방부전사편찬위원회, 1990), p.113 n486

40) Report by the Joint strategic Survey Committee to the JCS, “Proposed U. S. Position with regard to Forces in Korea”, 5 July, 1950, JCS 1776/19, Enclosure p.112; 국학자료원, 『합동참모본부기록』18 (서울: 국학자료원, 2000), p.19

41) Rosalyn Higgins, *United Nations Peacekeeping: 1946-1967(Documents and Commentary II, Asia)*, (Oxford University Press, 1970), p.179; 정태욱, 「주한 유엔군사령부(UNC)의 법적 성격」, 『민주법학』34권, (민주주의법학연구회, 2007), p.215참조

2. 미국 통합사령부 법적지위의 부존재

유엔기구로서의 ‘유엔사’의 법적지위의 부존재가 의심된다면 미국통합사령부의 법적지위는 존재하는지 살펴보자. 미국은 행정부도, 입법부도, 사법부도 한국에서 전쟁을 결정하거나 전쟁상태에 있음을 판단한 적이 없다. 심지어 유엔참여법의 위반이 의심되었다. 만일 그렇다면 수동적 위반이 아닌 적극적 위반이 구성되는 것이다. 참혹한 유혈의 충돌을 겪었음에도 통합사령부 소속 미군이 미국 내에서 법적지위를 갖는지 의심되었다.⁴²⁾

ㄱ. 미 행정부전쟁결정의 부존재

1950년 6월 25일 저녁 블레어하우스의 첫 번째 고위관리회의에서 브래들리장군(합참의장)은 참가자들에게 “우리는 유엔에 대한 원조라고 위장하여 행동해야 한다.”라고 조언했고 트루먼 대통령은 “우리는 유엔을 위해 전적으로 일하고 있다”고 강조했다.⁴³⁾ 실제로 트루먼은 1950년 6월 29일 언론기자들과의 회견에서 미국이 전쟁 중에 있는가라는 질문에 대하여 전쟁 중이 아니라고 답변하였다. 그리고 미국의 군사적 조치는 유엔에 의한 경찰조치라고 부르는 것이 더욱 적절하다는데 동의하였다.

유엔헌장의 채택과 관련하여 1943년 미 연방의회에서 이루어진 논의과정 중 상원의원인 페퍼(Claude Pepper)는 연방의회의 전쟁선언권을 국제기구에 위임하는 것에 반대하면서 다만 소규모전쟁(small wars)에 있어 침략에 대응하기 위한 경찰력(police force)으로써 의회의 사전 동의없이 미군이 사용될 수는 있을 것이라는 의견을 표명하였다. 이때 사용된 느슨한 경찰조치(police action)라는 개념이 후에 트루먼이 의회의 동의없이 미군을 한국에 파병하는 법적 근거로 이용되었다. 트루먼은 페퍼의원이 발언하던 당시에 같은 상원의원이었다.⁴⁴⁾

유엔의 행동이 국제사회를 대표한 경찰행위라면 침략자에 적용될 법은 낡은 전쟁법규가 아닌 새로운 유엔경찰법규가 아니면 안된다. 이같은 경찰법의 제정이 경찰행위에 선행해야 할 것이며 그렇게 함으로써 범죄자에 대하여 「불법으로부터 법이 발생하지 않는다」(ex injuria non oritur jus)라는 원칙을 적용할 수 있을 것이다.⁴⁵⁾ 그러나 유엔도 미국도 경찰행위에 해당하는 법 개념을 제정한 바가 없다. 비유는 법이 아니다.

미국역사에서 대통령이 일방적으로 결정한 군사적 조치들은 해적과의 전투, 미개척의 해안에 소규모의 해군을 상륙시킨 행위, 멕시코 국경지대의 강도들이나 소매 도둑을 쫓기 위한 군대 동원 등이었다. 한국전쟁은 이러한 소규모 경찰조치와 비교할 수 있는 성질과 규모가 아니었다. 결국 1950년 12월 6일 트루먼 대통령은 「국가비상사태의 존재」를 선언하고 육해공군 및

42) 결국 이러한 모순을 초래한 민군관계의 비정상 상태를 바로잡기 위한 반성이 헌팅턴의 민군정상관계론, 캐스퍼 와인버거의 무력사용 6원칙, 파웰독트린, 골드워터-니콜스법을 요구했으며 결프전에서야 비로소 미국헌법에 따라 의회의 동의를 얻은 전쟁이 선포되었다. Samuel P. Huntington, *The Soldier and The State, The Theory and Politics of Civil-Military Relations* (Cambridge Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1964), p.385/강창구·송태균 역, 『군인과 국가』 (서울: 병학사, 1997, 6판), p.408참조; Eliot A. Cohen, *Supreme Command*, (Simon & Schuster, 2002)/이진우 역, 『최고사령부』, (서울: 가산출판사, 2002), pp.325~334참조

43) *FRUS*, 1950, Korea, Volume VII, Doc. 86

44) Louis Fisher, “The Korean War : On What Legal Basis Did Truman Act?”, *American Journal of International Law*, 1995, p.25; 崔哲榮, 「미국의 UN참여법과 미군의 6.25전쟁 참전의 합법성문제」, 『美國憲法研究』Vol.21 No.3, (미국헌법학회, 2010), p.154

45) Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict: A Treatise on the Dynamics of Disputes and War Law*, (Stevens and Sons, 1954), p.237; 이한기, 「한국휴전협정의 제문제」, 『國際法學會論叢』Vol.3, (대한국제법학회 1958) p.63

민간의 신속한 방위를 요구했다. 「비상사태」는 과거에도 미대통령이 누차 선언한바 있었으나 그것은 국내 또는 국제법상으로 「전쟁」선언을 의미하지 않았다. 예컨대 2차대전이 발발한 1939년에는 국민방위를 강화할 목적으로 「제한적 비상사태」를 선포하였으며 추축국으로부터의 위협이 명백해진 1940년 5월에는 침략을 격퇴할 목적으로 국민방위의 동원을 요청하는 「무제한비상사태」를 선포한 바 있었다. 그러나 그 어느 것도 전쟁으로 취급되지는 않았다. 미국 헌법2조에 의해 대통령은 군통수권자의 권한을 갖지만⁴⁶⁾ 한국사태에 대한 대통령의 전쟁 결정은 존재하지 않았다.

ㄴ. 미 입법부전쟁결정의 부존재

미국 헌법 제1조 8절 11항에 따라 전쟁선포권은 의회에 있다.⁴⁷⁾ 과거 역사에서 대통령은 때때로 미국인의 생명을 구하거나 미국국익을 보호하기 위해, 공식적인 전쟁선포나 의회의 승인 없이 해외에서의 소규모전투개입에 미국군함이나 군대를 사용했었다. 그러나 주요전쟁에서, 대통령은 제1조 8절에 따라 전쟁시작 전이나 직후에 의회로부터 공식적 전쟁선포를 받도록 요구되었다. 미국의회가 공식적으로 전쟁선포를 채택한 5개의 전쟁이 있었다. 즉, 1812년 전쟁, 멕시코-미국전쟁, 스페인-미국전쟁, 제1차 세계대전, 제2차 세계대전이다. 그러나 한국전쟁에 대한 의회의 전쟁결의는 없었다. 더구나 유엔과 관련된 이 전쟁에서 미국은 유엔참여법을 위반하였다. 유엔참여법을 살펴보자.

1945년 7월 9일부터 13일까지 미 연방의회상원국제관계위원회는 유엔헌장관련 청문회를 개최하였다. 청문회에서는 의회가 궁극적으로 군대의 사용과 관련된 특별협정을 통제하게 되는가가 문제로 제기되었다. 트루먼대통령은 유엔에 군대를 보내는 문제에 대하여 입법부와 행정부의 어느 기관이 통제할 것인가에 대한 정부·연방의회에서의 논의를 전해 듣고 1945년 7월 27일 포츠담에서 전송문을 보내 군대의 파견에 관한 어떠한 협정의 협상이 진행되는 경우에는 이를 승인하기 위한 적절한 입법을 의회에 요청하겠다는 의사를 밝혔다. 이에 상원은 유엔헌장을 89대 2로 통과시켰다.

유엔헌장을 비준동의한 후 이를 이행하고 군대사용을 위한 분명한 절차구조를 결정하기 위해 1945년 유엔참여법(UN Participation Act)이 제정되었다. 이 법의 제정과과정에서 당시 국무부의 부장관이었던 애치슨(Dean Acheson)은 하원의 국제관계위원회에 출석하여 의회의 승인을 받은 후에만 유엔안전보장이사회에 군대를 제공할 것이라고 설명하였으며 대통령은 의회가 특별협정을 통해 동의한 군대 외에 더 이상 군대를 유엔안보리에 제공할 권한을 갖고 있지 않다고 하였다.

결국 미 연방의회가 대통령이 협상한 헌장43조의 특별협정에 대하여 승인할 것인가 아닌가하는 문제는 전적으로 의회의 권한이며 이를 통해 의회는 유엔안보리의 결정을 통제할 수 있게 되었다. 미 연방의회는 하원은 대통령과 공유된 그리고 상호 동등한 관계를 기대하고 있었다. 하원은 유엔헌장의 비준동의를 통해 행정부에 유엔헌장에 따른 미국의 약속이행과 관련된 권한과 의무를 부여하였지만 의회는 유엔안보리의 미군이용에 있어 모든 단계에서 의회가 참여하고 조언해야 한다고 하였다.

1945년 유엔참여법의 제6조는 명확하게 헌장43조의 특별협정이 적절한 법률 또는 상하원 공동결의의 방식에 의한 의회의 승인을 받도록 규정하고 있다. 이 규정에 따라 대통령은 유엔에

46) U.S. Const. art. II. §2, cl. 1.

47) U.S. Const. art. I. §8, cl. 1., 11, 12-15

군대를 파병하기 전에 의회의 승인을 받아야 한다.

이러한 유엔참여법 제6조에 의한 대통령의 군대사용권한의 제한은 1949년 개정되었다. 1949년의 유엔참여법 개정은 대통령이 “협력조치”로서 유엔에 군대를 제공할 수 있는 주도적 권한을 허용하고 있다. 하지만 군대를 파병하는 대통령의 재량권은 엄격한 조건에 따라야 한다. 즉 파병된 군대는 오로지 감시병 및 경계병(observers and guards)으로서만 역할을 하여야 하고, 비전투적 무장상태에 있어야 하며, 1천명을 넘어서는 안된다. 더욱이 이에 해당하는 병력을 유엔에 제공하는 경우에도 대통령은 해당 병력이 유엔헌장 제7장이 의도하고 있는 군대에 포함되지 않도록 확인하여야 한다. 유엔참여법은 개정을 통해서도 대통령에게 일방적으로 군사적 조치를 할 수 있는 권한을 부여하고 있지 않았다.

이 법은 안보리의 ‘결정’되거나 ‘요청’된(call upon)조치만을 실행하도록 했다. 단지 ‘권고’된 강제조치에 참여하는 것에는 미국 대통령에게 권한을 주지 않았던 것이다. 그러나 1950년 6월 27일 안보리결의는 ‘권고’했을 뿐이다. 따라서 미 의회는 전쟁선포는 물론 유엔참여법의 적용도 고려하지 않았다. 한국사태에 대한 미 의회의 전쟁결정 역시 부존재 했다.

ㄷ. 미 사법부 전쟁판단의 부존재

미 사법부 역시 한국사변을 전쟁으로 판단하지 않았다. 미사법부의 견해는 1952년 영스타운철강회사 사건을 통해 간접적인 시사를 하였다. 1951년 전기철강회사와 노동자 간에 고용조건에 관한 분쟁이 발생하여 해결을 보지 못하고 1952년 4월 9일 오전 0시를 기하여 동맹파업에 들어갈 태세가 확립되자 트루먼대통령은 상공장관에게 동 회사를 접수하도록 행정명령을 발표하였다. 정부주장의 요지는 다음과 같았다. 미국군대와 타 유엔가맹국의 군대가 한국에서 침략군과 사투하고 있는 차제에 철강생산의 정지는 국방을 위태롭게 한다. 철강의 계속적 생산과 이용을 확보하기 위해서는 앞의 행정명령이 필요하다. 이 중대한 비상사태에 대처하기 위해 대통령은 행정수반 및 미군 총사령관자격으로 헌법상 권한의 총화내에서 행동한다. 대통령은 과거에 행한 바를 행할 수 있는 ‘고유의 권한’(inherent power)을 가지고 있으며 이 권력은 ‘역사적 선례와 재판소의 판결에 의해 지지되고 있다’는 것이다.

이에 대해 회사측은 앞의 행정명령이 입법기능에 해당하며 이 기능은 헌법상 국회에 속하고 대통령에게 속하는 것이 아니기 때문에 무효라고 주장하는 한편 이 명령의 실시를 억제하는 영구적 내지 임시적 차지명령(injunction)을 발표하도록 요구했다. 이 소청을 받은 지방법원은 4월 30일 공장접수의 계속과 행정명령10340호의 행동을 금지하는 예비적 차지명령을 발표했으며 다시 고등법원에서도 이 명령이 지지되었으므로 연방대법원은 5월3일 이 사건의 이송명령을 발했다. 이 사건은 결국 회사측의 승소로 낙착되었다.

한국사변과 관련하여 주목할 판결이유의 내용은 프랭크퍼더(Frankfurter)판사의 찬성의견에서 찾아볼 수 있다. 이 판사는 공장접수권한은 언제나 제한된 시기 또는 특정된 비상사태하에서만 부여되고 그 시기 이후에는 철회되는 것이며, 그 권한의 행사는 특별한 환경, 예컨대 ‘전시’(time of war) 또는 ‘전쟁이 급박한 경우’에만 가능하다고 하였다. 이 같은 미 최고법원의 판결논지를 통하여 볼진대 그 철강회사의 접수는 한국사변이 전쟁이 아니며 ‘전쟁의 급박한 경우도 아니기 때문에’ 불법이라고 단정한 것이다.⁴⁸⁾

이와 동일한 판례는 펜실베이니아주 고등법원의 *Harding v. Pennsylvania Mut. Life*

48) Professors of Havard Law School, ed., *Constitutional Law Cases and Other Problems*, Vol. II (Boston: Little, Brown, 1953), pp.1629-1651 참조; 이시우, 『유엔군사령부』, (파주: 들녘 2013), p.463

Insurance Co. 사건에 대한 1952년 7월 17일자 판결에서도 볼 수 있다. 동 판결은 “한국에 있어서의 군사행동은 선포된 전쟁 또는 선포되지 않는 전쟁의 어느 것도 아니다”라고 단정하였다. 그 이유는 “한국에 대한 공격과 이에 대처하기 위한 행동은 미국에 대한 직접적 공격이었던 일본의 진주만공격과는 상이하다”는 것이다. 이리하여 이 사건에서 피보험자는 국방군훈련을 받기위해 목적지로 향하는 도중 열차사고로 사망하였지만 보험계약에 규정된 「전시」 중의 군복무가 아니라는 이유 하에 그 이중보험금(double indemnity)을 타지 못하였다.⁴⁹⁾

연방지방법원은 1953년에 가서야 현재 한국에서 진행되고 있는 분쟁은 전쟁이라고 밖에 할 수 없다고 하였다. 국무장관 애치슨도 통상적인 용어의 의미로서 한반도에 전쟁이 존재한다고 하였다. ‘사실상의 전쟁’론이다. 법규칙이 도덕, 윤리규칙과 다른 것은 ‘강제’에 있다. 그러나 ‘강제’란 점에서 법규칙은 전쟁규칙을 넘어설 수 없다. 국제관계에서 법의 지배를 목표로 하는 집단안보체계가 압도적 군사력을 전제하고 있다는 사실을 간과해선 안되는 이유이다. 따라서 전쟁규칙은 법규칙을 전복할 수 있다. 그러나 전쟁규칙이 법규칙을 전복하지 못한 채로 법규칙의 시간이 돌아왔을 때, 법은 과거 전쟁규칙을 심판하고 강제하는 역할을 한다. ‘사실상의 전쟁’론은 법규칙을 강제하는 전쟁의 시간에는 설득력이 있으나 법의 시간에는 스스로 불법임을 자인하는 주장이 된다. 따라서 미국당국자들의 사실상의 전쟁론은 한국전쟁이 역으로 전쟁법에 따른 전쟁도, 유엔헌장에 따른 강제조치에의 참여도 아니었음을 증명하는 것이다. 미 사법부에서도 한국사태에 대한 미국의 전쟁판단은 부존재하였다.

이로서 미국이 안보리 결의에 따라 통합사령관을 지명하고 통합사령부를 창설했지만 미국 국내법상 통합사령부의 창설이 성립요건을 충족했는지 그리하여 창설된 사령부가 합법적으로 존재했는지 의심된다.

3) 1950년 10월 12일 언커크준비위 결정의 불성립과 무효

38선을 돌파한 뒤로부터 일주일 뒤인 1950년 10월 7일 유엔총회는 유엔한국통일부흥위원단(UNCURK:언커크)의 창설을 결의했다.⁵⁰⁾ 소위 ‘북진결의’라고까지 잘못 알려진 이 결의는 북측에 대한 군사점령통치문제를 다룬 것으로서 총회가 이런 결정을 내린 것은 처음이었다. 그러나 이 결의는 유엔헌장을 위반한 것이었다. 헌장 제12조 1항은 안보리가 “어떤 분쟁이나 사태”와 관련하여 부여된 기능을 행사하고 있는” 동안 총회가 그러한 분쟁이나 사태에 대해서 “어떤 권고를”하는 것을 금지하고 있다. 안보리가 1950년 6월 25일부터 한국의 무력충돌을 다루고 있었기 때문에, 총회는 헌장을 위반한 것이다.

이 결의에는 언커크가 한국에 도착할 때까지 임시위원회가 ‘유엔사령부’와 협의하고 조언하도록 했다. 이에 따라 언커크창설준비를 위한 임시위원회는 1950년 10월 10일과 11월 15일 사이에 레이크석세스에서 회의를 개최했다. 10월 12일 호주대표는 다음과 같은 내용이 포함된 결의안을 내부에서 제출했고 이는 통과되었다.

유엔한국통일부흥위원단이 이 지역의 행정을 고려하게 될 때까지 점령된 지역의 통치와 민사행정에 대한 모든 책임을 통합사령부가 임시로 담당할 것을 권고한다.⁵¹⁾

49) 위의 글

50) 이는 에머슨이 작성한 점령정책 1단계에서 조직적인 저항이 종식되고 유엔한국위원단이 북측에 도착할 때까지, ‘유엔군’이 점령업무를 수행한다는 지침과 일치한다. UNCURK가 ‘유엔사령부’를 지휘하는 게 아니라 ‘유엔사’가 UNCURK를 움직여 목적을 실현시키고 있었던 것이다.

언커크가 한국에 도착할 때까지 임시로 ‘유엔사’에게 그 책임을 위임한 것이다. 언커크의 조언을 받아야 할 ‘유엔사’가 조언을 해주는 관계에 있었고 이제 그 의도대로 점령통치와 민사행정권을 부여받은 것이다. 그리고 그 기간도 언커크가 한국에 도착할 때까지에서, 행정을 고려할 준비가 되었을 때까지로 모호해졌다. 이는 총회결의를 넘어서는 월권이 아닐 수 없었다. 그러나 이는 유엔총회결의도 언커크의 결의도 아니었다. 언커크 도착 전까지 한 달 정도 과도기 임무를 부여받은 임시위원회의 내부결정일 뿐이었다. 그러나 설사 ‘유엔사’가 언커크의 점령통치권을 위임받았다 해도 명확히 기술된 것처럼 그것은 ‘임시’였다. 언커크는 일본에 도착해서 수차례 회의를 개최한 후 11월 26일 서울에 도착하여 활동하다가 12월에 부산으로 이동했다.⁵²⁾ 따라서 언커크가 서울에 도착한 11월 26일에 ‘유엔사’는 언커크에 모든 통치와 민사행정권을 이양했어야 했다. 그리고 이 날로 ‘유엔사’의 38이북지역에 대한 통치권위임은 종료되어 효력을 다하였으므로 무효가 되었다고 봄이 타당하다. 그러나 그 ‘임시’가 1954년 38선이 북지역 행정권이양 때 부활했고, 1963년 대성동마을에 대한 행정권논의에서 재등장했고, 2000년 남북관리구역합의 때 다시 부활하여 오늘날까지 ‘유엔사’의 관할권주장으로 이어지고 있다. 그러나 38이북지역에 대한 점령자지위를 위임한 언커크준비위원회 결정은 성립요건의 결여로 부존재함은 물론이고 설령 그 존재를 인정한다해도 효력요건을 다하여 1950년 11월 26일 소멸되었음이 분명하다.

더구나 1973년 11월 28일 유엔총회에서 언커크는 해체되었다.⁵³⁾ 언커크가 창설되어 서울에 도착한 1950년 11월 26일로부터 23년만이다. 주은래가 키신저와의 회담에서 ‘유엔사’와 언커

51) 1950년 10월 12일 언커크 임시위원회의 내부결의문이다.

한국관계 임시위원회는

1. 1950년 10월 7일자 총회에서 채택된 결의문의 규정 하에 한국에 대한 임시위원회에서 동결의문에 포함된바 결의에 따라 유엔통합군사령부와 협의하고 조언하도록 요청할 것을 고려하며,
 2. 주권국가 한국에 통일되고 독립된 민주정부를 수립하기 위하여 유엔주도하에 총선거 실시를 포함한 모든 소요활동을 취할 것을 결정한 동 총회결의를 고려하며,
 3. 대한민국정부는 유엔에 의하여 유엔 임시한국위원단이 감시 및 협의할 수 있었던 한국지역에 대한 효과적 지배권을 가진 합법정부로서 승인되었음과 또한 “결과적으로 한국의 기타 지역에 대한 합법적이며 효과적인 지배적인 가졌다고 유엔에 의하여 승인된 정부는 없음을 상기하며”,
 4. 전쟁행위의 발발 당시 대한민국정부의 효과적 통치하에 있다고 유엔에 의하여 승인되지 않았으며 또한 현재 유엔군에 의하여 점령되어 있는 한국지역의 통치와 민사행정에 대한 모든 책임을 유엔 한국통일부흥위원단이 이 지역의 행정을 고려하게 될 때까지는 통합군사령부가 임시로 담당할 것을 권고하고,
 5. 통합군사령부가 본 결의에 의거하여 민사행정을 위하여 설치된 모든 기관과 주한통합군사령부 휘하의 수개 유엔 회원국 군대로부터의 장교와 협력하기 위한 조속한 조치를 취하도록 건의하고,
 6. 통합군사령부에게 한국위원단이 도착할 때까지 본 결의에 응하여 취하여진 조치를 임시위원회에 계속하여 보고하도록 요청한다. (A/1881. REPORT OF THE UNITED NATIONS COMMISSION FOR THE UNIFICATION AND REHABILITATION OF KOREA, (1951.1.1.), p.13)
- 52) 영국이 북측통치문제에 관한 만병통치약처럼 생각했던 유엔위원회는 북측의 행정을 관철하는 것은 엄두도 못 내는 소수 약체 기관이며 이를 구성하고 있는 여러나라 출신의 위원들도 북측에 관해서는 완전히 무지할 뿐만 아니라 별 관심도 열성도 없는 사람들이었다. 이들 중 몇은 이미 전세가 유엔군측에 불리하게 역전되기 시작할 무렵 느지막하게 한국에 도착해 불과 며칠도 지나지 않아 현지 생활의 고생을 참기 어려워 “선망의 눈길로 동경 쪽을 바라보고 있는 형편”이었다. PRO, Adams to FO, November 30, 1950, FO371/84073; 라종일, 「북한통치의 반성: 1950년 가을」, 『탈냉전시대 한국전쟁의 재조명』, (서울: 백산서당, 2000), p.355
- 53) A/9030, RESOLUTIONS ADOPTED BY THE GENERAL ASSEMBLY DURING ITS 28TH SESSION. VOLUME 1, 18 SEPTEMBER-18 DECEMBER 1973, agenda item 41

크의 해체를 요구했는데 이중 언커크해체에 대해 동의하면서 신속히 성사된 것이다. 이로써 언커크가 '유엔사'에 위임한 38선이북지역에 대한 통치권의 권원마저 완전히 소멸한 것이다. 따라서 효력요건의 사멸로 무효화되었던 '유엔사'의 점령권한은 권원자체가 소멸하면서 다시 한 번 무효가 재확인 되었다.

4) 1953년 7월 27일 정전협정과 비무장지대의 발효

지금까지는 서해5도·한강하구·비무장지대 관할권의 전제가 된 전사를 다루었다. 정전협정에 의해 서해5도·한강하구·비무장지대가 규정됨으로서 이 구역에 대한 '유엔사'관할권주장의 역사가 본격적으로 시작된다. 그러나 정전협정이 대상으로 하는 것은 이들 구역만이 아니라 대한민국 영토이다. 따라서 정전협정서명자인 '유엔사'와는 별개로 한국군, 한국정부의 입장에서 정전협정의 법적지위가 존재하는지 의심된다.

1. 정전협정 형식문제로 인한 부존재

ㄱ. 정전협정 체결주체로서 한국의 부존재

한국군은 정전협정 서명자가 아니고 따라서 정전협정 체결주체가 아니다. 협정전문 마지막문장은 '오직'이란 말을 특별히 강조하여 다음과 같이 명기하고 있다. 이 협정은 '오직 한국에서의 교전쌍방에만 적용한다.' 앞 문장에서 쌍방은 '유엔사'를 일방으로 인민군과 중공군을 다른 일방으로 표현했다. 누구나 알듯이 국군이 교전에 참여하여 엄청난 피를 흘렸지만 냉정하게도 이 협정문에는 국군의 피가 한 방울도 기록되어 있지 않다. 이승만이 정전을 극력 반대했고 그 결과 협정체결에 불참했기에 법적자격이 성립되지 않은 것이다.

김명기는 '정전협정은 국제법이기에 국내법적 효력을 갖는다'는 주장을 펼쳤다. 헌법 6조1항에 '조약과 일반적으로 승인된 국제법규'는 국내법과 같은 효력을 갖는다고 명시되어 있다. 이 문구를 처음 사용한 것은 바이마르헌법인데 유진오박사가 제헌헌법초안을 만들며 참고로 했던 헌법중의 하나였고 문구를 그대로 가져왔다. 그리고 자신의 책에서 한국이 국제법에 대해 개방적인 태도를 보여주고자 하는 의도였다고 스스로 해설하였다. ICJ는 국제법규를 국제협정과 국제관습 둘로 나누는데 이중 조약은 국제협정에 해당하고 '일반적으로 승인된 국제법규'는 국제관습으로 보는 견해가 다수이다. 조약은 국내법으로의 변형절차를 거치지만 관습법은 이런 절차없이 직접 적용된다는 특징이 있다. 정전협정은 국내법으로의 변형절차를 거치지 않았기에 조약으로서의 효력이 없다.

헤이그전쟁법은 관습법적 지위를 가질 수 있지만 북·중·미정전협정은 대다수나라가 체결한 일반조약도 아니다. 대다수국가가 북·중·미의 정전협정을 자국의 관습법으로 받아들일 리도 없다. 따라서 '일반적으로 승인된 국제법규'라고 볼 수 없다.

더구나 헌법재판소는 이마저도 인정하지 않는 판례를 발전시켜왔다. 대다수국가가 체결하여 '일반적으로 승인된 국제법규'의 지위를 가졌다 할지라도 우리나라가 가입하거나 체결·비준하여 국내법적 절차가 완료되지 않았다면 국내법적 효력은 발생하지 않는다는 입장에서 후퇴한 적이 없다.

설령 정전협정이 김명기의 주장처럼 국제법이라거나 '일반적으로 승인된 국제법규'라 할지라도 국내법으로 변형되는 체결·비준절차를 밟지 않았다면 국내법적 효력은 발생하지 않는다는 것이 현재의 판단이다.

그럼에도 일부학자는 한국을 정전협정의 주체로 주장하기 위해 1950년 7월 14일 이승만이 국군통수권을 맥아더에게 이양했고 이양된 통수권에는 정전협정체결권도 포함된다는 논리를 끌어온다. ‘유엔사령관’에게 한국군에 대한 국군통수권이 이양되었으므로 국군통수권의 일부인 정전권, 정전협정 체결권 역시 이양된 것이라는 논리이다.⁵⁴⁾

그러나 이승만의 의도가 어떻든 간에 헌법이 정한 절차에 따라 국군통수권이 맥아더에게 이양된 바가 있는지는 의심된다. 1950년 7월 14일 이양은 전란을 맞은 위급한 시기란 점을 감안해도 당시 헌법적 절차를 심각하게 결여하고 있어 조약이 성립됐다고 볼 수 없다.⁵⁵⁾

첫째, 국무회의 의결과 부서(副署)가 없다.

당시 헌법은 반드시 국무회의의결을 거쳐야 할 13가지 사항 가운데 ‘군사에 관한 중요한 사항’(제72조 제7호)을 규정하였다. 그러나 이승만이 국무회의에서 국군통수권이양에 관한 의결을 거쳤다는 기록은 보이지 않고 있다.⁵⁶⁾ 안광찬은 서한에서 국군통수권(command authority)이란 표현을 사용한 것에 대해 이는 군사용어에 대한 지식이 없어서 생긴 표현상의 오류라고 보았다.⁵⁷⁾ 만약 그렇다면 이는 오히려 이승만이 국무회의는 물론 국방장관이나 전문가와 협의조차 거치지 않고 작성했음을 반증하는 근거가 될 뿐이다. 또한 당시 헌법 제66조는 “대통령의 국무에 관한 행위는 문서로 하여야 하며 모든 문서에는 국무총리와 관계 국무위원의 부서(副署)가 있어야 한다. 군사에 관한 것도 또한 같다.”라고 규정하였다.⁵⁸⁾ 그러나 이 서한에는 국무총리와 국방부장관이 함께 서명한 부서가 존재하지 않는다.⁵⁹⁾ 분명 헌법이 정한 절차에서 중대한 하자가 존재하는 것이다.

심지어 미국측 자료에 의하면 “이 대통령의 공한은 대통령비서실의 보좌나, 국무회의의결이나, 외무부의 역할이 개입된 흔적이나 혹은 미국대사관의 역할이 개입된 사실을 찾아보기 힘들다.”면서 “이 대통령공한의 합법성이 문제시될 수도 있으며 현재에 이르기까지 적법절차를 거쳐 보완되지 않았기 때문에 대통령공한에 의한 주권일부로 간주될 국군통수권 이양이 위헌으로 주장될 소지를 안고 있다.”는 사실을 지적하고 있다.⁶⁰⁾ 이처럼 미국은 국군통수권이양공

54) 이는 우리나라 국제법학계의 다수설이다. 배재식, 「남북한의 UN가입과 법적 문제」, 『한국통일정책연구논총』제2권, (1993), p.19; 백진현 「휴전협정체제의 대체에 관한 소고」, 『통일문제연구』제3권제4호, (1991), pp.62-63

55) 이하 내용은 출처 『유엔군사령부』, (들녘, 2013) pp.665-697의 내용을 참조하여 보완·재구성하였다.

56) 제헌헌법은 제4장 제2절에서 “합의체 의결기관”으로 국무원을 두었고, 국무회의는 오늘날처럼 “심의”기관이 아닌 “의결”기관으로 규정했다. 국무회의는 1962년 헌법(제83조)에서부터 단순한 “심의”기관으로 규정된 이래 현행 헌법 89조에서도 심의기관이다.

57) 안광찬, 「헌법상 군사제도에 관한 연구: 한반도 작전지휘권을 중심으로」, (동국대학교원 박사학위논문, 2003), pp.71-72

58) 현행 헌법 제82조에 해당한다.

59) 이 서한의 한국어 원본이 아직까지 발견되지 않는 것으로 봐서 한글본이 존재하는지조차 의심이 된다. 예를들면 외무부 정무1과의 원본기록의 표지제목에서 국군통수권 ‘이양’이라고 명시하고 있으므로 위임이 아닌 것으로 봄이 타당할 것이다. 그러나 본문에 대한 한글본이 없으므로 이양으로 번역되는 ‘assign’이 한국어로는 어떻게 표기되었는가에 따라 법적 해석이 달라질 수도 있기 때문이다. 이양인지, 위임인지, 예측인지 등에 따라 권리관계가 민감하게 달라질 수 있다는 점을 고려하면 조약으로서 흠결을 가진 것은 분명하다.

60) 김달중 외, 『2000년대의 이상적 국방체제』 (성남: 세종연구소, 1988), p.156참조. 미국은 6월 27일 안보리결의이전에 시작되어 명백히 불법인 미군작전에 대해 7월 7일 안보리결의에서 유엔에 보고하는 절차를 만들으로서 이의 합법화를 시도했다. 10월 7일 유엔총회에서 북측통치를 위한 언커크창설을 결의하고 헌장규정에서 그 근거를 찾을 수 없다는 지적이 일자 11월에 평화를 위한 단결결의를 통과시켜 합법화를 시도했다. 또한 일본군을 한국전쟁에 투입시키고 국제법적 문제가 될 이 사안을

한의 위법성을 정확히 파악하고 있었던 것이다.

이는 이대통령이 국내법적 절차를 제대로 거치지 않았고 독단적으로 맥아더장군에게 군통수권을 이양하는 내용의 문건을 전달했기 때문에 국내법적 절차를 다 거친 공한이라기보다는 대통령의 개인적인 서한일 뿐이라는 주장에 설득력을 부여한다.⁶¹⁾

헌법규범의 체계적 해석상의 근거에 의하면, 조약체결권은 헌법에 근거하여 인정된 권한이며, 조약은 국민주권이라는 헌법의 최고원리를 배제할 수 없고, 헌법의 최고규범성을 인정한다면 헌법에 대한 조약의 우위를 인정할 수 없다.⁶²⁾ 따라서 헌법을 위반한 개인적 서한을 조약으로 보는 것은 무리하다.⁶³⁾ 각국의 조약체결제도가 어떠한 조약체결권한을 가진 기관이 적법하게 행해야 하는 것이고, 국제법은 그 정당한 기관의 정당한 형식으로 된 의사표시를 국가에 귀속시키고 있는 것이다. 조약법에 관한 비엔나협약 46조에서도 조약체결권에 관한 기본적인 국내법규정에 대한 중대한 위반은 조약을 무효로 한다고 하고 있다.⁶⁴⁾ 따라서 국군통수권이양은 중대한 위반을 구성한다고 봄이 타당하다.

둘째, 오해와 착오의 여부다.

당사자의 동의로 조약이 체결되었다 할지라도 조약체결기관의 의사표시에 하자가 있는 경우에는 진정한 동의로 보지 않는다. 예를 들면 오해(error)로 인하여 동의가 이루어졌거나, 사기(fraud) 또는 착오(delusion)⁶⁵⁾에 의해 합의된 조약은 구속력을 가질 수 없다. 조약은 모든 계약과 같이 일정한 대상에 관하여 당사자들의 의사가 합치될 것을 전제로 하는바, 계약 내용에 관하여 의사의 합치가 존재하지 않거나 또는 합치된 내용이 너무 불명확해서 이로부터 계약 당사자들이 무엇을 원했는지를 인식할 수 없는 경우에는 유효한 조약으로 성립되지 않는다.

그리고 의사의 일치가 법적으로 중요한 의사의 흠결로 인한 것일 때에는 해당 조약을 취소할 수 있다.⁶⁶⁾ 이승만의 서한에서는 국군통수권(command authority)을 이양한다고 했으나 무초의 답신에서는 작전지휘권(operational command authority)을 이양받는 것으로 했다. 국군통수권과 작전지휘권의 엄청난 차이로 볼 때 이는 사소한 착오로 간주할 수 없는 내용이다. 결국 서로 다른 내용을 합의한 것이다. 즉 동의되지 않은 것이다.

더 중요한 오류는 과연 누구에게 작전권을 이양했는가하는 당사자 오류문제가 있다. 이승만 서한이 조약이라고 주장하려면 당사자가 특정되어야 한다. 이승만은 유엔군총사령관(Supreme Commander United Nations Forces)에게 이양한다고 했는데 무초의 서신에서는 육군원수

합법화시키기 위해 51년 요시다-매치슨교환공문을 채택했다. 선 불법행동 후 사후보완절차는 미국외교의 한 특징이다. 그러나 이승만은 이조차 하지 않았던 것이다. 그의 유일한 사후보완책은 두달 뒤 구두로 자신의 작전권이양이 강압이 아닌 자발적인 조치였다고 말한 것뿐이었다.

61) 최창동, 『법학자가 본 통일문제』 (서울: 푸른세상, 2002), p.137

62) 김철수, 『헌법학 개론』 (서울: 박영사, 2006), pp.248-249; 계획열, 『헌법학』 상 (서울: 박영사, 2005), p.187; 장영수, 『헌법학』 (서울: 홍문사, 2007), pp.248-249; 이준일, 『헌법학 강의』 (서울: 홍문사, 2007), p.203; 양건 외, 한국헌법학회 편, 『주요법령에 대한 주석서 발간: 헌법-총강 및 기본권 부분』 (서울: 한국헌법학회, 2007), p.128

63) 국방부 전사편찬위원회가 발행한 『국방조약집』에도 이 공한은 제외되어 있다. 국방부전사편찬위원회, 『국방조약집』 제1집, (서울: 전사편찬위원회, 1981)

64) 김정균·성재호, 『국제법』, (서울: 박영사, 2008), p.625

65) 조약법에 관한 비엔나협약 48조는 착오가 합의의 중요기초를 구성하는 경우로만 제한하고 있다. 「조약법에 관한 비엔나협약」, (국가법령정보센터)

66) Alfred von Verdross, *Völkerrecht* (Berlin: Verlag von Julius Springer, 1937), S.87; 성재호, 「조약법을 통해 본 1910년 병합조약의 무효: 강제에 의한 조약의 효력을 중심으로」 『동북아역사논총』 29호, (서울: 동북아역사재단, 2010.9), p.256

(General of the Army)맥아더가 이양을 받는다고 했다.⁶⁷⁾

1950년 7월 7일 안보리결의84호에서 창설을 권고한 것은 미국통합사령부(unified command under United States)였고 7월 25일 도쿄에서 유엔명칭을 도용하여 미국이 사용한 이름은 '유엔군사령부'가 아닌 '유엔사령부'(United Nations Command)였다. 군(Forces)이란 단어가 존재하지 않는다. 즉 당시 '유엔군총사령관'이란 당사자는 존재하지 않는다. 당사자명칭의 오류이다.

그러나 더 심각한 것은 명칭표기의 오류만이 아니다. '유엔사령부'가 유엔조직이 아니라는 것이다. 맥아더가 미국인이긴 하지만 이승만은 분명히 유엔기관의 사령관을 염두에 두고 이양했음이 분명하다. 그래서 일부 학자들은 이 서한의 쌍방 당사자는 대한민국과 유엔이라고도 주장한다. 물론 유엔은 국제법의 주체로 조약체결의 당사자가 될 수는 있다. 그러나 통합군사령부가 유엔의 조직이 아님은 창설결의안이 작성되는 과정을 보거나 최종결의안인 안보리결의 84호의 문안을 보거나 명확하다.⁶⁸⁾ 또한 지금은 유엔사무총장명의로 거듭 확인된 '유엔사는 유엔조직이 아니다'라는 언명에서도 확인된다.

그런데 무초의 서한은 미육군원수로서 이양 받겠다는 확인이다. 당사자가 유엔이 아니라 미국임을 명확히 한 것이다. 누가 당사자라는 논쟁은 여기서 중요치 않다. 당사자가 일치하지 않는다는 것만이 중요하다. 이는 단순표기상의 오류와는 전혀 차원이 다른 문제로 조약성립여부를 의심케 한다. 이승만이 언제든 이양한 군통수권을 환수해오면 된다고 호언장담한 것을 보면 고의로 이러한 절차상의 중대한 위반을 의도했는지도 모른다.

법적문서가 명확히 증명하는 것은 맥아더에게 국군통수권이 이양되는 법적조약은 성립요건을 결여하고 있고 불성립되었다는 것이다. 설령 군통수권이양이 성립되었다 해도 정전협정체결을 반대한 것은 다름 아닌 이승만이였다. 따라서 정전협정서명자로서 한국은 부존재 한다.

ㄴ. 정전협정 체결주체로서 유엔의 부존재

김명기는 '유엔사령관이 유엔의 특별수권으로 "유엔을 위하여"(on behalf of the United Nations) 휴전협정을 체결할 권한을 갖는다.'고 주장했다. '유엔사'가 국제법주체로서 정전협정에 서명했고 따라서 그 당사자는 유엔이 된다는 주장이다. 유엔사업무편람에도 '정전협정을 유지하기 위하여 유엔의 권한 하에 기능을 수행한다'⁶⁹⁾고 명시되어 있다. 정전협정이 유엔에 의해 부여된 권한이라는 것이다. 유엔이 정전협정을 승인했다고 주장하는 학자들이 인용하는 유엔총회결의711(VII) 「한국문제」 A 「한국정전협정의 60항의 실행」에 대해 살펴보자.

1953년 8월 28일자 유엔총회 결의 첫 문장은 'General Assembly, Notes with approval the armistice agreement concluded in korea'이다. 이 문장을 '유엔총회는 정전협정을 승인한 것에 주목하며'라고 번역하면 정전협정이 유엔의 승인을 받은 합법적 협정이라는 느낌을 받는다. 그러나 이는 '정전협정을 승인'한다는 말이 아니고 '정전협정이 체결된 것을 만족스럽게 주목하면서'라고 번역해야 한다. 이 문구는 전체 결의문의 서문에 나오는데, 이럴 경우는 하나의 사실을 설명하는 내용으로 볼 수 있기 때문이다.

한편 김명기는 조약등록의 예를 들어 유엔이 조약체결당사자가 될 수 있음을 주장한다.

다음과 같은 경우 유엔에 의해 직권으로 등록된다. 유엔이 조약 또는 국제협정의 당사자인

67) 국방부 전사편찬위원회, 『국방조약집』 제1집, (서울: 전사편찬위원회, 1981), pp.629-630

68) 이에 대한 자세한 논의는 이시우, 『유엔군사령부』, (파주: 들녘, 2013), pp.634-664참조

69) UNC and CFC Manual(유엔사연합사업무편람), 7 November 1984, p.7-2-2

경우...⁷⁰⁾

유엔이 조약당사자가 될 수 있다는 점은 옳다. 유엔의 법인격이 인정되기 때문이다. 그런데 이를 근거로 정전협정의 당사자가 유엔이라고 주장한다. 이것은 옳지 않다. 위에 김명기가 인용한 규정 6조에 의하면 유엔직권으로 등록된 조약이나 협정의 등록일은 당사자 간 조약이나 협정이 처음 발효된 날이 된다. 협정체결 후 아이젠하워대통령의 발표가 있었고 국무성논평도 따로 있었으며 미국무성조약집에 정전협정 원문이 등록되어 있다.

그렇다면 정전협정의 발효일은 1953년 7월 27일이므로 유엔사무국에 7월 27일자로 등록되었는지를 살펴보면 바로 증명될 것이다. 유엔사무국의 조약등록은 홈페이지에서 어렵지 않게 확인할 수 있다.⁷¹⁾

그러나 53년 7월 27일자가 포함된 『Treaty Series』Vol.171(1953.7.14.~7.31)에는 정전협정이 등록·공표되어 있지 않다. 이 규정 제10조(a)에 의하면 유엔사무국은 유엔회원국이 아닌 유엔 또는 하나 이상의 유엔전문기관이 체결한 조약이나 협정도 기록해야 한다. 만약 김명기 주장처럼 ‘유엔사’를 유엔안보리의 보조기관으로 본다면 이 경우 역시 사무국에 등록되어 있어야 한다.

그러나 『Treaty Series』Vol.171 ~ Vol.187(1954.3.1.~3.23)까지 전수조사해 봤지만 한국정전협정은 등록되어 있지 않다. 다른 나라의 정전협정이나 교환공문(Exchange of Note)까지 등록되어 있지만 유엔은 물론 미국에 의해서조차 54년 3월까지 한국정전협정은 등록하지 않았음이 확인된다. 따라서 위 총회결의가 정전협정을 승인했다는 번역도 오역이지만 등록도 없었고, 사실상의 승인의 흔적도 없다. 유엔이 도덕적 지지를 표현했을 뿐 정전협정과 유엔의 법적관계는 전무하다. 따라서 유엔의 회원국이거나 유엔을 지지하는 입장에서 정전협정을 준수해야 한다는 주장은 의심된다.

이상면은 김명기에 반대하여 유엔이 정전협정당사자가 될 수 없다고 주장한다.⁷²⁾ 유엔의 입장에서 정전협정은 부존재하며 유엔 역시 제3자일뿐이다.

ㄷ. 서명자 오류에 의한 협정의 불성립

정전협정의 주체는 서명자이다. 달리 말하면 당사자가 아니다. 국제법의 당사자란 당사국이다. 따라서 이 협정주체는 서명자인 사령관들이지 당사국이 아니다. 그러나 다수의 견해는 사령관들이 당사국을 대신하여 서명한 것이므로 당사자가 전제되어 있다고 본다. 그럴 때 가장 큰 문제가 되는 것이 ‘유엔사’이다. ‘유엔사’를 유엔의 기구로 보면 당사자는 유엔이다. 유엔도 법인격이 있으므로 당사자가 될 수는 있다. 그러나 앞서 명확히 했듯이 유엔은 한국총독에 대해 현장7장의 군사적 강제조치를 결정한 적이 없다. 따라서 유엔당사자설은 불성립한다.

한편 ‘유엔사’는 실제로 미국통합사령부이므로 당사자가 미국이라는 견해가 있다. 당연해 보인다. 그러나 미국은 한국사태에 대해 국내법절차에 따른 전쟁을 결정한 적이 없다. 따라서 미국 당사자설도 의심된다.

그렇다면 미국 국내법에 의해 미군이 교전주체가 될 수 없는데 정전협정체결능력을 갖는가가 의심된다. 맥아더조차 청문회에서 ‘유엔사령관’으로서의 자신의 존재와 역할에 대해 회의적이

70) 1946년 유엔헌장102조 조약의 등록에 대한 이행규정(A/Res/97(1)) 4조1항(a): 김명기, 「한국군사정전협정 第60項에 관한 연구-남북한의 법적 당사자를 중심으로」, 『國際法學會論叢』Vol.25 No.1·2, (대한국제법학회, 1980), p.63

71) <http://treaties.un.org>

72) 이상면, 「한국전쟁과 휴전의 당사자문제」, 『국제법학회논총』제52권 제2호(108호), (2007), p.251

었다. 정전협정은 각료협정보다 약한 전투사령관의 임시적·일시적 협정이다. 그럼에도 국가명을 정확히 표시한 조선민주주의인민공화국 측과 달리 미국은 미국통합사령관이란 명칭을 사용하지 않았다. 또한 ‘유엔사령관’이란 이름을 사용하면서도 참전국군대등을 병기하지도 않았다. 지금도 정전협정의 법적주체가 누구인지 논쟁중이다. 협정의 주체란 협정체결능력을 가진 자이고 체결능력이란 책임을 수행할 법적능력을 포함한다. 그러한 법적능력은 국내법절차의 정당한 수임에 의해서만 가능하다. 만약 그러한 법능력이 없는 자가 협정체결주체라면 이는 기만이거나 중대한 착오에 해당한다. 협정의 성립요건을 결하고 있다. 한국군이 정전협정을 준수하더라도 ‘유엔사령관’의 실체가 혼동된다면 더구나 한국군으로서는 정전협정의 효력이 의심됨이 당연하다.

2. 정전협정 내용의 문제로 인한 부존재

ㄱ. ‘유엔사’점령자지위의 위헌성과 협정불성립

당사자 간 합의에 의해 주인-노예계약이 서명되었다 해도 노예제를 인정하고 있지 않는 헌법 하에서는 그 내용 때문에 계약이 불성립한다. 또한 그 계약을 근거로 발생한 효력역시 무효가 된다. 정전협정이 한국헌법에 위반되는 내용을 포함하고 있다면 한국영토 안에선 그 법적지위가 성립되지 않는다. 정전협정 서문에 의하면

이 조건과 규정들의 의도는 순전히 군사적 성질에 속하는 것이며, 이는 오직 한국에서의 교전쌍방에만 적용한다.

정전협정이 ‘순전히 군사적 성질’이라고 하면 우리는 그것이 전투에 국한되는 것으로 상상하기 쉽다. 그래서 전투가 아닌 민간인들의 교류는 허용해야 한다는 주장을 한다. 그러나 1907년 헤이그육전규칙에 따르면 전쟁 즉 ‘군사적 성질’이란 전투, 항복, 휴전, 점령까지를 포함한다. 따라서 ‘유엔사’로서는 ‘순전히 군사적 성질’이란 점령까지 포함한다고 하거나, 점령이란 말이 자극적이면 정전협정 용어대로 민사행정까지 포함한다고 할 것이다. 민사행정, 즉 민정은 점령용어이기에 같은 개념의 다른 표현이다.

1943년 12월 22일판 ‘미 육해군 합동교범(FM27-5)’인 「군정과 민사업무」에 의하면, 민정조직의 두가지 일반적인 유형을 ‘작전형(operational)’과 ‘지역형(territorial)’으로 분류했다. 참고로 해방 후 인천에 첫발을 내디딘 미군은 향후 몇 달 동안 충분한 전면경계를 해야 한다는 예상에 따라 군정부대들이 도착하기 전까지 전투부대들이 군정업무를 수행했다. 따라서 남한점령 초기에는 ‘전투형 점령(the combat of occupation)’ 방식을 적용하기로 결정하였다. 그리고 24군단이 진주하고 나서야 ‘지역형 점령’으로 전환했다. 미군이 사용한 ‘지역형 점령’의 외양은 전시점령과 구별되어 현재의 정전점령과 유사해보일 수 있다.⁷³⁾

정전점령은 정전협정에 근거하여 적국영토를 군사적으로 점령하는 것을 말한다.⁷⁴⁾ 따라서 점령국의 권한은 무엇보다도 정전협정 규정에 의하여 정하여진다. 미군정은 일본에 대해 정전이

73) interview with Col. Brainard E. Prescoff, Civil Administrator, 30 Nov, 1945 [HUSFIK, Part3, Chapter 1, footnotes no. 44]/정병준, 『한국전쟁』, p.134참조

74) K. Strupp, “Waffenstillstandsabkommen zwischen Deutschland und der Entete vom 11.11.1918 im Lichte des Völkerrechts”, *Zeitschrift für Völkerrecht*, vol.11, 1920, p.267. 정전점령의 대표적인 예는 1918.11.11. 정전협정에 의한 Rheinland의 점령이다.; 나인균, 「한반도 점령정책의 국제법적 고찰」, 『國際法學會論叢』第48卷第1號(通卷 第95號), (2003.4), p.113참조

아닌 항복을 받았으므로 정전협정 규정등의 제약을 받지 않았고 주권에까지 미치는 광범위한 권한을 행사하였다는 점에서 차이가 있다.

그러나 정전점령이라고 해서 점령의 본질이 사라지는 것은 아니다. 헤이그육전규칙 42조에 의하면 점령지는 '적군의 권력하에 놓인 영토'이다. 한·미는 동맹관계인데 한국과 '유엔사'가 적대관계로 규정되고 있는 점에 주목해볼 필요가 있다. 한국이 정전에 반대하는 순간 정전유지를 위해서 '유엔사'는 한국군을 군사통제해야 하는 입장에 선 것이고 군사작전의 입장에서 국군은 정전업무의 주체가 아닌 대상이 되는 것이다. 이같은 점령의 정의는 미국 점령정책형성과 달라진 것이 없다. 1943년 12월 22일 간행된 '미 육해군 야전교범 27-3(FM27-3)'은 점령지에서의 민정의 목적을 다음과 같이 정의했다.

(민정은) 군사작전을 지원하는 것이며, 국가정책을 추진하는 것이며, 국제법 아래에서 점령군의 의무를 완수하는 것이다. 위의 세 가지 목적 가운데 첫 번째 고려해야 할 점은 성공적 결론에 도달할 때까지 군사작전을 실행한다는 것이다. 군사적 필요는 군정의 운영보다 기본적으로 우선하는 원칙이다.⁷⁵⁾

정전협정은 '유엔사령관'이 비무장지대 남측의 민사행정을 책임지는 것으로 되어있는데 민정, 즉 점령업무는 미군정교범에 따르면 군사작전을 지원하는 것이 최우선이고 미국의 정책을 추진하며, 점령을 완수하는 것이다. 전시점령은 민간정부수립을 위한 총선거로 민정이양이 되면 종료된다. 정전점령은 정전협정의 규정에 근거하여 종료된다. 한국정전협정의 경우는 한국문제의 평화적 해결로 종결된다. 미군정은 실질적으로는 정복에 가까웠다. 미군정의 법률전문가 어니스트 프랑켈(Ernst Frankel)은 1948년 초 『주한미군정사』를 편찬하면서 미군정이 주권정부, 군사점령자(군정), 자치정부의 3중 정부 역할을 했다고 정리했다.⁷⁶⁾

미군정점령당국은 미국정부의 한 기관에 불과하기에 병합이나 주권취득을 할 수 있는 지위에 있지 않았다. 주권의 취득은 정부에 의해서 가능하다. 그런데도 그들은 자신이 주권정부라고 인정하고 있다. 헤이그육전규칙에서 찾아볼 수 없는 미군만의 독자적 점령성격이 여기서 유래한다. 1907년 헤이그육전규칙 43조에 의하면 점령군이라도 점령지의 현행법을 존중해야 한다. 이 점이 정복과 다른 점이다. 점령이 주권의 침해이기는 하나 주권의 양도는 아니다. 2차 대전의 목적이 식민지정복이나 영토합병이 아니었으므로 미국이 일시적 군정을 실시한다 해도 우리의 주권을 무시하고 주권을 임의로 양도할 수는 없는 것이었다. 그러므로 미군정은 전통 전쟁법의 기준으로 보면 불법적 점령정책을 추진한 것이었다.

이 말은 거꾸로 주권정부를 인정한 상태에서도 점령은 가능하다는 말이 된다. 한국전쟁 후 엄연히 우리의 주권정부가 있는데도 '유엔사'는 38선이북-비무장지대남측지역에 대해 점령지로 규정하였다. 다음은 1954년 38선 이북과 비무장지대 사이에 위치한 지역에 대한 '유엔사'의 한국정부로의 행정권이양시 '유엔사령관'이 이승만에게 보낸 공한이다.

“유엔사는 지금 유엔사의 군사점령아래(under military occupation by the UNC) 있는

75) U.S. Army and Navy Manual of Military Government and Civil Affairs, 22 DEC, 1943 [FM27-3 OPNAV50 E-3], p.5; 정병준, 『한국전쟁』, p.134인용; 나인균은 점령의 성격을 전시점령, 평시점령, 정전점령으로 분류했다. 나인균, 「한반도 점령정책의 국제법적 고찰」, 『國際法學會論叢』第48卷第1號(通卷 第95號), (2003.4)

76) Ernst Frankel, "Structure of United States Army Military Government in Korea"; 정용옥 편, 『해방직후 정치사회사 자료집』, 2권, (다락방, 1994)

38선 북쪽지역을 한국의 행정권 아래로 이양하기 위한 준비가 되어 있다.”⁷⁷⁾

정전상태인 54년 상황에서 ‘유엔사’는 한국영토일부지역을 점령지로 규정하고 있었던 것이다. 이는 대성동에 대한 『유엔사규정』등에서 확인되듯이 비무장지대에도 그대로 적용되고 있다.

ㄴ. 정전협정의 예외상태로 인한 협정불성립

정전협정이 한국에서 법적 지위를 가지고 있다면 한국 헌법과 법률의 틀 내에서 적용되어야 한다. 예를 들어 비무장지대통과문제를 살펴보자. 정전협정은 ‘유엔사’의 비무장지대·군사분계선 통과불허가에 대한 아무런 불복절차를 마련해두지 않고 있으며 우리 헌법과 법률도 ‘유엔사’의 DMZ·MDL 통과불허가에 대한 통제방법에 관하여도 아무런 법과 규정을 두고 있지 않다. 불허가의 경우에는 불허가라는 집행행위의 매개가 있으므로 ‘유엔사’의 불허가처분을 대상으로 위헌소원청구를 제기할 수 있다는 견해도 가능하겠으나, 공권력은 대한민국 국가기관의 공권력작용이고 외국이나 국제기관의 공권력작용은 이에 포함되지 않는다.⁷⁸⁾ 따라서 국내법적 효력을 갖는 조약이 ‘유엔사’와의 사이에 체결되어야 하지만 한낱 기관에 불과한 ‘유엔사’와 법적권한과 의무를 발생시키는 조약을 체결할 수도 없다.

그 결과 ‘유엔사령관’은 헌법 밖에 존재하는 자가 되었다. 칼 슈미트(Carl Schmitt)는 이러한 상태를 예외상태라고 정의했다. 제헌권력은 법의 예외문제를 잘 보여준다. 헌법이 있기 전 헌법을 만든 헌법제정 주체인 주권인민⁷⁹⁾은 아직 법이 부재한 상태에서 헌법을 제정하므로 법의 합법성이 부여되지 않았다. 그리하여 주권인민은 법 밖에서 법을 제정하는 권력이다.⁸⁰⁾ 인민의 제헌권력이란 무로부터 유를 창조하는, 그러나 그 피조물에 전적으로 복속되지는 않는 조물주(demiurge)의 세속화된 개념이라고 볼 수 있다.⁸¹⁾ 프랑크혁명의 이론가 시에예스(E. J. Sieyès)의 표현에 따르면 “인민은 헌법에 복속되지 않는다고 보다는, 그럴 수도 그래서 안 되는 것이다.”⁸²⁾

헌법을 만든 제헌권력과 마찬가지로 헌법에 의해 만들어진 입헌권력⁸³⁾도 법 밖에 있기는 마

77) Text of my letter to President Rhee. From Tokyo CINCUNC To Secretary of State No:C-69271, Aug 10, 1954 (Army Message)

78) 김태헌, 「유엔사의 DMZ와 MDL통과허가권에 대한 법적 검토」, 『통일과 법률』제39호, (2019년 8월), p.82

79) 주권인민은 대부분 국가의 헌법전문에 주어로 등장한다. 예를 들어 대한민국헌법 전문은 “우리 대한민국인”으로, 미국헌법에는 “우리 합중국 인민”(WE THE PEOPLE of the United States)으로 등장한다. 1790년 프랑스 인권선언 제3조는 “모든 주권은 본질적으로 민족(nation)에게 귀속된다”고 하여 인민이 아닌 민족을 제헌의 주체로 삼았다.

80) 미국의 “우리 합중국 인민”을 예로 들어 보자. 1787년 9월 8일 <헌법집필위원회>(Committee of Style)가 제출한 전문초안은 “WE THE PEOPLE of the States of (각13개 주 이름)”으로 제헌권력의 주체를 규정하고 있었다.(Raymond B. Marcin, “‘Posterity’ in the Preamble and a Positivist Pro-Life Position.” *American Journal of Jurisprudence* (38 Am. J. Juris. 273), p.284) 미국헌법제정 이전에는 각 주 단위의 인민만 존재하였지, 고유명사로서의 “합중국인민”은 정치적으로도 실정법상으로도 부재하였던 것이다. 이는 헌정위기 또는 중단상황에서 “미합중국 인민”이 존재할 수 있는가하는 현실적인 질문으로 이어지며, 미국 헌정사에서 그에 대한 대답은 결국 법리가 아닌 (남북)전쟁을 통해 결정되어진다. Akhil Reed Amar, *America’s Constitution: A Biography*. (Random House, 2005), pp.21-39

81) Ernst Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, (Suhrkamp Verlag, 1991), pp.90-112; 김성호, 「헌법제정의 정치철학-주권인민의 정체성과 인민주권의 정당성」, 『한국정치학회보』42집3호, (한국정치학회, 2008.9), p.8

82) Emmanuel-Joseph Sieyès, *What Is the Third Estate?* (1789), (Pall Mall, 1963), p.126

찬가지이다. 단 입헌권력은 헌법이 수립된 뒤이므로 법 안에도 동시에 존재한다는 점에서 차이가 난다. 칼 슈미트는 다음과 같이 말한다. “주권자는 법밖에 있으면서도 여전히 법안에 있는 자로서, 즉 헌법을 완전히 효력정지 시킬 것인지 아닌지를 결정(Entscheiden)하는 자리에 있는 자이다.” 헌법 밖에 있는 ‘예외상태’는 법으로 규정할 수 없다. 오직 국가권력의 담당자, 즉 주권자만이 예외상태를 결정함으로써 법의 경계를 규정한다.⁸⁴⁾

슈미트의 이론에 따르면 ‘유엔사령관’은 제한권력으로서의 주권인민이나 입헌권력으로서의 주권자의 지위를 누리는 자이다. 앞서 보았듯이 ‘유엔사령관’은 비무장지대에 대해 점령지의 점령관으로서 행위하는 데도 국내법 영역 밖에 있으며 국민의 기본권 침해에 대해 법적구제수단이 전무하다. 예외상태란 그럼에도 무정부상태나 혼란상태와 다른 무엇이기 때문에 법질서 밖에 있다 해도 여전히 하나의 질서가 존속한다. 그 같은 질서가 『유엔사규정』이다. 우리는 어느새 ‘유엔사령관’이 『유엔사규정』을 바꿔주길 바란다. 그러면 비무장지대에서 새로운 질서가 수립된다고 생각한다. 예를들면 신고제가 그렇다. 이러한 변경을 어떻게 볼 것인가? 일본의 무조건항복에 의해 점령국이 국제법상의 군사점령권을 일방적으로 변경할 권한이 있었던 것⁸⁵⁾과 같이 법이 아니라 힘 관계에 따라 점령당국은 점령규정을 변경할 권한을 갖는다.

‘사실상’ ‘당위적으로’ 한국군이 정전협정의 주체가 되기를 소망할 수 있음에도 불구하고 이 정전협정 전문의 엄격한 표현에 따르면 우리는 주체가 아니다. ‘유엔사’-인민군·중공군정전협정에 대해 한국정부와 한국군은 제3자이다. 제3자에겐 그 협정의 준수를 수락할 때만 법적책임이 발생한다. 한국은 정전협정의 수락여부를 법적형식으로 체결한 적이 없다. 기관간 약정에 불과한 정전협정에 대해 법적권리와 의무가 발생하는 조약을 체결할 수도 없다. 정전협정에 대해서 한국정부나 산하기관이 체결한 공식문서로는 2011년 한민구합참의장이 ‘유엔사’와 체결한 ‘정전관리책임에 대한 대한민국 합동참모본부와 유엔군사령부간의 기록각서’⁸⁶⁾가 있다. 정작 미국은 한국이 정전협정에 대해 당사자가 아닌 제3자 지위를 갖고 있다는 것을 잘 알고 있었던 것이다. 이 기록각서는 조약이 아니기에 “국제법상의 법적권한과 의무를 창출하지 않는다”고 명기하고 있다. 각서에 사용된 용어도 공동으로 인정하고(Acknowledge), 인식하고(Recognize), 확인했다(Affirm)는 것으로 신의성실의 원칙에 따른 정부산하 기관간의 전형적인 신사협정이다. 그런데 이 각서이후 개정된 『유엔사규정551-4(UNC Reg 551-4)』에서는 슬그머니 이들 용어가 동의(Agree)로 바뀌었다.⁸⁷⁾ 동의는 조약문에 사용하는 용어로 법적

83) 허영은 전자를 “헌법제정권력”, “창조한 권력” 또는 “형성하는 권력”으로, 후자를 “창조된 권력” 또는 “형성된 권력”으로 번역하고 있다.(허영, 『헌법이론과 헌법』(上), (서울: 박영사, 1988), p.49) 마르크스는 라인주의 삼림벌채 문제를 다루며 법률전체가 예외라는 견해를 펼친다. ‘사람들은 심지어 법률 전체가 법률로부터의 예외라고 파악하였으며, 그래서 사람들은 모든 예외적인 규정이 법률에서 허용 가능한 것이라고 결론 내렸다...어떤 하나의 법률로부터의 예외(eine Exzeption von einem Gesetz)가 아니라 법률로부터의 예외(eine Exzeption von Gesetz)가 다루어지는 것이라는 점을 입법자가 잊고 있는 곳에서는 어디에서나 우리의 주의회의 활동은 때맞추어 약삭빠르게 끼어들고 고치고 보충한다. 그리하여 주의회 활동은 법이 사적 이해에게 법률을 제정하게 했던 곳에서 사적이해로 하여금 법에게 법률을 제정하게끔 한다.’ 마르크스, 전태국 외 공역, 『마르크스의 초기 저작-비판과 언론』, (부산: 열음사, 1996), p.237,240,241

84) Carl Schmitt, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* 2판, (Berlin: Duncker & Humblot, 1934)/김항 역, 『정치신학: 주권론에 관한 네 개의 장』, (서울: 그린비, 2010), pp.18,22,25,16참조

85) 나인균, 「한반도 점령정책의 국제법적 고찰」, 『國際法學會論叢』第48卷第1號(通卷 第95號), (2003.4), p.114

86) 영문제목은 다음과 같다. Memorandum for the Record between Republic of Korea Joint Chiefs of Staff and United Nations Command on Armistice Maintenance Responsibility

87) 1-4 f. 한국 합참의장은 정전협정의 제반조항 및 의무사항을 이행하고 실행하기 위한 유엔군사령관

권한과 의무를 창출한다. 한국합참의장이 ‘유엔사령관’을 지원하는 것이 법적의무처럼 둔갑했다. 합참의장은 ‘유엔사령관’의 허가없이 비무장지대에 인원을 출입시킬 수 없고, 초소에 유엔기를 게양하며, 심지어 위기시에 한국군교전규칙을 포기해야 한다.⁸⁸⁾ 정전협정에 ‘유엔사령관’의 비무장지대출입허가권이 명시되어 있으나 정전협정 서명자가 아닌 한국군으로서는 정치·도덕적으로 그같은 권한을 존중해왔다. 그러면서도 비무장지대현장의 행정을 장악하고 있는 합참의 재량적 판단에 의해 비무장지대출입은 허용되어 왔고 일일이 ‘유엔사령관’에게 허가나 사후보고를 하진 않았다. ‘유엔사’ 역시 그같은 권한을 실행할 행정력을 갖고 있지 않았기 때문에 신의성실의 원칙에서 벗어나지 않는 한 묵인되었다. 그런데 ‘유엔사’가 통일부장관, 사단장, 유력 대통령후보조차 출입을 불법화함으로서 자신이 보유한 행정력을 뛰어넘는 통제를 하기 시작했다. 또한 유엔기게양도 한국군이 준수할 이유가 없는 의무인데 『유엔사규정』을 통해 의무사항이 되었다. 국군교전규칙의 적용을 불허한 것은 군사주권에 대한 침해가 아닐 수 없다. 그간 국군은 유엔사교전규칙과 별개의 교전규칙을 운용해 왔고 일정한 역할분담을 추진해왔다. 그러나 『유엔사규정』은 이를 모두 부정하였다. ‘유엔사’는 자신들의 권한을 언제든지 변경할 수 있다. 예외적 권력이 예외상태를 통해 얻는 결과이다. 정전협정준수를 자임하는 순간 한국정부는 헌법 밖의 예외상태를 인정하는 수모를 겪어야 했다. 이러한 주권의 예외상태를 인정하지 않고자 한다면 한국에게 정전협정은 법적으로 존재해선 안 된다.

5) 1954년 11월 17일 38선 이북 행정권이양

1954년 6월부터 시작된 38선 이북지역 관할권이양협상에서 한국측은 7월 28일 38선 이북의 범위를 ‘38선-군사분계선’사이로 명시하고, 이 ‘영토’의 이양을 요구했다.⁸⁹⁾ 영토이양이란 영토주권의 이양을 의미했다. 그러나 8월 9일 회의에서 미국은 언커크를 통해 그 범위를 ‘38선-비무장지대이남’으로 축소하고 남측비무장지대를 제외시켰다. 또한 영토주권이 아닌 행정권이 양만을 군정(military government)당국인 ‘유엔사’에 권고했다. 군정당국이란 달리 말하면 점령당국이다.

언커크는 행정권이양이 이미 기정사실화된 것을 알고 분개했다. 언커크는 특히 한국 내무부장관이 워싱턴에서 발표한 한미합의에 분개하면서 통합사령부(Unified Command)와 ‘유엔사령관’의 법적권한을 물었고, 1950년 10월 12일 유엔소총회 결의안에 의거한 언커크의 권한을

의 노력을 지원하고 지지하는 데 동의(agree)하였다.(UNC Reg 551-4. COMPLIANCE WITH THE KOREAN ARMISTICE AGREEMENT(2019.05.13), p.6)

88) 관련조항들은 다음과 같다. (1) 유엔군 사령관의 특정한 허가를 받은 경우를 제외하고는 인원과 화기가 비무장지대 내로 들어가지 않도록 한다. (9) 비무장지대 안에서 혹은 한강하구를 따라 작전을 수행하는 모든 인원들에게 비무장지대 근무 투입 전에 정전교전규칙(유엔사/연합사 규정 525-4)에 대한 철저한 교육을 실시하며, 비무장지대 내의 작전부대는 정기적으로 정전교전규칙에 대한 교육을 받도록 한다. (10) 비무장지대 내 모든 ‘유엔사’ GP 및 안보견학장으로 운영되는 ‘유엔사’ OP에 유엔기가 게양되도록 한다. (UNC Reg 551-4 COMPLIANCE WITH THE KOREAN ARMISTICE AGREEMENT(2019.05.13), p.9-10)

89) 7월 28일 워싱턴에서 열린 한미각료회의에서 논의된 내용은 ‘38선과 군사분계선 사이 영토의 한국으로의 이양’(turning over to the ROK the territory between the 38th parallel and the military demarcation line)이었다. 그러나 8월 12일 이승만대통령에게 통지된 것은 ‘38선 북쪽과 비무장지대남쪽지역의 행정권이양’(transfer...administrative control over area north of the 38th parallel and south of the Demilitarized Zone)이었다. 이로서 남측비무장지대가 제외되었고 영토(주권)이양에서 행정권이양으로 축소되었다.(Edward C. Keefer, Ed, "United States Summary Minutes of the Second Meeting of United States Republic of Korea Talks, July 28, 1954", FRUS 1952~1954 Vol.XV Korea, part 2, (Washington D.C. : United States Government Printing Office, 1984), p.1848); A/2711 REPORT OF THE UNCURK, (1954.1.1.), p.7

주장하면서 이 결정의 법적근거를 요구했다. 이에 미 국무부는 1950년 7월 7일 유엔안전보장이사회 결정에 의거했다고 답변했다.

이는 이전까지 미국 자신이 주장해온 근거를 스스로 부정한 것이기도 했다. 1950년 10월 7일 유엔총회결의는 안보리에 1차적 책임을 부여한 유엔헌장위반을 의심받았지만 미국은 한 달 뒤 ‘평화를 위한 단결’결의에서 총회의 2차적 권한이란 말을 만들어내면서까지 사후합리화에 힘을 쏟았기 때문이다. 또한 1950년 10월 12일 ‘유엔사’는 언커크의 권한을 임시로 위임받은 것에 불과했는데 이제 미국은 ‘유엔사’가 언커크에 우선한다는 주장을 한 것이다. 언커크가 미국의 도구에 불과했다는 것이 의심될 수밖에 없게 되었다.

결국 1954년 8월 9일 언커크는 행정권 이양에 관한 결의문을 5:1로 채택했다.⁹⁰⁾ 반대투표를 한 칠레대표는 위원단이 이 문제를 유엔총회에 넘겨야 한다는 성명을 발표했다. 결국 언커크의 결의는 유엔총회에서의 논쟁 없이 38선 이북지역을 유엔사가 간단히 처리할 수 있게 했다.⁹¹⁾ 언커크의 이같은 결정은 정치적 자살에 해당했다. 언커크창설의 근거인 유엔총회를 부정함으로써 유엔의 지배권은 힘을 잃었고 언커크의 통치권도 몰락했다. 오직 ‘유엔사’의 점령권만이 작동하게 되었다.

언커크는 ‘38선 이북은 유엔이 어떤 정부에 의해서도 법적·실효적지배가 이뤄지지 않고 있다고 인정되었으며 ‘유엔사’의 점령하에 있고, 행정권의 양도가 영토의 최종적인 처분에 어떤 식으로든 영향을 주지 않는다’는 점과 이 지역이 ‘유엔의 지배하’에 있다는 점을 명확히 했다.⁹²⁾ 유엔의 정치적 지배와 ‘유엔사령부’의 군사적 점령이란 구조였지만 사실에서는 미국이 유엔을 지배하고 ‘유엔사’가 언커크에 우선하는 양상이 전개된 것이다. 90년대 활성화된 유엔평화유지군이나 유엔평화집행군에 강대국 특히 미국의 주도가 필수조건이 된 것은 한국에서 이미 시작된 규칙이었다. 언커크는 이 방침을 지지하긴 했지만 이 사건 후 미 당국과의 관계는 소원해졌다. 특히 칠레가 그랬다.

한국정부는 언커크결의문을 전달받은 8월 12일 직후 며칠간 환영을 표했다.

변영태 국무총리는 “이번 결의는 대한민국 정부가 한국의 유일한 합법적 정부라는 사실을 재확인하는 것이다. 한 치라도 회수되는 지역은 즉각적으로 대한민국 치하에 두어야 한다고 정부는 주장해왔는데, 이를 언커크가 인정함으로써 불건전한 위험을 일소했다. 대한민국정부와

90) 「제9차 유엔총회(1954.12.11)에 제출한 언커크의 보고서」 1954.8.17. 칠레가 1966년 언커크 탈퇴의사를 처음 밝혔을 때 이유 중 하나가, 보고서는 호주가 작성하고 다른 나라들은 내용도 모른 채 서명만 하는 관행에 대한 지적이었다. 언커크 창설국인 칠레는 결국 1970년 탈퇴하면서 1973년 9월 7일 언커크 해체의 중요한 계기를 마련한다. 칠레와 파키스탄이 철수하고 네덜란드와 호주는 더 이상 실용성이 없다고 생각하며 태국과 터키는 무관심했다. 미국이 중국과의 회담에서 언커크 해체를 고려한 계기는 미국이 언커크를 쓸모없는 자산(fading asset)이라고 판단했기 때문이다. 언커크가 이미 무너지고 있었던 것이다. Memorandum of Conversation, 1973. 2. 24, *FRUS*, 1969-1976 Vol E-12 문서번호 232; Camilo Sebastian Aguirre Torrini, 「칠레와 남북한 간의 관계에 대한 연구 : 유엔한국통일부흥위원단에서 칠레역할과 사퇴문제를 중심으로」, (서울대학교국제대학원석사논문, 2014), p.68참조)

91) 1953년 7월 3일자 덜레스가 윌리에게 보내는 편지, 3급 비밀, 서울에 보내는 국무부 전문 38, 1954년 7월 2일, 795B.00/7-254와 서울에 보내는 전문 17, 1954년 7월 7일, 795B.00/7-754, 이상 3급 비밀. 서울에 보내는 국무부 전문 88, 1954년 795B.5/7-3054; 서울대사관전문 167, 1954년 8월 6일, 795B.5/8-654; 서울에 보내는 국무부 전문 112, 1954년 8월 6일, 795B.5/8-854; 서울대사관 전문 130, 1954년 8월 9일 795B.5/8-954, 이상 2급비밀. 서울에 보내는 국무부 전문 126, 1954년 8월 11일 795B.00/8-1154, 3급비밀, 서울 대사관 전문 207, 1954년 8월 19일 795B.5/8-1954, 2급비밀.; Donald Stone MacDonald, *U.S.-Korean Relations from Liberation to Self-Reliance: The Twenty-Year Record*, (Westview Press, 1992)/(한국역사연구회1950년대반 역, 『한미관계20년사1945~1960년』, 해방에서 자립까지』, (한울아카데미, 2001), 83쪽

92) A/2711 REPORT OF THE UNCURK, (1954.1.1.), p.7

장래 수복된 지구에 있는 주민사이에 제3행정세력의 개입은 용허될 수 없다”는 내용의 담화를 발표했다.⁹³⁾ 제3의 행정세력이란 ‘유엔사’군정을 말하는 것으로 간접적이지만 ‘유엔사령부’의 불법성을 표현한 격한 말로도 볼 수 있다.

환영의 뜻을 밝혔던 처음 며칠이 지난 뒤, 한국 정부는 결의안에 문제가 있음을 인식했다. 보류조항 문제를 발견한 것이다.⁹⁴⁾ 행정권이외에 나머지구권의 이양이 보류된 것이다.

54년 9월 1일 변영태외무장관은 행정권이 아닌 주권의 이양을 주장했다지만 미국으로부터 행정권이양 선에서 협상을 마무리하고 침묵할 것을 강요받았다. 그로부터 9월 6일 국회에 다시 출석한 변영태의 발언은 최종적 결론을 통보하는 형식으로 이루어졌다. 주권관련 사항임에도 국회비준동의절차는 없었다.

행정권이양과 동시에 수복지구임시행정조치법이 시행되어 한국정부의 법적지위가 보장된 것처럼 보일 수 있었다. 그러나 이 법은 행정권에 대해서만 규정했을 뿐 입법권은 제외되어 지방의회선거가 이루어질 수 없었다. 즉 형식은 법률이지만 내용은 명령에 불과했다. 그래서 변영태의 국회발언을 어떻게 해석하는가는 중요하다.

“앞으로 두만강 압록강까지 밀고 올라간 후에는 우리가 가진 모든 수단을 다해서 우리의 행정을 수복지구에 되도록 하겠지만 이 적은 것을 위하여 최후수단을 쓴다는 것은 어떻게 된다면 악례가 되어서 수복을 완전히 맞춘 뒤에는 여러 가지 정부에서 협력을 빌리지 못하는 그런 장애가 생기지 않을까 해서 점진적으로 이런 양해 밑에서 받아야 되겠다고 하는 결론으로 귀착되고 말았습니다.”⁹⁵⁾

변영태는 북을 무력으로 수복·통일한 후에는 ‘모든 수단’, ‘최후수단’을 사용하여 주권회복을 해야 하지만 ‘적은 것’, 즉 3.8선 이북의 주권회복을 주장하다 외국과 불화가 생겨 협력을 받지 못할 수 있다는 걱정을 한다. 흡수통일 때까지는 미국을 비롯한 유엔의 요구를 들어주자는, 즉 대를 위해 소를 희생하자는 논리이다. 이런 과정에서 남측비무장지대의 포함과 배제여부는 중요하지 않았을 것이다. 또한 이 지역의 완전한 주권회복도 희생하자고 생각한 것이다. 이런 전제에서 1950년 10월 7일 유엔총회의 언커크창설결의와 12일 ‘유엔사’임시위임결정의 불법성을 따지는 일은 ‘졸렬하다’고 생각하게 된 것이다.

남측비무장지대가 행정권이양대상에서 제외되었다는 것은 이 지역에 대한 행정권을 ‘유엔사’가 여전히 행사하고 있다는 것을 의미한다. 1963년 남측비무장지대 내 유일한 민간마을인 대성동자유의 마을에 대한 행정권이양 논의시 미국의 공문에서 이같은 입장은 일관되게 확인되었다. 이는 결국 ‘유엔사’에 법적지위를 부여하는 꼴이 되었다. 이어지는 변영태장관의 발언을 보자.

“그런데 다 아시지만 이번에 언커크에서 여기에 대한 결의를 했습니다. 그래서 유엔군 당국에게 38이북 수복지구는 대한민국정부에 이양하는 데 여기에 보류조항이 있기 때문에 이 지역의 이양이라고 하는 것이 이 지역의 최종적 지위, 즉 법적 지위에 영향을 미치지 않는다 이런 조건이 있습니다.”⁹⁶⁾

93) 『조선일보』 1954. 8. 14.

94) 한모니까, 『유엔군사령부의 ‘수복지구’ 점령정책과 행정권 이양(1950~54)』, (역사비평, 2008), p.382

95) 『국회회의록』3대 19회 40차 국회본회의(1954년 09월 06일), 『행정권이양 질문』, p.25

96) 『국회회의록』3대 19회 40차 국회본회의(1954년 09월 06일), 『행정권이양 질문』, p.25

변영태는 수복지구이양에 있어서 유보조항을 언급한다. 행정권을 이양받되 ‘유엔사’의 최종적 지위, 법적지위⁹⁷⁾는 유지된다는 조건이다. 법률은 국민전체의 권리와 의무를 창출하는 헌법수단이다. 군대조직이 법을 제정할 수 있는 것은 적국의 점령이나 자국의 계엄하에서 뿐이다. 육전규칙에서 점령은 적국영토에 대해서만 성립한다. 그러나 미국전쟁교범은 적국여부와 관계없이 타국군대의 통치권하에 실질적으로 놓여있을 때 점령된 것으로 간주한다.⁹⁸⁾ 미국의 규정에 따르면 점령과 무주지 선점의 구별이 사라진다. 즉 미국전쟁교범은 국제전쟁법규정을 따르고 있지 않은 것으로 의심된다.

위에서 보았듯 ‘유엔사’는 공문에서 유엔총회의 언커크창설결의와 ‘유엔사’로의 점령통치권 임시위임결정을 근거로⁹⁹⁾ 38선이북지역이 ‘유엔사’의 ‘점령지역’이라고 통보했다.

그러나 이들 결정이 한국법체계로 변형되는 과정을 거쳤다는 흔적은 어디에도 없다. 외국군대인 ‘유엔사’에 ‘법’제정권한을 한국헌법은 부여한 적이 없다. 언커크와 ‘유엔사’의 일방적 주장일 뿐이다. 당시 우리가 그들의 도움을 받고 있었기에 그들과 협조하는 것은 충분히 이해되나 그것이 법적강제력을 갖는다고 주장하는 것은 헌법을 부정하는 일이다. 그러나 변영태는 10월 7일 총회결의, 10월 12일 언커크임시위원회 결정을 절대불변의 강제조항으로 인식하고 있었고 이를 위반할 시 유엔과 미국으로부터 고립배제 될 것을 우려하고 있었던 것이다. 이승만 정부는 협조사항을 강제사항으로 오판했던 것이다. 미대사가 침묵을 강요한 점과 이를 위협으로 느낀 점에서 38선이북행정권이양은 강박에 의한 무효가능성이 의심된다. 그리고 이러한 오판이 지금까지 이어져온 것이다.

2021년 12월 20일 윤석열 후보의 백골OP방문에 대해 ‘유엔사’가 12월 22일 성명을 통해 전방사단이 ‘법적지시’를 준수하지 않았다고 했을 때도 역시 재확인된다. ‘법적지시’를 내릴 수 있으려면 당연히 ‘법적지위’가 있어야 할 것이다. ‘유엔사’는 1950년부터 지금까지 자신들에게 법적지위가 존재한다고 믿고 있는 것이다. 변장관은 다음과 같이 말을 잇는다.

“다만 38선이북 수복지구에 있어서도 38이남의 전투지구에 있어서와 마찬가지로 유엔사령관들이 그 군사용무장 거기를 관리하는 특권·권한을 거기에서 향유한다. 이런 양해 밑에서…교섭을 다시 열자고 하였든 것이다. 그런데 이것을 혹시 얼른 보면 주권에 관계가 없느냐 하시겠지만 사실 전투지역에 있어서는 유엔사령관에게 위임을 했습니다.”¹⁰⁰⁾

군사적 특권은 무엇일까? 우선 특권은 권한만 있고 의무는 없는 상태이다. 제약없는 자유이다.¹⁰¹⁾ ‘군사적 특권’과 정전협정 전문에 명기된 ‘군사적 성질’에서의 군사적인 것의 범위는

97) 한국정부에게 ‘최종적, 법적’지위는 행정권과 비교하여 주권을 지칭하는 개념으로 이해되었다. 이 개념은 ‘행정권과 최종적 법적 권한’(control administratively and ultimately juridically)이란 단어로 1954년 6월 미국 측이 사용했다. Edward C. Keefer, Ed, "Briggs to the Department of State, June 18, 1954", *FRUS* 1952~1954 Vol.XV Korea, part 2, (Washington D.C. : United States Government Printing Office, 1984), p.1809

98) Elizabeth Varner, "The Art of Armed Conflicts: An Analysis of the United States' Legal Requirements Towards Cultural Property under the 1954 Hague Convention" *Creighton Law Review* 2011, pp.1220-1221; 최철영, 「로마법상 무주지개념과 실효적 지배를 통한 국가영역확득」, 『성균관법학』26권1호, (성균관대학교법학연구소, 2014), p.9

99) Edward C. Keefer, Ed, "Editorial Note", *FRUS* 1952~1954 Vol.XV Korea, part 2, (Washington D.C. : United States Government Printing Office, 1984), p.1865

100) 『국회회의록』3대 19회 40차 국회본회의(1954년 09월 06일), 「행정권이양 질문」, p.25

101) 호펠드에 따르면 권리는 청구, 특권, 권능, 면제로 구분된다. “권리란 다른 사람에 대항할 적극적인

전투, 항복, 휴전, 점령을 모두 포함하는 개념이다. ‘유엔사’는 38선 이남을 전투지구로 규정했고 한국은 이를 승인했다. 정전상태를 전투의 연속으로 보고 한국전체를 평시가 아닌 정전시 전투지구로 규정한 것이다. 이 기간 중 미국은 한미합의의사록에서 ‘유엔사령관’으로의 작전통제권이양을 요구했는데 이에 따르면 ‘유엔사’는 38선 이남에서는 전투작전통제권을, 38선 이북에서는 점령작전통제권을 갖게 되는 셈이었다. 1954년 11월 17일, 38선-비무장지대지역에 대한 행정권이양, 수복지구임시행정조치법 시행, 한미합의의사록 체결, 한미상호방위조약 발효가 동시에 이루어졌다.

38선 이북지역에 대해서 ‘유엔사’는 군사적 특권을 향유한다고 했고, 한미합의의사록 2항은 ‘유엔사령관’에게 한국군의 작전통제권을 이양한다고 했으며, 한미상호방위조약 4조는 미군을 대한민국의 영토에 배치하는 권리를 승인하였다. 또한 3조는 한국의 행정권하에 합법적으로 들어갔다고 인정하는 앞으로의 영토도 그 대상이 되었다. 이는 한미상호방위조약에서부터 38선 이북에 대한 행정권이양이 준비되고 있었음을 시사한다. 주권이 아닌 행정권만 있어도 미군배치는 가능해지는 것이다. 이로서 미국은 북측까지 포함한 38선 이북을 한국영토주권에서 제외시키면서 ‘유엔사’의 점령권과 미군의 배치권을 확보하게 된 것이다. 남측비무장지대의 행정권을 한국에 이양해도 ‘유엔사’와 미군의 지위에는 변화가 없게 된다.

변장관은 이러한 군사적 특권을 이양한 것이 아니라 위임했다고 했다. 주권을 강탈당한 것이 아니라 자발적으로 위임한 것이라면 언제든지 위임을 철회하고 환수할 수 있다. ‘유엔사’가 점령군이라고 해도 주권을 접수하진 못한다. 1907년 헤이그육전법에 의하면 점령은 정복이나 합병과 달리 주권을 이양할 수 없기 때문이다. 그러나 주권의 가장 중요한 일부인 군사적관할권을 이양하므로 주권의 침해인 것은 맞다.

결론적으로 38선이북 행정권이양과정에서 제외된 남측비무장지대엔 정전협정에 따른 점령권과 1950년 ‘유엔사’위임결정에 따른 점령권+통치권이 병존·중첩된 상태가 된 것이다. 이중 정치적통치권은 대성동외에는 주민이 존재하지 않기에 실효적으로 행사되기 어려우므로 점령권만 행사되고 있는 셈이다. 따라서 정전협정에 따른 점령권이 근거라고 해도 외양상 차이가 없는 것이다. 미국은 비무장지대 정치적통치권에 대해 법적지위의 소멸을 확인한 적이 없다.

전쟁 중도 아닌데 점령권 주장운운은 이상하게 들릴 수 있다. 더욱이 전쟁법과도 일치하지 않기에 그런 의심은 타당하기까지 하다. 그런데 미국에 의해 전쟁법은 변형·적용되었고 변형점령의 개념이 성립된 것이다. 이는 강대국패권에 의한 전쟁법의 왜곡이다.

전후 독일과 일본을 예로 들어보자.

항복과 함께 적대행위는 종식되었고 전쟁은 끝났으므로 당연히 독일과 일본은 적국이 아니게 되었다. 뉘른베르크 국제군사재판소를 비롯한 미국과 영국 등의 주요재판소에서도 점령법의 적용을 ‘전시점령’(belligerent occupation)에 한정하면서, 일단 적이 완전히 패배하고 나서 이루어지는 점령에는 더 이상 점령법이 적용되지 않는다는 입장을 취하였다.

이처럼 항복에 의한 종전에도 불구하고, 따라서 적국이란 규정이 성립되지 않음에도 불구하고 독일은 49년까지, 일본은 51년까지 점령이 실시되었다. 전시점령에만 점령법이 적용된다고 해

청구를 말한다. 특권이란 다른 사람의 권리나 청구로부터의 자유를 말한다. 권능이란 다른 사람에 대한 기존의 법적관계의 적극적 ‘통제’를 말한다. 즉 권능은 행위에 의하여 법률관계를 변경시킬 수 있는 능력을 말한다. 반면에 면제는 다른 사람의 법적권능이나 ‘통제’로부터의 자유를 말한다.”(W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, W.W.Cook ed., (Greenwood Press Publishers, Westport, Connecticut, 1978), p.60)

놓고 적국이 아닌 곳에서 사실상의 점령을 실시한 것이다. 그러면서 ‘휴전협정에 의한 점령’(armistice occupation)과 ‘무조건 항복(unconditional surrender)에 의한 점령’이라는 용어를 사용하였다. ‘변형점령’론이 만들어진 것이다.¹⁰²⁾

변형점령론에 따르면 1950년 10월 12일 ‘유엔사’로의 점령통치권임시위임은 미국의 항복계획에 따라 이루어졌으므로 ‘무조건항복 점령’에 해당하고, 정전협정에 따른 ‘유엔사령부’의 점령권은 정전협정에 의한 ‘정전점령’에 해당할 것이다.

점령권외에 통치권이 결합되는 사례를 보기위해 육전규칙에 의한 ‘점령권자’와 유엔헌장신탁통치조항에 의한 ‘시정권자’를 비교해 보자.

점령권자는 1907년 헤이그 육전규칙 제43조의 ‘보존주의원칙’에 따라 원칙적으로 점령지의 현행법을 존중할 의무를 부담한다. 이와달리 시정권자는 유엔헌장 제76조와 ‘신탁통치협정’의 내용을 벗어나지 않는 범위 내에서 광범위한 권한을 행사할 수 있다. 그런 점에서 양자는 근본적으로 차이를 보인다. 그러나 현실에서 그 차이를 구별하기란 쉽지 않다.

오키나와는 1945년 미군정의 점령상태에 있다가 1952년 4월 발효된 샌프란시스코 조약 3조에 의해 미국을 시정권자로 하는 신탁통치를 받게 된다. 이 제안이 가결될 때까지 미국은 모든 입법·사법·행정권을 지니게 되는데 당시 류큐열도 미군정민정장관이 한국전 ‘유엔사령관’을 수행하고 있던 리지웨이였으며, 후임군정장관은 클라크 ‘유엔사령관’이었다. 오키나와 주민들에게 점령과 신탁통치의 차이, 점령권자와 시정권자의 차이를 구별하기란 거의 불가능한 일이었다.

1994년 유엔신탁통치이사회의 활동이 정지된 후엔 오직 점령권만으로도 통치권을 행사하는데 아무런 문제가 없게 되었다.

2003년 4월 16일에는 이라크를 관리하기 위하여 ‘점령청’(occupant)에 해당하는 ‘연합국임시행정처’(Coalition Provisional Authority: CPA)를 설립하였다. CPA는 2003년 5월 16일 CPA규정(CPA Regulation)1호 발표한다.¹⁰³⁾ 이를 통하여 “모든 입법·행정·사법권”을 행사할 것임을 선언하였다. 규정은 법률이나 명령보다 하위체계이지만 이라크 점령청에선 헌법과 같은 역할을 했다. CPA규정(CPA Regulation)은 한국비무장지대에서의 『유엔사규정』(UNC Reg)을 연상시킨다.

이라크에서 CPA규정1호가 공포된 1주일 후인 2003년 5월 22일, 안보리는 미국과 영국의 ‘점령국’지위를 인정해준다. 안보리결의 제1483호는 그와 같은 변형점령이 불법이라거나 무효임을 지적하기는커녕, 점령법의 기본원칙을 재확인하면서도 다른 한편으로는 오히려 점령법에서는 일반적으로 허용되지 않는 추가적인 권한을 부여함으로써 그 변형정책의 상당부분을 정당화하였다.¹⁰⁴⁾

그러자 국제법학계도 변형점령을 옹호하는 이론들을 개발해내기 시작한다. 가장 많은 이론이 예외론이다. 이라크를 실패국가, 평화위협국가로 보고 인권보호와 민주적 제도를 도입하기 위해 이루어지는 근본적 체제변형은 예외적으로 인정될 필요성이 있다거나, 안보리결의를 통한 추가적인 권한부여형식을 통해 변형점령이 정당화될 수 있다는 점에 대해서는 일반적 합의가

102) Allan Gerson, “War, Conquered Territory, and Military Occupation in the Contemporary International Legal System”, *Harvard International Law Journal*, Vol.18, No.3, 1977, pp.530-532

103) CPA Regulation No.1(16 May 2003). <<http://bit.ly/2nEb5Ks>>(최종검색일 2017.10.25.)

104) UN Doc. S/RES/1483 (2003)

형성되었다고 보아야 한다는 등이다. 이라크점령 당시의 변형적 점령이 국제법상 불법이었다고 평가한 견해들도 그것이 안보리의 '목시적' 승인에 근거한 것이었음을 비판한 것이었을 뿐, 안보리결의를 통해 일정한 경우 '변형적 점령'이 허용될 가능성 자체를 부정한 것은 아니었다.

나아가 아예 합법론마저 등장한다.

이라크 점령 직후 다수의 연구들은 '변형적 점령'을 제2차 세계대전 이후의 일반적 점령양상인 것처럼 설명하는 경향이 있으며, 심지어 이라크를 통해 새로운 관습국제법이 형성되었다고 보는 견해가 제기되었다. 특히 일각에서는 '변형적 점령'양상을 유엔의 지원과 안보리의 지지를 통해 중립화된 "새로운 다국적 점령모델"이라고 평가하기도 하였다.¹⁰⁵⁾

1907년 헤이그 육전규칙은 점령지역에서 권력을 행사하는 실체를 가리켜 다양한 용어를 사용하고 있다. 이 규칙의 입안자들이 전제하고 있었던 '점령'은 근본적으로 전쟁이라는 맥락에서 발생하는 '전시 점령'으로서 '적국 군대'가 타방의 적대국 영토를 직접적으로 통제하는 상황이었으므로, 점령지역에 수립되는 정부 역시 '군대'(military)일 것이 전제되어 있었다고 보인다.¹⁰⁶⁾

1907년 헤이그육전규칙의 원조인 1874년 브뤼셀 선언의 준비자료에서도 'occupant'와 'occupying State'를 의도적으로 구분하였다. 엄밀히 말해 전자는 '점령군', '점령청'으로, 후자는 '점령국'으로 구분하여 사용하는 것이 적절할 것이다.¹⁰⁷⁾ 1949년 제네바 제4협약 및 1977년 제네바협약 제1추가정서에서는 점령지역에서 권한을 행사하는 주체를 가리켜 '점령국(Occupying Power)'이라는 용어만을 사용하고 있다.

이같은 사실을 지루하게 나열한 것은 국가나 군대가 아닌 국제기구가 점령주체가 될 수 있는가의 문제를 지적하고자 함이다. 즉 국제기구인 유엔이나 유엔기관인 언커크가 합법적인 점령주체가 될 수 있는가가 확인되어야 한다. 언커크 통치권의 전제는 점령사실의 확인이다. 점령의 합법성여부는 아예 거론하지 않았다.

위에서 확인했듯 육전규칙이나 제네바협약에는 어디에도 점령주체로서 국제기구를 명시하지 않았다. 이와관련 국제기구가 1949년 제네바 4개 협약에 가입할 수 있는지 여부에 관하여 유엔사무국 법률실의 해석이 주목된다.

'해당 협약이 회원국군대에 대한 형사관할권이나 영토주권에 관한 권한과 같이 국제기구가 보유하지 못한 집행권 및 사법권을 행사해야만 이행될 수 있는 의무들을 다수 포함하고 있다는 점에 근거하여 유엔과 같은 국제기구는 실질적으로 동 협약의 당사국이 될 수 있는 지위에 있지 않다.'¹⁰⁸⁾

105) Carsten Stahn, *The Law and Practice of International Territorial Administration: Versailles to Iraq and Beyond* (Cambridge University Press, 2008), p.143; 안준형, 「제2차 세계대전 이후 국제점령법의 변천과 그 적용」, (서울대학교대학원법학과박사논문, 2018), p.122재인용

106) Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, 2nd ed.(Oxford University Press, 2012), p.4.참조

107) 이기범, 「'국제점령법'체계에서 1907년 헤이그 육전규칙 제43조의 실효성」, 『국제법평론』통권제40호(2014), p.98참조

108) Legal Opinion of the Secretariat of the United Nations, "Question of the Possible Accession of Intergovernmental Organizations to the Geneva Conventions for the Protection of War Victims", *United Nations Juridical Yearbook* (1972), p.153, para.3.

선들러와 토만도 유엔군이나 다국적군이 개입하는 무력충돌시 국제점령법을 비롯한 국제인도법을 적용하도록 한 명문규정을 두지 않았음을 지적한다.¹⁰⁹⁾ 한국에서의 ‘유엔사’점령정책은 전세계적 변형점령의 초기사례를 잘 보여준다. 따라서 한국에서의 변형점령에 대한 연구와 극복과정은 세계사적 의미를 갖는다 하겠다.

따라서 언커크와 언커크에서 ‘유엔사’로의 점령통치권위임이 합법화되려면 국제점령법이나 국제인도법을 부정해야 한다. ‘유엔사’를 유엔과 무관한 미국의 군대, 즉 점령국이나 점령군으로 설정해야만 국제점령법 적용이 가능해지는데, 그러면 이제는 언커크의 위임에 의해 점령통치권을 부여받았다는 것을 부정해야 한다. 미국은 38선이북행정권이양과정에서 모순에 봉착하자 후자를 택했다.

유엔총회와 언커크를 무시하고 미국군대로서의 통합사령부 겸 ‘유엔사령부’만이 점령자로 남은 것이다. 1950년 10월 유엔총회와 언커크임시위원회 결의는 미국자신에 의해 탄핵되었고 오직 1950년 7월 7일 안보리결의만이 법적근거로 주장되게 되었다.

마지막으로 변영태는 주권의 명백한 제약과 침해를 구성하는 사안임에도 제정헌법 66조에 의한 조약체결 비준동의 절차를 거치지 않았다.

“우리가 회담을 열어서 이야기한 뒤에 이양을 하자 해서 그저께 다시 그쪽 대표 세 분하고 이쪽 대표 세 분하고 만나서 완전히 **이양 절차를 다 끝냈습니다**…통지가 되는 대로 적당한 날자를 정해서 현지에서 우리 정부 측 대표로 작성된 열 분 그분들이 가서 현지 군 사령관 들하고 교섭을 해 가지고 실제로 모든 전달을 받기로 되었습니다.”

변장관은 의회의 비준동의를 구하는 대신 통보했을 뿐이다. 그리고 우리측 대표와 군사령관들과 실무적 교섭으로 이양, “전달”받는 것으로 결정했다. 즉 무효가 의심된다. 그런데도 이에 대한 입법이 발생했다. 54년 10월 ‘수복지구행정에 대한 임시조치법’을 시작으로 60년대까지 계속 개정된다. 그리고 이때마다 주권논쟁은 부활한다. 8년 뒤인 1962년 이 법을 폐기하고 「수복지구와 동인접지구의 행정구역에 관한 임시조치법」이 제정됨으로서 선거가 실시되게 되었고 이로서 수복지구는 주권의 상당부분이 회복되었다.

6) 1963년 7월 1일 대성동 행정권이양 실패

미국은 38선이북 행정권이양시 남측비무장지대, 즉 군사분계선-남방한계선지역을 제외시킴으로서 ‘유엔사’로 하여금 행정권을 그대로 보유케 한 셈이 되었다. 남측비무장지대의 유일한 민간마을인 대성동에 대한 행정권은 여전히 ‘유엔사’가 행사하게 된 것이다. 1959년 ‘유엔사’와 정부의 지원 하에 블록주택(문화주택) 3동과 공공시설이 세워지는 등 한국정부와 ‘유엔사’간의 협조에는 큰 문제가 없어보였다.

박정희의 국가재건최고회의는 1962년 11월 21일 ‘수복지구와 동 인접지구의 행정구역에 관한 임시조치법’을 제정하여 장단군 군내면을 파주군 림진면에 편입하였다.¹¹⁰⁾ 대성동은 군내면

109) Dietrich Schindler & J.i Toman (eds.), *The Laws of Armed Conflict: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents* (Martinus Nijhoff Publishers, 1988), p.X.

110) 「국가재건최고회의상임위원회회의록」80차(1962.11.13), 내무부장관 박경원은 “수복지구임시행정조치법을 폐지하고...현재 휴전선에 인접되어 출입이 제한된 지역의 행정구역에 관한 임시조치를 규정하려는 것이라며” 수복지구와 동 인접지구의 행정구역에 관한 임시조치법안을 제출했고 통과되었다. 이는 62년 11월 21일 제정되어 63년 1월 1일부터 시행되었다. 수복지구임시행정조치법의 폐지로 「지방자치법」과 「지방자치에 관한 임시조치법」이 적용되어 수복지구에도 행정권만이 아니라 입법권이 행사

조산리에 있다. 1963년 6월 22일 한국국방장관으로부터 제안받은 대성동문제에 대한 미8군 테일러(James Taylor)대령의 각서에 대해 주한미대사관은 7월 1일 지시를 내린다. 이 지시에 미국의 비무장지대에 대한 입장이 잘 드러나 있다.

‘대사관은 대성동의 복구가…정전협정에 의해 유엔사령관에 부여된 책임의 일부로서 유엔사에서 했어야 한다고 믿고 있다. 1962년 11월 21일 법령은 정전협정에 의해 유엔사령관에게 부여된 지역의 합법적인 행정권에도 불구하고 비무장지대일부를 넘어서는 한국의 행정권을 강력히 주장하는 한국정부에 의해 시도된 듯하다.’¹¹¹⁾

미국은 ‘유엔사’의 비무장지대에 대한 행정권이 정전협정에 의해 부여된 합법적 행정권(dejure administrative control)이라고 했다.

38선이북행정권이양과정에서 남측비무장지대를 제외시켰으므로 이 지역에 대한 행정권을 주장하는 것은 일관성이 있다. 그런데 그 근거를 1950년 10월 12일 언커크임시위의 ‘유엔사’로의 점령통치권 위임결정이 아닌 정전협정에서 찾은 것이다. 그리고 정전협정서명자로서의 권원은 1950년 7월 7일 안보리결의만 남게 되었다. 1954년 38선이북지역과 달라진 것은 군정의 주체이다. 유엔군정에서 ‘유엔사령부’군정으로 바뀐 것이다. 언커크는 당시에 존재했지만 존재감이나 영향력은 미미해진 상태였다. ‘유엔사령부’군정의 보다 분명한 성격은 다음 문장에서 확인된다.

‘정전협정의 이런 해석에 대한 결정은 국무성의 법률고문실을 포함한 워싱턴 법무당국으로부터 찾아져야 한다고 믿는다.’¹¹²⁾

법에 대한 해석과 판단은 그 자체가 법이다. 노골적으로 드러내지 않지만 판사들은 판결을 통해 입법을 하는 존재이다. 정전협정에 대한 해석역시 마찬가지다. 해석권, 해석에 대한 결정권은 ‘유엔사’가 아닌 워싱턴에 있기에 ‘유엔사’군정은 곧 미국군정인 것이다. 또 하나 이 서신에서 주목할 것은 한국정부에 행정권 이양은커녕 위임조차 이루어지지 않았다는 것이다.

‘대사관은 정전협정이 부여한 유엔사령관의 권한이, 비무장지대에서 그의 책임 중 어떤 일부가 한국의 권한으로 위임되지 않았다고 확신한다.’¹¹³⁾

따라서 비무장지대에 대한 점령권은 38선 이북지역에 대한 점령권보다 더 강한 규정을 갖고 있는 셈이 되었다.

이러한 지시가 있었지만 대성동에 대한 한국정부의 행정업무는 꾸준히 확대되었다. 1965년의

되어 주권이 회복되게 되었다. 이 법은 1972년 12월 28일 개정되어 파주군 임진면에서 원래의 파주군 군내면으로 명칭을 복귀시켰다. 이와함께 전 장단군의 장단면, 진동면도 파주군에 편입시켰다. 그러나 이들 면은 주민이 상주하지 않으므로 파주군 장단면, 군내면, 진서면, 진동면 면장은 주민상주시에 임용하도록 했다.

111) TAE SONG DONG: Proposed Letter to ROK Minister of National Defense, NARA RG84 Entry2846A, Box No.38 : Korea Seoul Embassy Classified General Record, July 1, 1963

112) TAE SONG DONG: Proposed Letter to ROK Minister of National Defense, NARA RG84 Entry2846A, Box No.38 : Korea Seoul Embassy Classified General Record, July 1, 1963

113) TAE SONG DONG: Proposed Letter to ROK Minister of National Defense, NARA RG84 Entry2846A, Box No.38 : Korea Seoul Embassy Classified General Record, July 1, 1963

정부지원하에 블록건물을 철거하고 기와집 신축, 1967년의 참정권, 즉 투표권 부여¹¹⁴⁾, 1969년의 주민등록증 발급, 1971년의 대성동 종합개발사업 착수, 1972년의 파주군 관할구역에 대성동이 있는 군내면외에 전 장단군의 장단면, 진서면, 진동면까지 편입.¹¹⁵⁾ 1979년~80년의 대성동 종합개발사업(1단계), 1982년~83년의 대성동 종합개발사업(2단계), 1994년의 자유의 마을 대성동 현판 설치등이 이루어졌다.¹¹⁶⁾ 이러한 성과는 63년에 논쟁되었던 행정권 대부분이 한국정부로 이양된 것처럼 보인다. 그러나 38선 이북과 달리 대성동정도의 작은 마을에 대해서는 행정수요가 폭증해도 감당할 수준이었기 때문에 ‘유엔사’는 행정협조에는 응하면서도 행정권, 점령권에 대해서는 어떤 이양도 고려하지 않은 것으로 보인다.

이같은 성격은 『유엔사규정 525-2』(2019년 4월 1일판)에 잘 드러나 있다. 이 규정의 용어정의에는 ‘민사행정’을 적국과 아군국가에서의 점령, 두 가지로 정의하고 있다.

- (1) 아군 지역에서 현지정부와의 합의하에 현지정부가 통상적으로 수행하는 특정권한을 행사하기 위해 **외국정부가 수립하는 행정.**
- (2) 미군이 주둔하는 적대적인 지역에서 토착민간정부가 수립될 때까지 **외국정부가 행정, 입법 및 사법권을 행사하기 위해 수립하는 행정.**

미 국방부지시(DoD Directive)는 민사행정에 대해 ‘해외영토를 점령하고 그 책임을 다른 당국에 이양할 때까지 초기군정의 수립을 준비한다’¹¹⁷⁾고만 규정하고 있다. 점령국이 우방인지 적국인지를 구분하고 있진 않다.

그러나 미 합참의 합동교범(Joint Publications)에서 ‘군정은 국내, 동맹국 또는 적국영토의 토지와 재산, 원주민 및 기관에 대해 무력 또는 합의에 의해 군사력을 행사하는 최고당국자로서, 기존에 수립된 정부를 법치에 따른 주권으로 대체한다.’¹¹⁸⁾고 규정하고 있다.

적국만이 아니라 우방과 자국에 대해서까지 군정을 세분화하고 있다. 국내는 점령군이 아닌 계엄군이지만 역시 군정이다. 그러나 점령수단이 무력이든 합의든 최종목적은 기존정부의 ‘대체’이다.

위의 민사행정에 대한 정의, (1)도 (2)도 헤이그육전규칙의 점령개념에서 벗어나있다는 점에서 둘 다 변형점령의 개념이다. (1)은 적국영토에 대해서만 성립하는 점령개념의 위반이며 (2)는 점령이 아니라 아예 복속·정복이다. (1)(2)의 공통점이자 변하지 않은 본질은 ‘외국정부가 수립하는 행정’이란 점이다.¹¹⁹⁾ 그 범위가 (1)은 일부권한이고 (2)는 주권전체란 점에서 다를 뿐이

114) 과거에는 주민들은 투표일에 모두 마을 밖으로 외출한다. 그래서 투표율은 매번 거의 100%에 달한다고 했다. 그러나 2012년판 『유엔사규정』을 통해 알 수 있듯이 현재는 대성동 안에 투표소가 설치된다.

115) 「수복지구와 동 인접지구의 행정구역에 관한 임시조치법」, (1972.12.28)

116) 『경기도 DMZ 자유의 마을 대성동』, p.106-107참조

117) DoD Directive 2000.13, Civil Affairs, (May 15, 2017), p.2

118) JCS, Joint Publication 3-57 Civil-Military Operations, (2018), pp.II-11: DOA, FM 3-57 Civil Affairs Operations, (17 April 2019), p.2-8재인용

119) 『유엔사규정525-2』의 1982년 판에는 아예 용어정의가 없었던 것으로 추정된다. 왜냐하면 2012년 판에서 1982년판의 대폭수정을 알리며 변경사항으로 용어정의를 명시하고 있기 때문이다. 2012년 판에는 아군지역이 우군지역이었고, 현지정부가 아닌 지역정부였으며, 외국정부가 수립하는 행정이란 문구가 아예 없었다. ‘(1) 우군 지역에서 해당 지역정부와의 합의하에 지역정부가 통상적으로 수행하는 특정 권한을 행사하기 위해;’ 우군지역이란 단서가 없다면 이는 국내계엄상황을 묘사하는 것으로 혼동될 수 있다. 이는 2015년 판에서 현재와 같이 변경되었다. 2015년은 미국의 ‘유엔사’재활성화가

다. 『유엔사규정525-2』는 둘 중 (1)을 택하고 있다.

‘본 규정에서 대성동 작전지역에 적용되는 민사행정 및 구제사업은 통상적으로 지역정부가 수행하는 권한 중 특정권한을 유엔사가 행사하는 것으로 정의한다.’¹²⁰⁾

지역정부와 중앙정부가 구분되어 있다. ‘유엔사’는 지방정부의 특정권한만을 행사하는 것처럼 되어 있다. 그럼 현지정부 즉 중앙정부의 권한에 대해서는 어떠한가? 이 규정 5. j항에는 다음과 같이 규정하고 있다.

j. 대성동 작전지역 내에서의 민군작전: 대성동 작전지역의 경우, 민간인 거주 및 영농/어로를 위한 비무장지대지역의 경계를 위해 필요한 군사통제 및 관할권으로 인해 배제되는 기능을 제외한 지방정부의 통상적인 기능 대부분을 대한민국당국이 제공한다.’

지방정부의 통상기능을 중앙정부가 제공한다고 했으므로 결국 지방정부와 중앙정부의 구분은 무의미해진다. 그런데 놀라운 것은 중앙정부당국 임무를 한것 ‘유엔사’가 규정하고 있다는 것이다. 이러한 기능을 수행하기 위해 ‘유엔사’는 대성동 작전지역에서의 민사행정 및 구제사업 제공과 관련해 대한민국 정부당국과 ‘협조 및 협력’¹²¹⁾한다고 했다. 그러나 이 항목의 제목인 민군작전이 무엇인지 『유엔사규정525-2』 2019년판에는 삭제되어 있다. 민군작전에 대한 정의는 2012년판과 2015년판까지 유지되었다.

‘민군작전. 군사작전을 원활하게 하고, 미국의 작전목표를 통합하고 달성하기 위해 우호적, 중립적, 혹은 적대적 작전지역 내에서 군, 정부 및 비정부기구와 당국, 일반대중 간 관계를 수립하고, 유지하며, 영향력을 미치고, 활용하는 지휘관의 활동. 민군작전은 통상적으로 지자체 혹은 중앙정부가 담당하는 활동 및 기능을 군이 수행하는 것을 포함할 수도 있다. 이러한 활동은 다른 군사적 조치 이전, 중간, 혹은 이후에 진행될 수 있다. 지시가 있을 경우, 이러한 활동은 다른 군사작전 없이도 진행될 수 있다. 민군작전은 지정된 민사부대, 기타부대, 또는 민사부대와 기타부대가 함께 수행할 수도 있다. CMO라고도 칭한다. 민사작전 참조.(합동교범3-57). 민군작전은 5항 차.에 명시된 조치와 『유엔사규정 551-4』에 의거한 조치를 제외하고는 현재 대성동 작전지역에서 허가되거나 실시되지 않는다.’¹²²⁾

‘유엔사’민군작전의 목적은 뚜렷하다. 미국의 작전목표 달성이다. 적대지역만이 아닌 중립지역, 우호지역에서도 정부기능을 ‘유엔사’가 군사작전 없이도 수행한다. 이런 민감한 내용에 2019년판에는 이 부분을 삭제한 것으로 보인다. 위의 마지막 문장을 부주의하게 읽으면 대성동 작전지역에는 민군작전이 허가되지 않은 것처럼 오해될 수 있으나 5항 차.에 명시된 조치는 예외이다. 그것은 ‘유엔사’의 ‘군사통제 및 관할권으로 인해 배제되는 기능’이다. 정부와는 부분적으로 협력하지만 국군에 대해서는 통제한다.

진행되던 때였다. ‘외국정부가 수립하는 행정’이란 문구가 추가됨으로서 변형점령의 성격이 분명해졌다.

120) 『유엔사규정 525-2』, (1 April 2019), p.14

121) 『유엔사규정 525-2』, (1 April 2019), p.14

122) 『유엔사규정 525-2』, (7 May 2013), p.15

‘유엔사령관이 공동경비구역 유엔사경비대대장에게 부여한 아래의 책임을 완수하기 위해 공동경비구역 대한민국육군경비대대에 대한 유엔사령관의 **작전통제권**을 행사한다.’¹²³⁾

이는 1954년 11월 17일 38선이북지역에 대한 행정권이양과 한미합의의사록 2항에 의해 ‘유엔사령관’에게 작전통제권을 넘긴 결과물이다. 한국국방부는 ‘유엔사’의 관계에 대해 ‘지시’가 아닌 ‘협조’관계라고 했지만 ‘유엔사’는 정부에 대해서는 ‘협조’를, 국군에 대해서는 ‘지시’를 말하고 있는 것이다. 국방부가 이 논란에서 벗어나려면 한미합의의사록2항에 대한 폐기가 요구된다. 연합사해체-전작권전환과 함께 ‘유엔사’전작권전환이 함께 이루어지기 전까지 ‘유엔사’ 작통권은 포기하지 않을 가능성이 높다. 『유엔사규정』은 국방부지시와 합참의 합동교범, 육군의 야전교범을 기반으로 작성된 하위문서이다. 합참 합동교범에 의하면 군정의 최종목적은 ‘미국국익과 일치하는 통치정책을 채용하는 토착정부의 재건’¹²⁴⁾이다. 내부문서이지만 노골적이다. 그러나 이 변형점령을 과거 미군정 점령처럼 불가항력적인 것으로 볼 필요가 없다. 이는 『유엔사규정525-2』에서도 명시하고 있다.

유엔사는 유엔사령관이 정전협정을 인정하는 한, 또는 대한민국 유관정부기관이 대성동과 관련된 모든 책임을 인수할 수 있을 때까지 대성동 작전지역에서 민사행정과 구제사업을 제공한다.

이 규정은 점령과 민정유지의 조건으로 두가지를 전제하고 있다. 하나는 ‘유엔사령관’의 정전협정인정이고, 다른 하나는 한국정부의 대성동 행정인수능력이다.

첫째 ‘유엔사령관’이 ‘정전협정을 인정하는 한’이란 단서는 점령의 권원이 정전협정이라는 것을 강조하기 위함이다. ‘유엔사’는 비무장지대 점령의 성격을 정전점령으로 규정하고 있는 것이다. 그러나 정전협정은 일방이 파기하면 파기된다. 따라서 이 단서는 심리적인 것에 불과하다. 만약 법적인 조건을 말하려고 했으면 ‘정전협정이 유지되는 한’이라고 했어야 한다.

둘째 한국정부는 물론이고 국군은 이미 ‘유엔사’의 책임을 인수하고도 넘치는 능력을 가지고 있다. 유엔사경비대대 캠프 보니파스조차 한국군경비대대로 거의 교체되어 있다. ‘유엔사’가 둘째조건을 전제로 제시하는 것은 억지에 불과하다.

첫째조건과 관련하여 한국은 9.19남북군사합의서에서 정전협정이란 단어를 단 한 번도 사용하지 않았다. 1992년 남북기본합의서가 정전협정준수를 명시적으로 전제한 것과는 큰 차이이다. ‘유엔사’의 주관적 인정의지와는 달리 남북은 정전협정의 법적지위를 명시적으로 확인하고 있지 않은 것이다.

1972년 개정된 「수복지구와 동인접지구의 행정구역에 관한 임시조치법」에는 특례조항을 두고 있다. ‘경기도 파주군 장단면, 군내면, 진서면, 진동면의 면장은 당해 면관할구역 안에 주민이 상주하게 될 때 임용한다.’ 모두 비무장지대와 민통선이북에 걸친 면이다. 이 법에 따라 1973년 군내면에 통일촌이 조성되었고, 2001년 진동면에 해마루촌이 조성되었다. 1979년 통일촌에 군내출장소가 설치되어 운영해오다가 2011년 장단출장소로 개칭했고, 2009년 지방자치법 개정으로 2개면 이상을 하나의 행정면으로 통합관리할 수 있게 됨에 따라¹²⁵⁾ 2021년 「파주시

123) 『유엔사규정 525-2』, (1 April 2019), p.2

124) JCS, *Joint Publication 3-57 Civil-Military Operations*, (2018), pp.I-9~10

125) 「지방자치법」제7조. 2021년에는 면만이 아니라 동과 리도 2개 이상을 하나로 운영할 수 있게 되었

행정기구 및 정원조례일부 개정안」이 통과되어 장단면사무소가 설치되었다. 4개 면을 모두 관할하는 면사무소와 면장을 갖게 되었다. 이로서 대성동을 포함한 장단면의 비무장지대는 ‘유엔사’의 관할권과 대한민국의 법적관할권이 병존·경쟁하는 상태가 되었다.

7) 2000년 11월 17일 남북관리구역합의서

1994년 5월 29일 인민군이 군사정전위원회 폐쇄를 통보함으로서 군정위는 사라졌다. 유엔사 군정위가 군정위의 절반이니 절반만의 효력이라도 가진 것처럼 생각할 수 있다. 그리고 미국이 유엔사군정위와 중립국감독위원회를 유지하고 있는 것은 그런 희망적 사고의 반영으로 보인다. 그러나 정전협정에서 군정위는 쌍방에 의해서만 성립되도록 규정되어 있다. 쌍방구성 의미는 원운동과 같다. 원심력이 없으면 구심력도 없다. 원심력만으로 원운동의 절반잔여부분을 구성하지 못하듯 유엔사군정위만으로 군사정전위의 절반잔여부분을 유지할 수 없다. 인민군은 1995년 판문점장성급회담을 제의했다. 그 사람이 그 사람이지만 법적성격은 완전히 달라졌다. 이에 ‘유엔사’와 국방부는 전문과 총 6개 조로 구성된 ‘정전문제에 관한 국제연합군과 조선인민군 간의 장군급대화를 위한 절차’를 만든다.¹²⁶⁾

주요내용은, 첫째 이 대화가 ‘유엔사-인민군 대화’라는 것을 명백히 했다. 즉, ‘미국과 북측 간의 접촉’이 아니라 ‘유엔사-인민군 간의 대화’이며, 둘째, 이것은 정전협정에 입각해(in accordance with the Armistice Agreement) 진행한다는 것을 분명히 했다. 셋째로, 대표는 미군, 영국군, 그리고 태국, 또는 필리핀 등 제3의 ‘유엔군’ 및 한국군 대표 4명으로 하며 그 대표들은 ‘동등한 발언권(equal voice)’을 갖는다는 것을 규정했다. 회의의 원활한 진행을 위해 미군장성이 선임장교(senior officer) 역할을 하기로 했다.¹²⁷⁾

인민군은 정전협정의 무효화를, ‘유엔사’는 정전협정의 유지를 원하며 동상이몽을 이어나갔다. 2000년 6.15공동선언에서 남북이 철도연결을 합의한 이후, 그해 9월 24~26일 제주에서 남북 국방장관회담이 열렸다. 회담 개최 이전 철도와 도로를 연결하기 위해서는 비무장지대를 개방해야 하는데, 이는 정전협정과 관련된 사항이기에 남과 북이 직접 논의할 수 있는지에 대한 문제가 제기되었다. 당시 국방부와 ‘유엔사’간 협의결과 ‘유엔사령관’이 국방부장관에게 아래 내용의 서한을 보내 남측이 ‘유엔사’를 대신하여 이 문제를 논의할 수 있도록 위임하였다. ‘유엔사령관’이 국방부에 보내온 서한은 다음과 같다.

‘경의선 철도·도로 연결사업과 관련하여 비무장지대 내의 지뢰제거 작업과 철도·도로 연결 건설공사에 대해 국방부장관이 유엔사를 대표하여 북한과 협상할 수 있는 권한을 위임한다.’¹²⁸⁾

이에 따라 남북국방장관회담 공동보도문 4항에서는 “남과 북을 연결하는 철도와 도로주변의 군사분계선과 비무장지대를 개방하여 남북관할지역을 설정하는 문제는 정전협정에 기초하여 처리해나가기로 하였다.”¹²⁹⁾

북측은 2000년 10월 11일 판문점을 통해 “유엔군측으로부터 비무장지대개방을 남측에 위임한

다.

126) 협상주체는 박용욱 국방부정책실장과 유엔사부참모장 마이클 헤이든(Michael Hayden)소장이었다.

127) 「남북군사회담의 산증인 金國憲 전 국방부군비통제관의 비망록」, 『월간조선』2014.12월호

128) 문성묵, 「DMZ관련 군사합의이행평가 및 향후추진방향-정전협정에 기초한 관할권과 관리권 활용」, 『접경지역통일연구』Vol.3 No.2, (한국접경지역통일학회 2019), p.84

129) 국방부, 『남북군사회담자료집』, (서울: 국방부, 2018), p.137참조.

다는 편지나 담보각서를 보내줄 것”을 남측에 요청했다. 10월 14일 ‘유엔사령부’가 서한을 북측에 보내자, 북측은 “유엔사령부가 DMZ에 대한 협상권을 이미 남측에 넘긴 만큼, DMZ 남북관리지역의 (남측지역에 대한)관할권 자체를 남측에 이양해야한다”는 입장을 밝혔다.¹³⁰⁾

김국헌에 의하면 본인이 ‘유엔사’부참모장 마이클 던에게 ‘관리권(Administration)’이라는 개념을 제시했다고 한다.¹³¹⁾ 즉, 법적으로는 ‘유엔사’가 관할권(Jurisdiction)을 갖되, 실제적으로는 운용에 불편이 없도록 한국군이 ‘행정적인 관리권(Administration)’을 갖자는 것이다. 즉 DMZ에서 일어나는 정전협정 위반사항이나 출입은 ‘관할권’에 해당하고, 관리구역 내의 공사·인원과 장비의 통행은 ‘관리권’에 속한다는 것이다. 법적인 형식을 갖추는 엄격한 절차는 준수하되, 실제적으로는 지장이 없는 운영의 묘를 기하자는 것이었다고 한다.

‘유엔사령부’는 11월 6일 “관할권이양은 불가능하고 행정적인 관리권을 남측에 넘겨줄 수 있다”는 답신을 북측에 보냈다.

2000년 11월 16일 조선인민군 판문점대표부 박철희(상좌) 책임연락관과 ‘유엔사령관’ 마틴 글래서 미 육군대령 간에 ‘유엔사’가 DMZ 남북관할구역에 대한 행정적인 관리권(administration)을 남측(한국 국방부)에 이양한다는 데 합의하였다. 이어 2000년 11월 17일 ‘유엔사령부’-인민군 간 장성급 회담에서 ‘비무장지대 일부구역 개방에 대한 유엔군과 조선인민군간의 합의서’를 채택하였다.¹³²⁾

이날은 우연인지 필연인지 46년 전인 38선이북지역 행정권이양이 이루어진 54년 11월 17일 날과 같은 날이었다. 국방부는 관리권이란 단어를 썼지만 54년에 같은 단어는 ‘행정권’으로 번역되었다. 변영태장관은 ‘유엔사’의 관할권주장에 대해 행정권만이 아닌 주권의 이양을 요구했다. ‘유엔사’가 유엔사재활성화를 추진한 이래 한국정부의 비무장지대출입을 방해할 때마다 내세우는 용어가 관할권이다. 그러나 유엔사로부터 관할권전환을 요구하는 것은 전혀 새로운 시도가 아니다. 이미 이승만·박정희정부 때부터 꽤 격렬한 논쟁을 감수하며 진행해온 일이다. 헌법과 국익을 위해서는 보수정부에서도 이를 피할 명분이 없었던 것이다.

(3) ‘유엔사’관할권의 구조

1) 위기시 관할권

앞서 언급한 ‘유엔사’관할권은 정전시관할권에 해당한다. 정전에서 전쟁으로 가는 중간단계에 위기가 있다. 위기를 잘 관리하면 정전시로 다시 복귀되지만 위기는 전쟁으로 가는 지름길이 되기 쉽다. 때문에 위기관리가 중요하다. 정전 이후 전쟁으로까지 확산될 가능성을 지녔던 위기가 16건이나 발생했었다.¹³³⁾ 68년 푸에블로호사건, 69년 EC-121격추사건, 76년 판문점 미

130) 이근관, 「남북교류협력과 비무장지대의 국제법적 지위」, (국회입법조사처국제법전문가간담회, 2020년5월15일), p.19

131) 김국헌 군비통제관의 비망록에 의하면 ‘런던대 킹스칼리지에서 4년간 유학하는 동안, 영국이 ‘99년 리스(lease)’ 또는 ‘999년 리스’ 제도를 두어, 아랍부호들이 돈을 아무리 많이 내더라도 토지의 소유권은 완전히 이전하지 않고 결국 영국에 귀속하게 하는 법적장치가 있다는 사실을 알았고 여기에서 힌트를 얻어 던 장군에게 이야기를 했더니, 그는 “좋은 아이디어”라며 ‘관할권’ 문제를 해결하는데 적극 협조했다. 이로써 남북 간의 문제를 ‘정전협정에 의거하여 처리한다’는 핵심문제가 해결된 것이다. (‘남북군사회담의 산증인 金國憲 전 국방부군비통제관의 비망록’, 『월간조선』, 2014.12월호)

132) 이근관, 「남북교류협력과 비무장지대의 국제법적 지위」, (국회입법조사처국제법전문가간담회, 2020년5월15일), p.20 동해안 비무장지대의 일부구역 개방에 대해서도 유사한 방식이 채택되었다. 2002년 9월 12일 ‘유엔사’측 대표와 인민군 대표간에 ‘비무장지대 일부구역개방에 대한 국제연합군과 조선인민군간 합의서’가 채택되었다.

133) 김선홍, 「한국의 군사위기 관리체계 연구: 통합방위체계를 중심으로」, (경원대학교대학원박사논문,

루나무 별채사건등은 위기사 관할권이 작동한 사례이다. ‘유엔사’조직은 정전협정의 세 가지 기능인 ‘강제(enforcement)’, ‘검증(verification)’, ‘의사소통(communication)’중 강제 및 의사소통을 수행토록 구성되어 있다.¹³⁴⁾ 이중 강제기능은 정전협정의 이행을 감독하고 위반을 시정하는 책임을 비롯한 한반도의 위기관리를 포함한다.¹³⁵⁾ 정전시관할권의 범위는 위기상황을 맞아 ‘유엔사령관’의 위기관리조치권이라는 새로운 범위가 추가되며 비약적으로 확대된다.

위기조치의 향방에 따라 미 국방부, 미 국무부를 거쳐 백악관까지 한반도의 무대 위에 등장한다. ‘유엔사령관’으로서의 주한미군사령관의 존재감이 투사되는 시기이다. 연합사의 협조와 지원을 받는 형식이지만 위기에 대한 판단과 결정은 ‘정전시 위기관리’권을 가진 ‘유엔사’의 몫이다.

실제에서는 위협이 큰데도 불구하고 위기로 발전하지 않는 경우도 있고, 위협이 크지 않은데도 위기로 발전하는 경우가 있다. 이를 가름하는 것이 바로 통치권자의 결정이다. 예컨대 1968년 1월 23일 푸에블로호 나포사건의 경우 객관적으로는 심각한 위협에 해당하지 않았지만 미국의 강경대응이 결정되면서 심각한 위기가 형성되었다. 이를 전인 1968년 1월 21일 발생한 청와대 기습사건은 한국에게는 가장 심각한 위협이었지만 미국이 위기관리를 주도하면서 위기상황으로서 관리되지 않았다.¹³⁶⁾ 이는 단 한가지의 이유, 미국과 한국이 위기를 바라보는 인식의 기준, 즉 국가이익에 대한 관점이 달랐기 때문이다.¹³⁷⁾ 청와대 기습사건은 한국에겐 치명적인 국익의 위협이었지만 미국에겐 주변적인 이익이었다. 이처럼 정치와 군사가 융합되는 위기관리의 핵심은 통치권자의 국가이익에 대한 판단과 결정이다. 따라서 위기관리과정에서 ‘유엔사’의 관할권으로 외화되어 있던 미국의 주권이 한국의 관할권과 직접 조우하고 충돌하게 된다.

1. 위기관리권

1994년 12월 한미연합사의 정전시작전통제권이 한국합참에 이양되었으나 연합관리위임사항(CODA:Combined Delegation Authority)에 의해 6가지는 제외되었다. 위임사항이란 정전시 작통권에서 환수 받지 않고 계속 미군에 맡겨두겠다는 것을 의미한다. 즉 환수포기사항이다. 작통권을 전시와 정전시로 나누는 것도 유례를 찾기 힘들지만 그 중에서 다시 안 받겠다고 위임하는 것도 유례를 찾기 힘든 일이었다. 6가지 관리위임사항은 다음과 같다.

1. 전쟁억제·방어 및 정전협정준수를 위한 한미연합위기관리 권한
2. 전시 작전계획 수립
3. 한미연합 3군 합동교리개발

2009), p.59참조

134) 검증(verification)은 중립국감독위원회의 기능이다.

135) 최승범, 「한미연합사 해체 이후 유엔사에 관한 연구 :한국군의 대응과제 도출을 중심으로」, (국민대학교정치대학원석사논문, 2012), p.10

136) 김선홍, 「한국의 군사위기 관리체계 연구: 통합방위체계를 중심으로」, (경원대학교대학원박사논문, 2009), p.12

137) 국가이익의 분류방식과 관련 미국의 국가안보전략서 1999년판에서는 국가의 물리적 생존에 해당하는 가치를 치명적 이익(vital interest), 국가의 안녕과 세계평화에 영향을 주는 가치를 주요이익(major interest), 인도주의 및 기타 이익에 해당하는 것을 주변이익(peripheral interest)으로 구분하고 있다. The White House, 「Introduction」, 『National Security Strategy』, (1999); 김선홍, 「한국의 군사위기 관리체계 연구: 통합방위체계를 중심으로」, (경원대학교대학원박사논문, 2009), p.37

4. 한미연합 3군 합동훈련 및 연습의 계획과 실시
5. 조기경보를 위한 한미연합정보관리
6. C4I 상호운용성등 전시업무 수행을 위해 연합사가 정전시에 준비해야할 사항

이중 1번 위기관리권에 주목하자. 정전협정준수는 ‘유엔사’기능이다. 1994년 래피드썬더 연습 당시 게리 렉 사령관은 본인이 주한미군사령관이자 한미연합사령관이자 ‘유엔사령관’이자 위기조치관리관이라고 말함으로써 위기조치관리관이란 직책이 처음 알려지게 되었다.¹³⁸⁾

게리 렉 사령관은 정전시작전통제권환수 준비 막바지에 자신이 위기조치관리관으로서의 직무를 수행해야 한다는 이유를 들어 위임권 목록에 정전위기관리권을 추가시키도록 지시했다. 1994년 정전시작통권 환수의 연합위임권에 대한 실무작업을 해왔던 미군과 한국군의 작전담당 참모들도 위기관리권은 전혀 예상치 못한 개념이었던 듯하다. 연합사령관이 직접 나서서 한국 합참의장에게 공문을 보내고, 실무진은 어쩔 수 없이 다시 만나 연합사령관의 지시를 반영하기로 합의하였다. 결국 정전시작통권환수 서명 직전에 정전위기관리권이 연합사령관의 연합위임권한의 첫 번째 항목으로 추가되었다. 1995년 위기관리에 대한 시행세칙이 합의됐지만 현재와 같은 한미연합위기관리체계가 구체화 된 것은 1998년 작전계획 5027-98과 개념계획 5029를 만든 존 킬러리 사령관 당시이다.¹³⁹⁾ 두 나라는 한반도에서 위기상황이 발생하는 경우 동일한 시각에서 일관된 조치를 강구하기 위한 목적아래 분기에 1회 정기적인 위기조치연습과 수시훈련을 통해 위기관리에 필요한 임무수행에서 공조체제를 유지하고 있다.¹⁴⁰⁾

한미연합위기관리구조에 의하면 유엔사/연합사령관이 데프콘3을 먼저 선포하고, 나중에 한국군의 승인을 받아 한국군에 대한 전시작전통제권을 행사하는 것으로 되어 있다. 구조상으로는 한국군과의 협의절차를 그런대로 공평하게 거치는 것처럼 보인다. 그러나 기능의 관점에서 보면 이는 매우 불평등한 관계임을 알 수 있다.

미국이 데프콘 상향을 결정한 시점이면 이미 미국 대통령까지 위기회의체계에 들어와 초기조치를 실행한 상태이고, 절차대로라면 전군에 경계명령이 발효되어 경계태세에 들어가 있는 상황이다. 한국군은 바로 그 시점에서 합참의장에게 통고되고, 합참의장이 대통령에게 그때서야 보고하게 된다. 이미 미군에 총 경계태세가 내려진 상황에서 한국정부가 이를 거절하는 일이 용이할까?

이와 관련 장영수 국참대 전 총장은 “전쟁억제 방어 및 정전협정 준수를 위한 연합위기관리에 대한 위기상황의 시점판단의 문제이다. 왜냐하면 그 시점에 따라 작전지휘권이 전환되기 때문

138) 황의청, 「한미동맹의 수평적 관계모색」, (국방대 석사논문, 2004), p.61참조. 미합참의 ‘위기조치계획절차’에 의거하여 연합사에서 작성한 ‘위기조치예규(UNC/CFC/USFK CASOP)’가 있다.(윤태영, 「한미연합위기관리체제」, 『국제정치논총』39(3), (2002), p.273) 또한 1984년 발간된 『유엔사/연합사 업무편람』에 의하면 연합사 정보생산처 산하 징후 및 경보실과 계획운영처 계획연습과는 연합사 위기조치반에 대표를 제공한다. 작전참모부장은 위기조치조정관이 되고, 작전처 차장은 위기조치제도의 작전조치반장으로서 위기조치조정관인 작전참모부장에 대한 책임을 진다. 계획과는 위기조치제도의 핵심 작전통제처의 기능 중 위기조치제도(지휘 및 통제 운영절차)에 포함될 지휘 및 통제방침과 절차의 발간, 보완, 협조한다. 작전통제처장은 서울 지휘소에서 연합군, 유엔군, 주한미군, 지상구성군 및 미8군사령관을 위한 지휘통제기능을 수행하며, 위기조치제도 제1단계 운용시 위기조치부조정관으로서 위기조치조정관에게 담당임무에 대해 책임진다. 한편 상황과는 위기조치제도의 관장 및 지시에 의거 위기조치반을 소집하는 기능을 한다. *UNC and CFC Manual*, (1984.11.7), pp.6-3-2~6-3-14

139) 이시우, 「미국에게 작통권보다 중요한 것은 위기관리권」, (통일뉴스, 2007.4.17.)재인용
<http://www.tongilnews.com/news/articleView.html?idxno=72282>

140) 국방부, 『1998-2002 국방정책』, (2002), p.50.

이다”라고 지적하고 있다.¹⁴¹⁾

결국 전작권 전환은 위기시점결정에서 한국대통령이 소외되는 구조 때문에도 불가피하다. 전쟁절차라고 이해될 수 있는 ‘숙고된 절차’에서는 위기조치를 지역총사령관이 결정하지만, 위기절차에서는 위기조치를 미대통령이 직접 결정한다.¹⁴²⁾ 위기의 급박성, 위기의 성격규정등은 군대에 맡길 수 없는 정치결정영역이기 때문이다. 따라서 위기에서는 군대에 대한 정치지도자의 통제가 강화되는 것이 필요하다고 보는 견해가 지배적이다.¹⁴³⁾ 따라서 군사위기에서의 작전환경은 전쟁시보다 훨씬 어려운 여건에 놓이게 된다. 이것은 전쟁절차와 위기절차의 차이를 단적으로 보여주는 예이다.

<표 2-5> 군사위기관리체계의 구조¹⁴⁴⁾

구 분	임 무	비 고
통치권	위기관리의 정치적 판단 및 결정	통치자 포함 군사안보분야 고위급책임자 포함
국 방	위기관리의 군사작전 수행	국방 및 군사분야 지휘체계
사 회	위기관리의 군사작전 지원	중앙 및 지방행정 책임자, 지원세력 동원

2) 전시 관할권

1983년 미합참의장은 ‘유엔사령관’에게 다음과 같은 위임사항을 지시했다.

‘유엔사로 예속된 모든 부대에 대하여 작전통제권을 행사. 가용하다면 제3국군을 (한국군, 미군이 아님) 유엔사구성군사에 예속시키고, 필요시 해당 미군부대에 배속. 전쟁이 재발할 경우 유엔사 및 연합사는 별개의 법적 군사적 체제로 유지하면서 유엔사부대를 운용’¹⁴⁵⁾

이를 반영한 1984년 유엔사업무편람에 의하면 ‘유엔사’는 정전시 정전협정준수 임무만 수행하는 것이 아니라 전시임무가 따로 있다. 전시가 되면 ‘유엔사’는 ‘한국내의 유엔군부대에 대한 작전통제권을 행사’한다.¹⁴⁶⁾ 미국은 정전협정준수임무가 정전협정서명자로서의 권한이라면, ‘유엔군’부대에 대한 작전통제권은 1950년 유엔안보리결의에 의한 권한이라고 주장한다.

이어서 유엔사업무편람 8장에는 한국내의 ‘유엔군’부대 및 한국이 제공하는 한국군 가용부대를 작전통제한다고 되어 있다.¹⁴⁷⁾ ‘유엔군’부대란 16개 참전국만이 아니라 ‘제3국의 국가통수 기구가 제공한 부대’를 말한다. 새로운 유엔사 회원국을 더 받을 수 있다는 것이다.

전쟁으로 돌입하면 ‘유엔사’는 연합사도, 주한미군사도, 전세계 어떤 군대도, 갖지 못한 가장 넓은 범위의 관할권이 복원된다. 유엔안보리 결의를 필요로 하지 않는 개전권, 일본의 주일미 군기지 사용권, 자위대 동원권, 북측지역에 대한 점령통치권까지 ‘유엔사’의 정전시와 위기시 관할권은 결국 이 순간을 위해 존재한다. 이들 군인이 정전시 도라산전망대를 찾은 아이들과

141) 국회사무처, 「1987년도 국정감사 국방위원회회의록」, (피감기관 합참본부: 1987.10.4.), p.15참고

142) Joint Staff Officers Guide AFSC Pub 1-1997 Chapter7 참조

143) 윤태영, 『동북아 안보와 위기관리』, (서울: 인간사랑, 2005), pp.64-67

144) 김선홍, 「한국의 군사위기 관리체계 연구: 통합방위체계를 중심으로」, (경원대학교대학원박사논문, 2009), p.40

145) US CJCS Terms of Reference for Commander UNC (19 January 1983)

146) UNC and CFC Manual(유엔사연합사업무편람), 7 November 1984, p.2-1-1

147) UNC and CFC Manual(유엔사연합사업무편람), 7 November 1984, p.7-2-2

행복한 미소를 띠며 사진촬영에 응해주던 군인들이 맞나 싶을 정도로 낮은 모습을 보게 될 것이다. 이 단계에 이르면 ‘유엔사’는 미국패권체계와 유엔으로 상징되는 집단안보체계, 동맹으로 드러나는 세력균형체계의 모든 근대국제체계가 빚어낸 리바이어던으로 우리 앞에 나타난다. ‘유엔사’강화를 주장하는 사람들도, ‘유엔사’해체를 주장하는 사람들도 이 리바이어던의 실체를 알고 있기에 그런 주장을 펼치는 것이다.

1. 개전권

‘유엔사’의 주장에 의하면 그들은 유엔안보리결의 없이 당장 한반도에서 전쟁을 일으킬 수 있다. 1950년 유엔안보리의 결의에 의한 참전결정이 아직 유효하다는 논리다. 현재 한반도는 종전이 아닌 정전상태로 여전히 1950년 이래의 전시체제가 유지되고 있다는 것을 근거로 삼는 듯하다. 때문에 이라크전처럼 골치 아프게 유엔안보리 결의를 끌어내기 위한 외교전을 펼칠 필요가 없다는 것이다.¹⁴⁸⁾ 이 논리에 의하면 한국 대통령이 전쟁에 대해 결정할 수 있는 권한과 기회는 이미 구조적으로 차단되어 있다. 2018년 현재까지도 작전통제권은 한미연합사사령관이 행사한다. 형식적으로는 군통수권자인 한국과 미국의 대통령이 합의하여 한미연합사사령관에게 지시를 내리도록 되어 있다. 이는 1978년 ‘유엔사’해체에 대비하여 창설된 한미연합사 창설 공문에 근거를 두고 있다. 그러나 이 공문에 의하면 한미연합사령관의 작전통제권은 ‘유엔사령관’직을 겸임함으로써만 그 효력이 발생한다고 명시하고 있다.

아직 작전통제권 전환절차가 마무리되지 않아 단정하긴 어렵지만 한미연합사를 해체하는 대신 ‘유엔사’를 강화하는 방향으로 미국은 지휘구조를 변환해갈 것이다. 이미 그러한 제기는 2007년부터 본격화되었다. 한국이 작전통제권을 전환하는 것과 관계없이 북에 대해 전쟁을 일으킬 수 있는 ‘유엔사’의 권한은 여전히 유효하다. 결국 ‘유엔사’의 존재만으로도 유엔안보리결의 없이 전쟁을 일으키는 것은 얼마든지 가능한 것이다. 1994년 6월 14일 한반도 전쟁위기 때 한국의 대통령과 전혀 상의가 없는 상태에서도 북에 대한 세 가지 침공 시나리오는 작성되었고, 그중 하나에 클린턴 대통령이 최종결정 서명을 하고 있었으며, 이미 오키나와 해병대 병력이 부산에 도착해 있었다고 한다. 이런 상황에서 한국정부와 상의 없이 ‘유엔사’체계로 전쟁을 일으켜도 아무런 법적문제가 없는 것이다. 이런 이유로 한국의 전쟁주권 역시 제약당할 수밖에 없는 구조이다.¹⁴⁹⁾

연합사의 전작권을 전환받아도 ‘유엔사’를 독립된 법적·군사적 기관으로 활용한다면 전작권환수는 도루묵이 되는 것이다. 연합사해체로 ‘유엔사’는 한국군을 지휘할 필요가 없어지므로 협의할 의무도 사라진 상황이 도래할 수 있다. 전쟁을 결심하는데 있어 장애요인이 사라진 측면도 있는 것이다. ‘유엔사’는 이런 독립된 임무를 수행하기 위해서 완전한 사령부의 형태를 지향할 수밖에 없다. 2007년 버웰 벨 사령관의 ‘유엔사’강화론을 우연한 일시적 구상으로 보기 힘든 것이다. 결국 2014년 유엔사는 유엔사재활성화를 개시하여 2018년 완료를 선언하였다.

2. 일본기지 사용권

‘유엔사령관’은 전쟁에 돌입하면 주한미군과 한국군뿐만 아니라 주일미군까지 자기 휘하에 편입시키게 된다. 주일미군사령관은 평시엔 태평양사령관의 지휘를 받지만 한반도에 전쟁이 발생하면 ‘유엔사령관’의 지휘를 받게 된다.

148) 백진현은 유엔군이 재참전하기 위해서는 새로운 유엔결의가 필요하다는 의견을 제기한다. 백진현, 「정전체제의 평화체제 전환 문제」, 『서울대학교법학』 제41권 2호, (2000), p.292

149) 이시우, 『유엔군사령부』, (파주: 들녘, 2013), p.16

1977년 말, 일본과 오키나와의 7개 기지가 ‘유엔사’회원국의 제한 없는 사용을 보장하는 시설로 유지되었다.¹⁵⁰⁾ 그러다가 미군기지 재편 때문에 ‘유엔사’후방사령부는 2007년 11월 2일 캠프 자마에서 캠프 요코타로 이전하여 현재에 이르고 있다.¹⁵¹⁾ 현재 ‘유엔사’후방기지는 7개이다. 즉, 요코타 미 공군사령부기지, 요코스카 미 해군사령부기지, 캠프 자마, 사세보 해군기지, 카데나 공군기지, 후텐마 미 해병대사령부기지, 화이트비치 해병대기지가 ‘유엔사’후방기지로 지정된 미군기지이다.¹⁵²⁾ 이들 기지는 1954년 2월 19일, ‘유엔군행정지위협정’에 서명한 ‘유엔사’ 회원국에 의해 제한 없는 사용이 보증되었다.¹⁵³⁾ 그러나 이들 기지에 주둔하고 있는 것은 미군뿐이다.

1954년 ‘유엔사’ 행정협정은 1951년 9월 당시 수상이었던 요시다 수상과 미국의 애치슨 국무장관 사이에 체결된 ‘유엔군 지원에 관한 교환공문’, 일명 ‘요시다-애치슨 교환공문’이라는 것에¹⁵⁴⁾ 의해 규정되었다.¹⁵⁵⁾ 애치슨-요시다 교환공문을 통해 한국 내 유엔행동에 참여하는 군대에 대해 시설 및 역무를 제공기로 합의한 것이다. 이에 기초하여 일본 내 기지를 ‘유엔사’가 자유로이 사용할 수 있도록 했다. 이들 기지는 ‘일미안보조약’에 묶여 작전출동 시 사전협의를 필요한 여타 주일미군기지와 달리 사실상 자유사용이 보장되어 있다. 일반적인 주일미군기지에는 일장기와 성조기만이 게양되지만 이들 일곱 개 기지에는 유엔기가 게양되기 위해 마련된 세 번째의 깃대가 있고, 여기에 푸른색 유엔기가 게양된다.

‘유엔군지위협정’에는 “유엔군의 합동회의를 통하여 일본 정부의 동의를 얻어 미일안보조약을 근거로 미국은 일본의 시설 및 구역을 사용할 수 있다.”고 규정했다. ‘유엔사’에 대한 기지제공의무는 ‘유엔사’철수 90일 이내에 종료하도록 되어 있어 ‘유엔사’가 해체되면 일본 내 기지 사용권도 소멸된다. 미국은 1975년 유엔총회에서 ‘유엔사령부’해체 결의의 채택이 일본 내 주일미군에 의한 기지사용문제에 끼치는 영향을 심각하게 받아들였다. 그래서 ‘유엔사령부’해체에 대비해 일본정부가 유사법을 제정하도록 했다.¹⁵⁶⁾

‘유엔사’후방지휘소의 중요성에 관해 벨 ‘유엔사령관’은 2007년 저작권 전환과 관련하여 ‘유엔사의 구조와 역할·임무’에 관하여 ‘유엔사의 전시와 같은 조직구성 필요성’과 ‘미래 한반도

150) Headquarters UNC/USFK/EUSA Command Historian, *1977 Annual Historical Report*, p.32

151) Ministry of Foreign Affairs of Japan(MOFA) Press Release, October 26, 2007; Osakabe Yasuo, “UNC celebrates the 67th Anniversary of the United Nations in Japan” Yokota Air Base>News>2012.11.28. <http://www.yokota.af.mil/news/story.asp?id=123327915>

152) Ministry of Foreign Affairs of Japan(MOFA) Press Release; Charles M. Perry and Toshi Yoshihara, *The U.S.-Japan Alliance: Preparing for Korean Reconciliation and Beyond*, (The Institute for Foreign Policy Analysis, 2003), pp.4, 7~8

153) 1954년 2월에 「유엔군 지위협정」이 일본 정부와 주한 ‘유엔사’ 참가국들과의 사이에서 체결되고(「유엔군」측의 계약국은 미국, 영국, 캐나다, 오스트레일리아, 뉴질랜드, 남아프리카, 프랑스, 필리핀, 이탈리아. 나중에 태국과 터키도 가입하여 11개국이다) 이것을 기반으로 57년 7월에 주한유엔군 후방사령부가 개설되었다. 이 사령부에는 현재 4명이 상주하고 8개국(영국, 캐나다, 오스트레일리아, 뉴질랜드, 프랑스, 필리핀, 태국, 터키)의 주재 무관이 주한유엔군 연락장교로서 도쿄에 있는 각국 대사관에 상주하고 있다. 다카바야시 도시유키(高林敏之), 「植民地主義的戦争としての朝鮮戦争と日本-アメリカの朝鮮国連軍参加と朝鮮国連軍後方司令部-」, 『PRIME』no.41, (東京: 明治學院大學國際平和研究所, 2018), pp.43-45

154) 이시우, 『유엔군사령부』, (파주: 들녘, 2013), p.16

155) “The World and Japan” Database, “Exchange of Notes Regarding Exchange of Notes between Prime Minister Yoshida and Secretary of State Acheson, January 19, 1960”, <http://www.ioc.u-tokyo.ac.jp/~worldjpn/documents/texts/docs/19600119.T3E.h>

156) 김두승(金斗昇), 「유엔군 사령부 체제와 한미일 관계-이른바 한반도 유사에 초점을 맞춰(「国連軍司令部体制と日米韓関係-いわゆる朝鮮半島有事に焦点を合わせて」)」, 『立教法學』第86號,(2012), p.289

유사시 병력지원을 위한 일본 내 기지접근의 중요성'을 강조했다. 그는 “일본 내 유엔사 후방 기지 사용이 불가능 할 경우 한국이 필요로 하는 다국적군의 한반도 전개가 불가능하다”고 강조하며, “동맹국의 신속한 지원을 위한 메커니즘은 억제력에 기여하기 때문에 유지돼야 하며 이는 유엔사를 통해서만이 가능할 것”이라고 주장했다. 이처럼 일본 내 후방기지는 ‘유엔사’가 한반도에서의 전쟁을 수행하는 데 중요하고 결정적인 역할을 한다.¹⁵⁷⁾

3. 자위대 동원권

‘유엔사’ 통제 아래 일본 자위대가 한국전쟁에 동원·개입할 수 있다. 이 역시 요시다-애치슨 교환공문에 의해 규정된다. 일본은 유엔사활동을 지원하기 위해 위에서 언급한 ‘시설’뿐만 아니라 ‘역무’(Service)까지도 제공하도록 되어 있다. 현재 일곱 개 기지 옆에는 일본 자위대가 거의 예외없이 상주하고 있는 것을 발견할 수 있다. 그리고 미군의 요청에 언제든지 응하고 있다. 이미 이런 협정이 없었던 한국전쟁초기에도 ‘유엔사’의 인천상륙작전과 원산상륙작전에 일본의 소해부대를 동원하여 투입한 전례가 있다. 유사법제가 논쟁될 당시 일본 국회 공청회에 참석한 관방장관은 한 의원이 요시다-애치슨 공문은 아직 유효한가, 라고 질문하자 “여전히 유효하다.”고 대답함으로써 유사법제와는 관계없이 자위대가 ‘유엔사’에 의해 작전통제 될 수 있음이 확인되었다¹⁵⁸⁾

일본사회에서 자주 망각되는 것은 주한‘유엔사’후방기지를 제공함으로써 일본이 북의 「적국」이 되어 있다는 사실이다. ‘유엔사’후방사령부는 개설 이래 주일미육군사령부가 있는 캠프 자마에 있었으나 2007년에 주일미군사령부·주일미공군사령부가 있는 요코타(横田)비행장으로 이전했다. 요코타기지에는 미·일 군사일체화 정책의 일환으로서 2012년 3월에 항공자위대 항공총대사령부등이 이전했다. 즉 요코타기지를 거점으로 주일미군, 자위대, 주한‘유엔사’의 삼위 일체화가 진행되고 있다는 것이다. 현재는 이같은 일체화가 더욱 진행되어 자위대를 미일 군사동맹 강화를 통해 직접적으로 주한‘유엔사’에 연결시키는 단계에 도달했다. ‘유엔사’행정 협정에 의한 ‘합동회의’는 ‘일본국 정부를 대표하는 한 사람 및 이 협정의 다른 당사자를 대표하는 한 사람, 이 두 사람이 대표자로 조직하고, 각 대표자는 한 사람 또는 두 사람 이상의 대리 및 직원단을 가지게 한다’, ‘합동회의는 어느 쪽 한 편의 대표자의 요청이 있을 때는 언제든지 회합이 가능하도록 조직 한다’(제 20조 제2항)라고 규정되어 있다. 요컨대 일본정부를 대표하는 전권을 위임받은 고급 관료와 ‘유엔사’후방사령관이 필요에 따라 임의 협의를 하고 주한‘유엔사’의 이용가능시설을 지정·변경할 수 있도록 유연한 제도로 설계되었다.¹⁵⁹⁾ 집단적 자위권과 유엔의 안전보장활동에 대한 적극적인 협력을 제도화하고 지리적 제한이 없는 해외 군사전개를 가능하게 하는 「안보법제」가 성립한 지금, 한반도의 구식민지종주국인 일본과 주한‘유엔사’와의 군사적 일체화의 진행이, 구 식민지인 북측과의 긴장을 높이는 일은 불가피한 것이다.¹⁶⁰⁾

157) 최승범, 「한미연합사 해체 이후 유엔사에 관한 연구 :한국군의 대응과제 도출을 중심으로」, (국민대학교정치대학원석사논문, 2012), p.23-24

158) 이시우, 『유엔군사령부』, (파주: 들녘, 2013), p.18

159) 주한유엔군 지위 협정 일본 외무성 홈페이지
http://www.mofa.go.jp/mofaj/na/fa/page23_001541.html 및 일본국에서의 국제연합 군대의 지위에 관한 협정 전문(데이터 베이스 세계와 일본 도쿄대학 동양문화연구소 다나가 아키히코 연구실)
<http://www.ioc.u-tokyo.ac.jp/~worldjpn/documents/texts/JPUS/19540219.T1J.html> 참조

160) 다카바야시 도시유키(高林敏之), 「植民地主義的戦争としての朝鮮戦争と日本-アフリカの朝鮮国連軍参加と朝鮮国連軍後方司令部」, 『PRIME』no.41, (東京: 明治學院大學國際平和研究所, 2018), pp.43-45

그러나 요시다-애치슨교환공문의 대전제인 한국에서의 군사작전은 ‘유엔의 조치’가 아니며, 유엔의 군대라는 의미에서 ‘유엔사령부’는 존재하지도 않는다. 그것은 유엔조치가 아닌 각국의 조치일 뿐이며,¹⁶¹⁾ ‘유엔사령부’가 아닌 미국통합군사령부일 뿐이다. 따라서 요시다-애치슨교환공문은 샌프란시스코평화조약에서 합의한 유엔조치의 지원의무와 일치하지 않는다. 또한 이미 한국전쟁초기에 이루어진 소해대등의 ‘유엔사’조치는 사후입법금지원칙에 의해 불법이며, 일본이 유엔에 가입한 것은 1956년이므로 유엔회원국으로서의 의무도 아니었다고 봄이 타당하다.¹⁶²⁾

4. 전시점령권

1950년 10월 7일 유엔총회 결의와 10월 12일 언커크위임결정에 의거해 미국은 북 점령 시 ‘유엔사’가 점령과 통치의 주체임을 주장했다.¹⁶³⁾ 즉 “한국의 역할은 인정하나 총선 실시 전에 주권이 확대되는 것은 곤란하다.”고 하면서 북 점령계획을 일방적으로 밀어붙였다. 평화적으로든 무력으로든, 심지어 북의 붕괴이든 ‘유엔사령부’가 존속한다면 북쪽 지역에 대한 점령통치자가 된다. 점령통치가 영구적인 주권의 찬탈은 아니다. 그러나 점령통치는 새로운 국가건설의 기초를 결정하기에 점령통치이후에도 상당기간 영향력을 행사할 수 있음은 재론의 여지가 없다. 하지만 이는 대한민국 헌법 3조 영토조항과 정면충돌한다. 헌법 3조는 ‘대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.’로 되어 있다. 이 조항은 북을 반국가단체로 규정하는 모순을 담고 있어 그 문제점이 심각히 제기되어왔으나, ‘유엔사’의 존재는 이 조항과도 대립·충돌하는 요건을 가지고 있다. 한국의 보수적 국제법학자들도 이 점을 우려하고 있다. 남측 정부의 주권포기와 북의 점령통치를 전제하고 있는 ‘유엔사’야말로 가장 큰 반국가단체가 될 수 있는 역설이 작동하기 때문이다. 북의 점령을 상정하고 있는 남측의 호전세력조차도 북 점령 후 ‘유엔사’가 점령과 군정주체가 된다는 것만큼은 받아들이기 어려운 듯하다. ‘유엔사’ 문제가 진보진영이 아닌 보수진영에서 꾸준히 논의된 배경에는 이 같은 문제의식이 있는 것이다. 이처럼 보수세력, 나아가 호전세력조차도 ‘유엔사’의 북에 대한 점령통치권에 대해서는 우려하거나 반대하고 있다.

이는 북을 대단히 자극할 내용이지만 남측으로서는 남측대로 주권의 문제로서 풀지 않으면 안 되는 문제가 있는 것이다. 10여 년 전 국정감사에서 폭로된 통일부의 총무계획은 북 붕괴 시 통일부장관이 북을 통치하는 계획이다. 그러나 이는 ‘유엔사’가 주장하는 점령권과 정면충돌한다. 미국입장에서는 북 점령이나 붕괴 시 군정주체는 통일부장관이 아닌¹⁶⁴⁾ ‘유엔사령관’이기 때문이다.

161) 에케허트(Michael Akehurst)도 한국전쟁에 파견된 군대가 유엔헌장에서 규정된 의미의 유엔군이 아니라 개별국가의 군대로 보아야 한다고 주장한다. 그 근거로는 다음 3가지를 지적하고 있다. ① 군사작전에 관한 모든 사항이 미국정부에 의해 취해졌다는 점, ② 유엔사령관이 유엔으로부터가 아니라 미국정부로부터 명령을 받았고 맥아더 장군의 경질도 미국정부가 일방적으로 취한 조치라는 점, ③ 제네바 개최 한국 통일문제를 위한 국제회담에 참석했던 연합군측이 유엔의 대표로 구성된 것이 아니라 한국에 군대를 파견한 개별국가들의 대표로 구성되었다는 점 등이다.(Michael Akehurst/박기갑역, 『현대국제법개론』, (춘천: 한림대학교, 1997), p.128

162) 이시우(李時雨), 「國連システムと國連軍司令部」, 『PRIME』no.41, (東京: 明治學院大學國際平和研究所, 2018), pp.13-14

163) U.N. document A/376(V), 1950.10.7; UNGA, OR, sess. 5, comm. 1-2, 1950, 51, 54, 56 and sup\plement no. 20, 1950, 9~10. Pearson to Reid, 5 October 1950, Vol.11, WBCF, DEA 참조.

164) 이시우, 『유엔군사령부』, (파주: 들녘, 2013), p.13

II. '유엔사'관할권 전환

(1) '유엔사'관할권 약화

1) 9.19남북군사합의서 법적지위 강화조치

제성호는 노무현정부 당시 다음과 같이 주장했다.

'지금 DMZ남측지역에 부설 혹은 건설되어 있는 경의선철도 및 관련 도로에서 한국정부가 행사하는 권한은 '관리권'(Administration)에 불과하다. 앞으로 이러한 권한을 관할권(Jurisdiction)으로 확대하는 것이 필요하다. 이를 위해서는 유엔사가 우리측에게 관할권을 이양하는 조치를 취해야 한다.'¹⁶⁵⁾

박영민은 비무장지대에 대한 '유엔사'의 관할권을 인정하되 이 지역 내 남북협력의 효율성을 제고하기 위해 "포괄적 관리권"을 남북군사공동위원회에 위임하는 방안을 제시한다.¹⁶⁶⁾ 제성호보다 후퇴한 안이다.

반길주는 남북협력에 국한한 "포괄적 관리권"에 만족하면 머지않아 주권위축론이 다시 부상할 것이므로, '유엔사'와 한국의 비무장지대 관할권조정에 단계적으로 나설 필요가 있다고 주장한다. 1단계로 '유엔사'관할권을 한국에 일부위임, 2단계로 '유엔사'와 한국정부의 관할권공유, 3단계로 '유엔사'에서 한국정부로 관할권이양의 3단계라는 점진적 이양방안이 유용할 수 있다고 제시한다. 그러면서 박영민의 "포괄적 관리권"은 "점진적 이양방안"의 1단계 세부추진과제 중 하나로 의미 있는 방안이 될 수 있을 것이라고 진단했다.¹⁶⁷⁾

'유엔사'관할권전환·남북합의서발효·이행법률제정 간에는 필연적 연관관계가 존재한다. 이중 하나라도 실패하면 모두 실패하고 3개 모두 성공해도 상호작용관계를 만들지 못하면 그때에도 실패한다.

이중 두 번째 조건인 9.19평양선언과 남북군사합의서가 비준·발효되었고 그 이행법률로 세 번째 조건인 「비무장지대의 보전 및 평화적 이용에 관한 법률」이 발의되었다. 「한강하구법」과 「서해평화수역법」도 고민 중인 것으로 알려졌다.

만약 이들 법이 통과된다면 세 개의 조건 중 첫 번째 조건인 '유엔사'관할권전환 문제만 남는다. 제성호는 '유엔사'-인민군간 조치를 강조했지만 인민군은 9.19합의이후과정에서 '유엔사'를 더 이상 상대하지 않겠다는 입장이기에 이는 '유엔사'-한국정부간 조치로 바뀌어야 할 것이다. 이 조치란 '유엔사'관할권전환이다. 관할권환수는 '유엔사'에게 관할권을 이양했다는 논리가 전제되어 있지만 한국이 '유엔사'에 관할권을 이양한 적이 없으므로 '유엔사'가 관할권을 행사하는 것은 한국정부의 암묵적 동의일 뿐 법적합의는 아니라는 논리가 가능하다. 그렇다면 '유엔사'의 관할권은 법적절차를 거쳐 환수 받는 것이 모순된다. 이 경우 '유엔사'관할권은 환수할 것이 아니라 배제하면 된다는 논리가 가능하다. 이런 모순을 피하기 위해 전환이란 말을 사용토록 한다. 2000년 남북관리구역협상시 북측은 '유엔사'에 한국에게 관할권을 이양하라고

165) 제성호, 「DMZ의 평화적 이용에 따른 법적문제」, 『法曹』Vol.55 No.11, (법조협회 2006), p.155

166) 박영민, 「DMZ 평화지대화 추진의 조건과 과제」, 『접경지역 통일연구』제3권 제1호, (2019), pp. 151-172.

167) 반길주, 「유엔사의 과거와 미래의 충돌-평화공헌론과 주권위축론의 마찰과 윈윈(win-win)전략」, 『한국국가전략』Vol.5 No.3, (한국국가전략연구원 2020), pp.104-105

압박했다. 북측의 의도야 어쨌든 ‘유엔사’관할권을 이양받는 주체는 한국정부이므로 이는 본질적으로 ‘유엔사’-한국정부간 조치이다.

‘유엔사’관할권전환과 남북합의가 동시에 이루어지는 것이 가장 바람직하나 지금은 시차가 발생했고 남북합의서와 그 이행법률을 이용하여 ‘유엔사’문제를 푸는 순서로 갈 수 밖에 없는 상황이다.

이 경우 남북합의서이행법률은 남북합의서의 법적지위를 공고히 하고, ‘유엔사’관할권전환을 위한 조건을 충족시키며 이들이 상호작용하는 관계를 만들어내는데 역할이 있다. 물론 국내법 제정 전에 유엔으로 문제를 가져가 ‘유엔사’문제 전체를 해결하는 경로도 불가능한 것은 아니다. 여기서 전자를 중심으로 논의하고자 한다.

9월 19일 「평양공동선언」과 「역사적인 판문점선언이행을 위한 군사분야합의서」에 대해서 대령은 국회비준동의를 요청하지 않았다. 대신 국무회의비준동의를 거쳐 「남북합의서 24호」와 「남북합의서 25호」로 명명되었고, 2018년 10월 29일 마지막 공포절차인 대한민국전자관보 게재를 통해 효력이 발생했다.

남북합의서비준에 따라 ‘유엔사’의 한강하구·비무장지대관할권을 전환하여 남북공동관할권을 수립할 수 있는 결정적 문서가 발효된 것이다. 이는 91년 남북기본합의서에서부터 9.19남북합의서까지, 그 법적의미에도 불구하고 현실적으로 발효되지 못한 남북합의서의 역사에서 획기적인 일이 아닐 수 없다.¹⁶⁸⁾ 이를 근거로 우리는 비무장지대와 한강하구에서 우리의 법적관할권을 수립할 수 있는 근거를 갖게 되었다. 물론 정치적 결단이 가장 중요하지만 법적형식으로 이러한 목적을 지향할 수 있다는 점만으로도 놀라운 발전이 아닐 수 없다.

1991년 남북기본합의서와 2000년 남북관리구역합의서에는 ‘정전협정에 따라’라는 단서조항이 있었고 그에 따라 ‘유엔사’의 통제를 피할 수 없었다.

그러나 2018년 9.19남북군사합의서에는 정전협정이란 단어가 전혀 사용되지 않았다. 전체내용에서 남북기본합의서의 불가침부분과 9.19남북군사합의서는 거의 유사하다. 그럼에도 9.19는 정전협정을 전제하지 않고 남측의 주권을 확인했다는 점에서, 남북기본합의서의 단순반복이 아니며 큰 진전임을 알 수 있다. 더구나 9.19남북합의서는 법적 절차에 따라 비준·발효되었다. 국내법령이 된 것이다.

우선 중요한 점은 이 두개의 9.19남북합의서에 대한 국내법적 효력을 공고히 하는 것이다. 특히 한강하구·서해5도와 관련하여 9.19남북군사합의서의 효력을 공고히 함이 중요하다. 이를 위해 몇가지 논점을 살펴보자.

첫째 조약인가 아닌가의 여부이다.

일각에서는 판문점 선언을 비롯 9.19남북합의서에 대해 한국헌법상 북측은 국가가 아니기에

168) 1971년 9월 29일 ‘남북적십자회담 제2차 예비회담 합의사항’을 시작으로 하여, 2018년 12월 14일까지 체결된 남북합의서와 공동보도문은 모두 258개(남북합의서 168개, 공동보도문 90개)에 이르는 것을 확인할 수 있다. 통일부 남북회담본부는 남북합의서 중 8개의 합의서만을 ‘주요남북합의서’로 구별해놓고 있다. 6.15남북공동선언 이후 체결된 4개의 경험합의서(4대 남북경협합의서)는 ‘조약으로서의 효력’이 인정되는 것으로 해석된다. 4대 남북경협합의서의 경우에는 2000년 12월 16일 제4차 남북장관급회담에서 서명되어 2003년 6월 30일 ‘국회의 동의’를 받아, 같은 해 8월 20일 남북 간 발표 통지문을 교환함으로써 정식으로 발효되었기 때문이다. 북측도 2002년 7월 24일 최고인민회의 상임위원회에서 4개의 경험합의서에 대한 채택결정을 내렸다.(이효원, 『통일법의 이해』, (박영사, 2018), pp.105-106; 김소연, 「남북합의서의 법적 성격과 효력-기존 남북합의서의 분석과 이에 기초한 향후 남북 간 합의의 발전방향」, 『公法研究』Vol.47 No.4, (한국공법학회 2019), pp.145, 160)

조약체결능력이 없고, 따라서 조약이 아니라고 반론하고 있다. 북측헌법이 한국의 국가성을 인정하는 것과 달리 한국헌법이 북측을 국가로 인정하고 있지 않은 것은 어쨌든 사실이다. 그러나 설령 한국법에 의해 북측의 국가성이 부정된다 해도, 그리하여 분단국이나 교전단체라 해도 비엔나조약법에 의하면 조약체결능력을 갖는데 문제가 없다. 북측은 국제법적으로 국가로 승인되어 조약체결능력을 갖고 있으며 국제법질서를 창설할 의사와 능력을 가졌기 때문이다.

그럼에도 남북은 쌍방관계를 국가간의 관계가 아닌 민족내부의 특수관계로 합의했기에 조약 대신 남북합의서의 형식을 취했다. 남북합의서의 비준발효절차는 남북관계발전법 21조에 규정하고 있어 법적효력을 갖는 근거를 충족한다. 절차의 충족은 아무런 문제가 없으며 남북합의서란 명칭에도 불구하고 조약적 성격과 효력을 갖는다는 것에는 특별한 이견이 없다. 그렇다면 헌법6조1항 ‘조약은 국내법과 같은 효력을 갖는다’는 조건을 충족한다. 따라서 명칭이 조약이건 남북합의서건 국내법적 구속력을 갖는다는 것이 다수설이다.

둘째, 법적효력이 인정된다면 어느 위계에 속하는가의 여부이다. 헌법6조는 조약만이 아니라 일반적 국제법규가 공포되어 발효되었다면 국내법적 효력을 갖는다고 명시했을 뿐 그 위계를 정하고 있지 않다. 기존의 다수의견과 사법부·헌재의 판단은 이렇다.

‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약이 국내법과 동일한 효력을 갖는다는 의미는 국회의 동의 여부를 기준으로 하여 동의를 얻은 조약은 ‘법률’과 같은 효력이 있고, 동의를 얻지 않은 조약은 ‘명령’과 같은 효력을 갖는다는 의미로 보아야 한다.’¹⁶⁹⁾

만약 국회동의 없이 대통령이 단독으로 체결하는 조약에 대하여 법률과 같은 효력을 부여하게 되면, 이는 곧 국회의 관여 없이 대통령이 법률을 제정하는 것과 같은 결과가 되므로 헌법상 권력분립원칙과 국회입법권을 침해하게 된다는 것이다. 따라서 국회동의 없이 대통령이 단독으로 체결한 조약에 대해서는 대통령이 단독으로 제정할 수 있는 명령(법규명령, 혹은 시행령)과 같은 효력을 부여하는 것이 타당하다는 것이다.

따라서 9.19합의서의 비준·발효가 명령이 아니라 법률적 효력을 가지려면 이 견해가 탄핵되어야 한다.

우선 조약을 명령으로까지 격하시켜 보는 견해는 우리나라가 이례적이다. 네덜란드와 오스트리아의 경우는 국제법에 근거한 조약의 효력을 헌법과 동등한 효력을 갖는 것으로 보고 있으며, 프랑스의 경우는 헌법보다는 하위이나 법률보다는 상위의 효력을 갖는 것으로 해석하고 있다. 미국과 독일의 경우는 연방정부가 체결한 조약의 효력은 법률과 동일한 효력을 갖는 것으로 본다.

더구나 남북합의서에 적용되는 「남북관계발전에 관한 법률」 제21조 제3항에서는 국회가 동의를 가진다고만 규정하고 있을 뿐, 헌법 제60조 제1항과 같이 반드시 국회의 동의를 거치도록 규정하고 있지 않다. 예산안은 국회동의를 거치지만 법률이 아닌 명령으로 취급된다. 따라서 법제정형식만이 아니라 그 내용도 같이 고려해야한다.

정부가 체결하려는 조약이 기존의 국내법률과 충돌하거나 이행을 위한 새로운 법률의 제정을

169) 노기호, 「남북정상회담판문점선언의 법적성격과 효력에 관한 고찰」, 『법과 정책연구』Vol.18 No.2, (한국법정책학회 2018), p.343

필요로 하게 되는 경우, 이는 헌법 제60조 제1항의 국회의 동의를 요구하는 “입법사항에 관한 조약”에 해당한다. 이에 정부는 조약체결 전, 또는 조약체결과 동시에 국회의 동의를 얻거나 또는 국내의 관련법령을 미리 정비하고 국회동의 없이 조약을 체결하거나 하는 등의 조치를 취하여야 한다.

그런데 이 경우, 단순히 기계적으로 국회동의를 거치지 않았다는 이유만으로 비동의조약에 대해 법률이 아닌 명령의 효력만을 부여하는 것은 불합리하다.

생각건대, 국민의 권리·의무에 중대한 영향을 미치거나 국가에 끼치는 사회·경제적 파급효과가 큰 조약으로서 미연에 충격을 완화하고 대비하고자 조약체결 전에 관련법령을 정비(제·개정)한 뒤 국회동의 없이 정부가 독자적으로 조약을 체결하는 경우가 많다. 이 경우 국회입법권이 제약될 수 있지만 침해된다고 볼 수는 없다.

따라서 명령으로서의 효력밖에 없다고 하는 주장은 조약체결의 전 과정과 관행을 고려하지 않을 뿐만 아니라 법령(여기에서는 조약)의 내용과 경중도 고려하지 않은 경솔한 해석이라고 할 수 있다. 따라서 국회동의여부만을 기준으로 조약의 효력의 차이를 인정하는 것은 법리적으로 타당하다고 할 수 없다.

국내법적 효력의 차별은 국제법적으로도 문제가 될 수 있다. 우리는 헌법에 근거하여 국회동의를 요하는 조약과 그렇지 않은 조약을 구분하고 있으나, 국제법적으로는 국회동의여부에 관계없이 체결된 조약은 모두 동일한 효력을 가지며, 공포시에도 조약이라는 단일의 형식으로 공포된다. 조약의 준거법인 「조약법에 관한비엔나 협약」도 체결된 조약에 대하여 동일한 효력을 부여하고 있으며, 어디에도 국내에서의 절차에 따라 법률이나 명령으로 효력을 달리한다는 규정은 없다.

또한 입법적으로도 설명하기 어려운 상황이 발생할 수 있다. 예컨대, 국회의 동의를 거쳐 조약을 체결한 이후에 조약의 본질적인 부분에 해당하지 않는 지엽적인 사항에 대하여 개정하는 합의를 하여 국회동의 없이 조약이 체결되는 경우에 조약 내에 법률의 효력을 가지는 부분과 명령의 효력을 가지는 부분이 병존하는 이상한 상황이 발생할 수도 있다.

따라서 국제법적으로 동일한 효력을 갖는 조약은 국내의 헌법과 충돌하지 않는 한 국내법적으로도 동일한 효력을 갖는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 해야 한다.

국제법상 조약은 국제법 주체간의 권리·의무관계 창설에 관한 합의라고 볼 수 있으므로 국회의 동의여부를 떠나 모두 동일한 효력을 갖는다고 보아야 하므로, 9.19평양공동선언과 남북군사합의서가 법률로서의 효력을 갖는 데에는 변함이 없다고 보아야 한다. 심지어 판문점선언이 국회의 동의를 받지 못한 상태에서 대통령이 비준·공포한다 하더라도 마찬가지이다.

국제법상의 실례로서, 1972년에 동·서독 간에 국회비동의 조약으로 기본조약을 체결하였으나, 양국에서는 법률로서의 지위를 갖고 시행된 적이 있다. 결국 국회의 동의는 법적효력의 정당성의 근거로서 작동할 뿐 조약자체의 효력을 경감하는 역할을 하는 것은 아니라고 보아야 한다. 따라서 9.19평양공동선언과 남북군사합의서는 명령이 아닌 법률의 효력을 갖는다고 봄이 타당하다.

셋째는 국회동의시기 문제이다.

남북합의서의 국회동의시기와 관련하여 헌법 제60조 및 「남북관계 발전에 관한 법률」 제21조 제3항에서는 국회동의를 언급하고 있을 뿐 그 시기에 대해서는 특정하고 있지 않다. 판문점선언의 경우, 발효시점을 기준으로 하여 서명과 함께 비준을 거쳐 발효되는 조약에 해당한다고 보면, 서명 후 비준 전에 국회의 동의를 받아야 한다고 해석하는 것이 상식적일 것이다. 하지

만 현실적으로 복잡한 남북관계의 정세와 국가안보상 기밀의 유지가 요구되는 불가피한 상황에서 조약발효이후의 사후동의도 가능하다고 보아야 할 것이다.

일본의 경우 헌법상 조약체결권은 근본적으로 내각에 일임되어 있는데, 내각의 사무범위를 열거한 제73조는 3항에서 ‘조약의 체결’을 그 하나로 규정하고 있다. 동시에 ‘단지, 사전에, 시의에 따라서는 사후에 국회의 승인을 거칠 것을 필요로 한다.’¹⁷⁰⁾라고 국회의 승인권에 대해 규정하고 있다. 승인은 동의와 같은 표현으로 간주된다.¹⁷¹⁾ 일본헌법은 체결만을 명시했을 뿐 기준을 언급하고 있지 않으며 천황의 공포로 발효된다. 그런데 국회체결동의시기를 체결이후로도 정하고 있는 것이다. 국회사후동의를 인정하고 있는 것이다.

미국도 사후동의제도가 있다. 미국은 국회비준동의를 조건으로 하는 조약과 행정부협정을 구분하고 있다.¹⁷²⁾ 예를들면 오바마행정부는 기후변화대응을 위한 파리협정과 이란의 핵동결을 골자로 하는 ‘포괄적공동행동계획(JCPOA)’을 행정부협정으로 분류함으로써 국회비준동의절차를 우회하였다. 이같은 상황을 견제하기 위해 미의회는 1972년 8월 22일 “조약 외 국제협정에 대해 체결 60일 이내에 국회송부를 요구하는 법”(the Case-Zablocki Act)을 통과시켰다. 이에 의해 미 국무부의 ‘Circular 175’는 발효 후 60일 이내에 국회로 송부할 것을 규정하고 있다.¹⁷³⁾ 국회사후동의절차인 것이다.

과거 우리 정부도 조약이 발효된 이후에 국회의 동의를 받은 사례가 있다.¹⁷⁴⁾ 국회비준동의가 절실히 필요하다면 비준·공포 후에 받아도 법적하자 없는 것이다. 판문점선언의 실천이 긴급하고 절실하다면 국회사후동의절차도 가능한 것이다. 다만 여당이 다수석을 차지하고 있는 현 상황이 어느 때보다 국회비준동의를 얻을 수 있는 적기란 점은 의심의 여지가 없다.

이러한 결론에 비추어 9.19평양공동선언과 남북군사합의서는 국내법률과 같은 효력을 갖는 조약의 성격을 갖고 있음에 의심의 여지가 없으며, 그렇다면 신법우선의 원칙에 의거하여 비무장지대·한강하구에 대한 ‘유엔사’의 관할권을 전환하고 한국관할권과 남북공동관할권을 수립할 수 있는 기본법과 분야별 집행법까지 신속히 제정함으로써 이 지역에 대한 관할권의 법적 토

170) 「일본국헌법」, (세계법제정보센터, 법제처 법령정보관리원) (<http://world.moleg.go.kr> 2021년 5월 24일 검색)

171) 다자조약의 경우 승인을 동의가 아닌 비준의 의미로 해석하기도 한다. ‘승인은 주로 다자조약에 대한 국가의 기속적 동의 표시의 한 방법으로 비교적 근래에 와서 일반화된 개념입니다. 조약의 원서명자로서 수락이나 승인을 행하는 경우와 조약의 원서명자가 아닌 국가가 수락이나 승인을 행하는 경우로 나누어 볼 수 있는 데, “수락의 조건하에” 또는 “승인의 조건하에” 서명한 후 행하는 전자의 경우는 “비준” 그리고 해당 조약 채택시 서명을 하지 않았던 국가가 후에 행하는 수락이나 승인은 “가입”과 각각 동일한 의미와 효과를 지닙니다.’ 『알기 쉬운 조약업무』, (외교통상부, 2006), pp.80-81

172) 미국이 대외적으로 맺는 국제협정은 1.조약 2.의회행정협정 3.순수 행정협정 또는 조약 위임에 따른 행정협정으로 분류할 수 있으며, 이중 조약과 의회행정협정은 의회의 승인절차를 거치게 된다. 먼저 조약은 헌법 제2조 2절 2항에 따라 상원 2/3 이상의 동의로 체결된 국제협정을 의미한다. 의회행정부협정의 경우 협상체결 등의 신속한 진행 등 여러 사정이 인정되어 양원의 단순과반수에 의한 사전·사후 동의 등 간소화된 동의절차만을 밟는 행정협정을 일컫는다.

173) 그러나 대통령이 이러한 공개가 미국의 국익에 손상을 입힌다고 판단할 경우 의회에 송부하지 않을 수 있다. 또 상원외교위원회 및 하원국제관계위원회에는 적절한 기밀엄수조치와 함께 송부되어야 하며, 이러한 조치는 대통령의 고지에 의해서만 해제될 수 있다. 김용훈, 「대통령의 조약체결권한에 대한 국회의 바람직한 권한 행사를 위한 법제 전략-미국의 경험을 중심으로」, 『法學研究』 Vol.26 No.3, (경성대학교법학연구소, 2018), p.54

174) 정인섭, 『신국제법강의-이론과 사례』, (박영사, 2017), p.386

대를 마련할 수 있을 것이다.

넷째, 국회비준동의의 충족조건이다.

9.19합의서의 법률적 형식을 공고히 하기 위해서는 국회비준동의를 추진하는 것도 필요하다. 그러기 위해 순서를 거꾸로 진행할 수 있다. 국회비준동의 후 이행법률을 제정하지만 반대로 이행법률을 먼저 제정하고 국회비준동의를 이끌어내는 방법이다. 입법사항의 요건을 먼저 충족시키는 것이다.

비무장지대법·한강하구법·서해5도법등 이행법률을 먼저 제정하는 것이다. 남북합의서발효를 전제로 이들 법률이 제정되는 것임이 명확하게 드러난 상태에서 국회가 법률안을 의결하면 여하튼 법률은 확정적으로 존재하는 것이 된다. 그럼 이미 입법이 이루어진 상태이고 재정도 법률에 분산되어 부담된 상태이므로 9.19선언은 물론 판문점선언국회비준동의를 위한 조건도 충족된 상황이 된다. 그렇다면 국회동의절차를 거치지 않는다고 하여 국회의 입법권을 침해하는 것이라고 보기는 어렵게 된다. 재정부담과 입법사항이 모두 충족되어 형식적인 국회비준동의절차만 남기게 되는 상황이 되는 것이다.

이러한 해석 및 관행에 따라, 정부는 조약의 체결·비준 추진단계에서 관련 법률의 제정·개정이 이루어지도록 한 후 국회동의절차 없이, 혹은 사후절차로 조약을 체결·비준하는 방법을 사용한다. 비준 후 입법이 아니라 입법 후 비준으로 국회동의절차를 우회하는 방법이라 하겠다. 참고로 관련 법률을 미리 제정하여 국회동의를 받지 않고 조약을 체결·비준한 대표적 사례는 「오존층 보호를 위한 비엔나 협약」(조약 제1089호, 1992. 5. 27. 발효) 및 「오존층 파괴물질에 관한 몬트리올 의정서」(조약 제1090호 1992. 5. 27. 발효)등이 있다.

이를 위해 법안 전문에 판문점선언과 9.19선언 이행의 취지를 명시하면 이들 합의서의 비준을 전제하게 된다. 그러면 이들 법률의 통과를 통해 국회비준동의절차를 생략하거나 사후동의 받을 수 있게 된다. 한편 이 법률에 비준을 포함하는 조항을 둬으로서 차후에 국회비준동의가 이루어진 것으로 간주되는 효과를 얻을 수 있을 것이다. 가능한 모든 방법을 사용하여 9.19남북합의서의 효력을 공고히 함이 중요하다.

2) ‘유엔사’관할권의 틈과 행정의 기술

비무장지대 출입·통과와 관련하여 우리는 ‘유엔사’의 허가제를 신고제로 바꾸자는 정도의 대안에 머물러있다. 이마저도 아무런 진전이 없다. 그러나 앞서 본 보수법학자들도 비무장지대 일부 혹은 전부에 대한 관할권전환에 대해서는 입을 모아 주장하고 있으므로 좀 더 적극적인 관할권전환을 추진할 필요가 있다. 다음은 유엔사관할권전환을 촉진하기 위해 현 단계에서도 유엔사관할권의 틈새를 찾아내고 행정의 기술을 발휘할 수 있는 조치를 모색해 보고자 한다. 한강하구와 서해5도를 중심으로 한다.

1. 항행

정전협정 5항에 의하면 한강하구는 민간선박항행에 개방되어 있지만 부속합의서인 한강하구항행수칙에 의하면 남측민간선박의 등록을 ‘유엔사령관’이 규정하도록 하고 있다. 이를 근거로 ‘유엔사’는 민간선박항행을 사실상 통제하고 있다. 그러나 이같은 ‘유엔사’의 주장이 합당한지는 의심스럽다.

그럼에도 이같은 ‘유엔사’의 규정을 우회하여 한국의 관할권을 행사할 수 있는 틈은 있다. 노

와 상앗대만으로 운전하는 선박은 선박법의 적용대상이 아니다.¹⁷⁵⁾ 따라서 한강하구에 전쟁 전부터 존재하던 7개 도선로의 나룻배를 복원하여 운항하는 것은 '유엔사'와 부딪힐 필요없이 당장 남북간 합의로 시행할 수 있다. 또한 수상레저기구¹⁷⁶⁾나 항구적으로 수상에 고정된 수상 호텔, 수상식당 및 수상공연장¹⁷⁷⁾도 선박법령에 적용되지 않는 선박으로서 '유엔사'관할권전환 전이라도 남북합의서에 의한 이용이 가능하다.

비록 나룻배운항이라도 돌제부두 같은 포구시설이 필요하다. 9.19남북군사합의서의 붙임5 「한강(임진강)하구 공동이용의 군사적 보장」3-2항은 쌍방이 합의한 위치에 각측 통행검사소를 설치하도록 했다. 이에 따라 우선적으로 7개의 도선로 14개 포구를 복원하는 사업이 요구될 것이다. 또한 미래의 늘어날 항행수요와 항행에 따른 규정의 위반 등을 감시·감독할 경찰용선박도 선박법령에 적용되지 않으므로 남북이 합의한다면 '유엔사'규정과 충돌하지 않고 운항가능하다.

2. 보행

한강하구에 대해서는 항행규칙만 있을 뿐 보행규칙은 없다. 법이 없으면 위법도 없다. 또한 한강하구는 만조시 수륙접촉선을 기준으로 하므로 만조시에도 드러나는 갯벌은 정전협정규정상 한강하구범위에서 제외된다. 한국해병대는 이 구간을 대략 100미터로 보고 있다. 교동도의 경우 해안철책선이 만들어지기 전에는 갯벌출입과 갯벌에서의 어로활동에 아무런 지장이 없었다. 그러나 현실적으로는 유실지뢰의 위협이 있으므로 갯벌을 직접 접촉하기보다 철조망안쪽에 일정구간 데크 보행로를 설치하여 보행하는 것은 아무런 문제가 없다. 또한 얼음이 얼면 얼음 위를 보행하는 것 역시 문제되지 않으므로 인공스케이트장 등을 설치하는 것도 가능하다. 김포시와 경기도가 계획하고 있는 남북도보다리 계획 역시 항행이 아닌 보행이므로 '유엔사'와의 갈등을 피하고 관할권을 확장할 수 있다. 남북협상이 여의치 않을시 남측강안으로부터 중간지점까지 연결하는 방안도 가능할 것이다.

3. 비행

비무장지대와 한강하구비행에 대한 『유엔사규정95-3』(P-518한국전술구역비행절차)은 다른 규정과 달리 정전협정과 그 후속합의서를 근거로 제시하고 있지 않다. '유엔사령부', 한미연합사령부, 주한미군사령부의 의도는 비행을 금지·제한함이 아니라 오직 관제기관들의 협력을 증진하고 효율적으로 관리하기 위함이라고 했을 뿐이다. 또한 군대의 항공작전을 대상으로 할 뿐 민간의 비행을 대상으로 하지 않고 있다. 그런데 남측비무장지대와 한강하구에 대한 공역통제는 '유엔사'가 한다. 그리고 여기에는 군용헬기만이 아닌 모든 항공기가 통제대상이다. 항공기는 비행선과 활공기 즉 글라이더까지 포함된다. 그러나 이 규정은 비무장지대비행을 금지하고 있을 뿐 한강하구비행에 대한 금지는 언급하고 있지 않다.¹⁷⁸⁾ 그러면서도 비무장지대 및 한강

175) 선박안전법 제3조(적용범위) ① 이 법은 대한민국 국민 또는 대한민국 정부가 소유하는 선박에 대하여 적용한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 선박에 대하여는 그러하지 아니하다.<개정 2010.4.15.>

176) 선박안전법시행령 제2조(적용제외 선박) ① 「선박안전법」제3조제1항제3호에서 "대통령령이 정하는 선박"이란 다음 각 호의 선박을 말한다. 2. 「수상레저안전법」제37조에 따른 안전검사를 받은 수상레저기구.

177) 선박안전법시행규칙 제3조(부유식 해상구조물) 「선박안전법」제2조제1호에서 "해양수산부령이 정하는 부유식 해상구조물"이란 다음 각 호와 같다. 2. 수상호텔, 수상식당 및 수상공연장 등으로서 소속 직원 외에 13명 이상을 수용할 수 있는 해상구조물(항구적으로 해상에 고정된 것은 제외한다)<개정 2008.3.14., 2010.6.17., 2013.3.24.>

하구지역에 대한 침범은 정전위반사항으로 ‘유엔사’군사정전위원회 비서처에 즉각 보고해야 한다고 했다.¹⁷⁹⁾ 그러나 해당항목의 대상은 군용기에 국한되어 있다. 또한 ‘유엔사’군정위는 정전협정상 군정위가 아니기에 단독으로는 조사기능이 없다. 따라서 한강하구에 대한 민간항공기의 비행은 현 『유엔사규정』에 의하더라도 가능하할 것이다.

더구나 9.19남북군사합의서 1조3항에서는 민간여객기(화물기포함)에 대해서는 비행금지구역이 적용되지 않는다고 하였다. 『유엔사규정』과 9.19남북군사합의서가 충돌하는 경우 당연히 신법인 후자가 우선함은 물론이다.

4. 철조망, 용치 철거

『유엔사규정 551-4』는 ‘유엔사’군정위의 임무 중 ‘모든 위험물을 비무장지대로부터 제거하는 것을 지시하고 감독한다’¹⁸⁰⁾고 정하고 있다. 여기서 위험물은 정전협정 제13항 ㄱ목에서 특정하고 있는 것으로 철조망, 지뢰, 폭발물이다. 정전과 함께 제거되었던 가시철조망은 1967년 11월 24일 문산지역에 현재의 면도날철조망 철책으로 설치되었고, 1970년 한강하구 강안까지 확대설치 되었다.¹⁸¹⁾ 그러나 이는 명백한 정전협정위반이다. ‘유엔사’군정위도 철조망의 철거에 대해서는 지시권만을 가지고 있다고 주장하고 있으므로 한국군만 결심하면 충돌하지 않을 일이다.

한편 박정희정부는 서해문제가 발생하자 1974년과 1975년 사이에 인민군의 상륙을 막기 위해 해안선에 용치를 설치하였다. 용치(Dragon's Tooth)는 독일어 Drachenzähne의 번역어이다. 1938년 독일제국군이 네덜란드, 벨기에와 접한 독일서부장벽, 일명 지그프리트선에서 처음 사용한 콘크리트 대전차 장애물이었다. 대만은 1954년부터 미군고문의 제안으로 진먼다오(金門島) 상륙저지시설로 용치[軌條砦]를 설치하였다. 1955년 당시 거리 3m, 깊이 3~6m, 3열로 배치된 용치가 완성되었다.¹⁸²⁾ 박정희정부는 대만의 진먼다오를 시찰하고 와서 그대로 모방하여 서해5도에 설치하였고 한강하구의 지천합류부에도 상륙저지용 용치를 설치하였다. 용치는 그 기능을 제대로 하지도 못하면서 선박훼손 등 치명적 위험요소가 되었으며 한강하구와 서해의 접근과 이용을 막음으로서 스스로 관할권을 제약하는 요인이 되어왔다. 용치의 제거도 요구된다.

5. 민통선 해제

군사시설보호법은 군사시설을 보호하기 위해 보호구역을 설정하도록 하고 있다. 통제보호구역 중 “민간인통제선”을 설정할 수 있는데 통제보호구역은 이 법에서 ‘군사분계선 인접지역’으로 특정하고 있다. 한강하구가 군사분계선의 인접지역인 ‘통제보호구역’에 해당하는지 의심된다. 군사분계선은 육지비무장지대에만 있고 한강하구와 서해5도에는 없으므로 한강하구전체와 서해5도는 이 조항의 대상에서 제외되기 때문이다. 따라서 육지와 달리 한강하구와 서해5도에서 ‘민간인의 출입을 통제하기 위한’ 민통선설정은 불법이 구성된다고 할 수 있다.

1954년 ‘유엔사’가 귀농선을 설정하여 관할하던 것을, 1958년 국군이 이양받아, 1959년 민통선으로 명칭을 변경하였다. 그리고 1981년 군사시설보호법에서 최초로 민통선조항이 신설됨으

178) 『유엔사규정 95-3』(2017.12.15.), p.5

179) 『유엔사규정 95-3』(2017.12.15.), p.21 5-8 제한공역위반조치

180) 『유엔사규정 95-3』(2017.12.15.), p.4

181) 이시우, 「철조망 이데올로기」, 『통일뉴스』, (2021.7.1)참조

182) 정근식, 「냉전·분단경관과 평화-군사분계선 표지판과 철책을 중심으로」, 『황해문화』Vol.100, (새얼문화재단, 2018), p.179

로서 비로소 법률적 효력을 갖게 되었다. 달리 말하면 민통선은 1981년까지는 법적근거가 없어 위법을 구성하며 81년 입법은 소급입법에 해당한다. 그리고 현재 법률 역시 법을 오인하여 한강하구와 서해5도까지 민통선을 설정하고 있는 것이다. 민통선해제는 ‘유엔사’관할권과 무관하게 한국군의 조치로 가능하다.

6. 서해5도 평화수역

한국해군의 주장에 의하면 1953년 8월 30일 ‘유엔사령관’이 북방한계선을 설정하였다.¹⁸³⁾ 이 주장의 근거는 『유엔사/연합사 규정 525-4』정전교전규칙 1절 일반지침 9-마항, 북방한계선(1953.8.30)¹⁸⁴⁾이다. 이는 2급 기밀이므로 공개되어 있지 않다. 현재까지 확인되는 『유엔사규정』은 1981년 판이 최초이다.¹⁸⁵⁾ 그러나 미군체계상 81년 이전부터 『유엔사규정』이 존재했을 것은 어렵지 않게 추론할 수 있다. 하지만 『유엔사/연합사규정』은 1978년 연합사창설 이후에 등장한 것이므로 이 규정이 1953년 판이 아니라 그 내용일부에 북방한계선이 1953년 8월 30일 설립되었다는 정보를 적어놓은 것에 불과하다. 1986년판 『유엔사규정551-4』에도 북방한계선이란 단어가 등장한다.¹⁸⁶⁾ 그러나 한국정부도 ‘유엔사령관’이 1953년에 북방한계선을 설정했다는 기록증거는 찾지 못했다. 미국정부는 공식적으로 부인했다.

1973년 서해사태가 발생하자 작성된 미 중앙정보부의 보고서는 NLL이 갖고 있는 문제점들을 다음과 같이 지적하였다.

NLL은 국제법에 의한 근거가 부재할 뿐만 아니라 주변해역에 관한 최소한의 규정에 어긋난 부분이 있다…북한측이 공식적으로 NLL을 인정한다는 근거가 없으며…남한은 북한이 1953년부터 NLL을 존중해왔다고 주장하고 있으나 NLL이 1960년 이전에 성립되었다는 근거를 찾지 못하였다.¹⁸⁷⁾

이같은 진술은 ‘유엔사’특별고문이었던 이문항의 저서에서도 교차확인 된다.

“1953년 8월 30일에 유엔사령관이 일방적으로 북방한계선을 설정했다”는 기록을 누가 보관하고 있었는지 몰라도 유엔사 군정위나 유엔사 작전참모부에도 그 같은 기록은 없었다.¹⁸⁸⁾

183) 대한민국해군, 『정전협정과 사례를 통해서 본 NLL의 타당성』 (서울: 대한민국해군, 2005), p.3

184) UNC/CFC Reg 525-4 AROE; 류완수, 「서해북방한계선 분쟁 해결방안연구」, 한국외국어대 정책과 학대학원 석사학위논문, 2004, p.9

185) 1986년 판에 1981년 1월 19일자 규정을 대체한다고 명시되어 있다. UNC Reg 551-4 「한국 정전협정 준수」(1986.4.25), p.1

186) UNC Reg 551-4 「한국 정전협정 준수」(1986.4.25), p.가-1

187) “The West Coast Islands,” January 1, 1974, Central Intelligence Agency, Directorate of Intelligence, The Origins of the Northern Limit Line Dispute: New Evidence from Romanian and American Archives, NKIDP e-dossier, 16면. 한국해군은 「해본기밀 1235호 (1953.08.30) 휴전기간 중 한국해군 함정에 대한 작전지시」에 근거하여 북방한계선을 표시하고, 이를 기준으로 작전을 수행하기 시작했다고 하면서, 클라크 사령관이 NLL을 설정했다는 것을 기정사실로 전제했다. 그러나 서해해상분계선을 선포했다는 클라크 문서는 국방부의 전방위적인 노력에도 아직까지 찾지 못했다.(조성훈, 『군계선과 남북한 갈등』, (국방부 군사편찬연구소, 20110, pp.98~99; 김보영, 「유엔군의 해상봉쇄·도서점령과 NLL」, 『한국군현대사연구』제62집, (2012.9), p.167)

188) 이문항, 『JSA-판문점(1953~1994)』, (서울: 소화, 2001), p.96 군사정전위원회담에서 ‘유엔사’는 영해 침범이니 3해리안으로 침입했으니 하지 않고 정전협정 15항의 ‘인접한 해면(waters contiguous to)’을 침입했다고만 비난하였다. 그것은 ‘유엔사’의 상부기관인 미합참본부의 지시로 어로저지선이나 북방한계선이나 영해에 대해서는 논의하지 말라는 지침이 있었기 때문이다. (이문항, 같은 책, p.92)

북방한계선이 마치 영해선인 것처럼 주장하는 한국정부의 주장에 대해 1974년 1월 CIA는 이미 북방한계선의 성격을 정확히 정리했다.

‘북방한계선의 유일한 목적은 유엔사해군부대가 특별허가 없이(최소한 두 개 장소에서 그러나 논쟁의 여지없이 북한주권 하에 있다고 추정되는 수역을 횡단하는)이 선의 북쪽을 향해 하지 못하게 함으로써 사고를 피하기 위한 것이었다.’¹⁸⁹⁾

즉 남측해군이 북으로 넘어가지 못하도록 통제하는 한계선인 것이다. 이문항은 북방한계선이 ‘유엔사’ 해군사령관의 일방적 작전통제선(Operational Control Line)¹⁹⁰⁾으로서 해군선박뿐만 아니라 한국 어선들도 통제하는 한계선이라는 것을 알았다고 했다.¹⁹¹⁾ 북방한계선이 북이 아닌 남을 통제하기 위한 기준선임은 현재의 『유엔사규정551-4』에서도 확인된다.

‘선박이 서해의 북방한계선 이북 수역 혹은 동해의 북방한계선 이북 수역을 침범하는 것을 방지하기 위한 통제수단을 서해/동해 인근에서 작전을 수행하는 모든 인원들이 숙지할 수 있도록 적절한 교육을 실시한다.’¹⁹²⁾

당시 미 국무장관 헨리 키신저는 국제법적인 이유로 한국과 한국군의 성명을 지지할 수 없음을 밝혔다.¹⁹³⁾ 키신저는 1975년 2월 28일 주한미대사를 비롯한 관계자들에게 보낸 급전에서 미국정부의 입장을 명확히 정리했다.

1. 국무부와 국방부는 한국 국방부가 (NLL부근에서) 북한선박과 항공기를 다루는 몇가지 공적업무에 대해 깊은 우려를 갖고 있다.
2. 북방순찰한계선(NPLL)은 국제법적 지위를 갖지 않는다. NPLL은 일방적으로 설정됐고 북한에 의해 받아들여지지 않고 있다. 게다가 공해의 경계선을 일방적으로 설정하는 한, 이는 확실히 영해에 대한 국제법과 미국법에 배치된다.
3. 한국국방부가 내놓은 자료는 이 해역에 대해 ‘영해’라는 용어를 씌으로써 문제를 더욱 악화시키고 있다. (중략) 미국정부도 ‘유엔사’도 이번 사건이 한국의 영해나 배타적 경제 수역 내에서 발생한 것이라는 한국 측 성명을 지지할 수 없다.
4. 어떠한 경우에도 한국 국방부가 이 사건을 한국 어업구역보호의 문제로 처리하게 되면 이미 유엔사/미정부가 이번 경우의 행동을 정당화하는데 갖는 어려움을 더욱 배가시키게 된다. (중략) 특히 정전협정 범위를 넘어서는 공해로 간주하는 지역에서는 말이다.¹⁹⁴⁾

189) CIA, 'The West Coast Korean Islands', BGI RP 74-9, January. 1974, pp.2-3 Approved For Release 2000/04/18: CIA-RDP84-00825R000300120001-7

190) 이문항은 같은 책에서 작전통제선이란 말 대신 작전기획선(operational line)이란 말도 혼용해서 사용하고 있다. (이문항, 『JSA-판문점(1953~1994)』, (서울: 소화, 2001), p.92-96)

191) 이문항, 『JSA-판문점(1953~1994)』, (서울: 소화, 2001), p.92

192) 『UNC/CFC Regulation』551-4, (2015년 6월 4일 개정) p.17

193) 이 자료는 2006년 기밀해제된 문서로, 1975년 2월 28일에 주한 미대사관, 주한 ‘유엔사령관’, 미국 태평양함대 사령관 등에게 송신되었다. 한편, 주한 미대사관과 스틸웰 장군은 이 사건을 계기로 추가적인 충돌을 피하기 위해 교전규칙(Rules Of Engagement)을 재검토해야 한다는 의견을 보이고 있다 (1975년 2월 27일/월슨센터 자료). 이 지역의 충돌을 교전규칙과 군조직 내부의 조직사회학적 요소로 설명하는 중요한 연구로는 김종대, 『서해전쟁』, (메디치, 2013)을 참고할 것.

194) From SECSTATE WASHDC to AMEMBASSY SEOUL IMMEDIATE, CINCUNC SEOUL

미국은 이 수역을 한국의 영해로 인정하지 않음을 명확히 밝혔다. 그리고 1975년 2월 26일 “충돌”사건이 발생하였을 때 미국정부는 서해5도 3해리 주변해역 밖에서 일어났기 때문에 한 미상호방위조약에 규정된 “주변해역” 범위를 벗어났다는 이유로 미군전투기를 보내지 않았다. 뿐만 아니라 당시 주한미대사는 서해5도 3해리 인접해상 밖에서 일어나는 사건들은 한국정부가 알아서 처리할 능력을 가지고 있다고 발언하였다.¹⁹⁵⁾

주한미대사의 한국정부처리발언은 남이 ‘유엔사’개입없이 북과 직접 협상하는 현재의 상황과 정확히 부합한다. 이런 맥락에서 미해군대학의 로에릭(T. Roehrig)은 미 정부 및 CIA의 기밀 문서를 통해 미국정부가 NLL의 정당성을 입증할 근거의 미흡으로 오늘날까지 한국의 입장을 지지하기를 주저하고 있음을 여러 번 밝혔다.¹⁹⁶⁾

박정희정부는 자꾸 이 지역을 영해로 규정함으로써 미국의 입장을 난처하게 만들었다. 박정희 정부는 1977년 12월 31일 북측의 해상분계선 선포에 대응하여 영해법을 만들고 1978년 4월 30일 대통령령을 제정 시행하였다.¹⁹⁷⁾ 그러나 이전까지의 주장과는 달리 서해5도 지역 전체를 영해에서 제외시켜 국민과 세계를 어리둥절케 했다.¹⁹⁸⁾ 미·중 대탕트 국면에서 국제법과 미국의 국내법을 위반하면서까지 한국정부를 지지할 수 없었던 미국의 입장은 결국 한국의 영해기선이 서해5도 수역에서 멈추는데 영향을 주었던 것이다.¹⁹⁹⁾ 섬을 둘러싼 3해리는 미국도, 심지어 북측도 인정하는 영해가 될 수 있음에도 아예 이 조차 포기한 것은 미국의 입장을 과도하게 고려한 역편향으로 볼 수 있다.²⁰⁰⁾ 즉 1970년대 서해5도의 영해문제에 대한 한·미간의

IMMEDIATE, INFO USMISSION USUN NEW YORK IMMEDIATE, CINCPAC HONOLULU HI IMMEDIATE, *SUMMARY PUBLIC AFFAIRS ASPECTS OF NORTH KOREA BOAT/AIRCRAFT INCIDENT*, 28 FEB 1975. 번역문은 『경향신문』2010.12.17. 「키신저 “NLL 일방 설정… 국제법 배치」참고. 키신저는 이 긴급전문에서 위의 사실들을 주한미국대사와 주한‘유엔사령관’이 한국정부 관리들에게 통보하도록 지시했다. 그러므로 이 같은 사실을 한국정부가 인지하고 있었을 것은 의심의 여지가 없다.

195) Narushige Michishita, “Calculated Adventurism: North Korea's Military-diplomatic Campaigns.” PhD diss., (John Hopkins University, 2003), p.349; 로버트 라울러, 「1970년대 중반 미국의 대한정책과 서해5도 문제」, (서울대학교국제대학원석사논문, 2012), p.52재인용

196) Terence Roehrig, “The Northern Limit Line: The Disputed Maritime Boundary Between North and South Korea”, The National Committee on North Korea ISSUE BRIEF(2011) (www.ncnk.org); 전원근, 「동아시아 최전방 낙도에서의 냉전경관 형성-1970년대 서해5도의 요새화와 개발을 중심으로」, 『사회와 역사』104권, (2014), p.85재인용

197) 영해법의 현행명 「영해 및 접속수역법」이다. 대통령령인 영해 및 접속수역법 시행령 제2조 별표1의 「직선을 기선으로 하는 수역과 그 기점」에 의하면 서해의 영해기선은 웅진군 덕적면 백아리 소령도에 서 끝난다. 대한해협은 3해리, 울릉도와 독도 역시 영해가 표시되어 있으나 서해5도에 대한 영해표시가 없다.

198) 2017년 3월 2일 서해5도 주민들은 정부를 상대로 영해표시를 명확히 해달라는 헌법소원을 냈다.

199) 전원근, 「동아시아 최전방 낙도에서의 냉전경관 형성-1970년대 서해5도의 요새화와 개발을 중심으로」, 『사회와 역사』104권, (2014), p.94

200) 한편, 당시 국내 전문가들 또한 서해5도 주변 해역에 대해 법률적, 이론적으로도 영해를 주장할 수 없음을 인식하고 있었다. 1976년 국토통일원 비밀회의석상에서 이문항(군사정전위원회 전문위원), 지정일(서울대학교 교수)은 서해5도에 영해를 설정해도 백령권과 연평권 사이의 공백은 공해가 될 수밖에 없음을 밝히고 있다.(김필우, 「서해5도서의 지역적 특성과 이동권 보장에 관한 연구」, (인하대학교 석사학위논문, 2010), p.24-25) 미국정부는 NLL의 필요성을 주장하고 있는 한국정부의 주장에 지지의 목소리를 보내고 있으나 이것은 명목상일 뿐 실제로 서해5도 3해리 영해를 아직도 고수하고 있는 것으로 보인다. 예를 들면, 1999년 9월 2일 UNC 마이클 던 소장이 북측대표 이찬복에게 항의 서한을 전달하면서 “우리는 북측이 일방적으로 설정한 해상군사분계선을 인정하지 않는다는 것을 통보하

상호반발과 견인은 1977년 영해법의 제정에 이르러 모순된 결과로 나타났던 것이다.²⁰¹⁾

정전협정은 정치문제를 결정할 수 없는 군사협정이기에 영해라는 표현을 쓸 수 없었고 대신 쌍방의 인접해면이란 표현을 사용할 수밖에 없었다. 영해는 ‘정전협정과 무관하게’ 남과 북이 공유하게 가지고 있는 것이다. 남과 북은 공히 영해에 관한 법률을 가지고 있다. 북측은 1955년 제정된 법령에서 12해리를 규정하였으며,²⁰²⁾ 우리도 ‘영해 및 접속 수역법’ 및 동시행령에서 12해리를 규정하였다.

‘해상군사분계선’이 바다를 남북으로 가르는 선이 된다면, ‘영해’는 보통 육지를 둘러싼 ‘벨트’ 모양이 된다. NLL은 소청도와 연평도 사이의 해역, 즉 수차례의 교전 등 그 동안 분쟁이 빈발하였던 이 수역에서 북측해안을 밀착하여 그어져 있다. 즉 우리 육지를 둘러싼 벨트가 아니라 오히려 북측 육지를 둘러싼 벨트의 모습을 하고 있다. 소청도와 연평도 사이의 바다를 가르는 부분이 특히 문제가 되어왔다. 우리 육지로부터 12해리가 넘고 오히려 북측 육지에서는 12해리 안쪽에 있는 바다를 남북으로 갈랐기 때문이다.²⁰³⁾

비무장지대와 한강하구와는 달리 서해5도 인접수역에 대해 ‘유엔사’관할권의 문제는 거의 없다. 따라서 남북간의 직접협의로 공동관할권을 가장 먼저 실현할 수 있는 수역이다. 9.19남북 군사합의서 3조는 ‘서해 북방한계선 일대를 평화수역으로’ 하기로 함으로서 남측이 주장해온 북방한계선이란 단어를 수용하였다. 그러나 이 합의서 붙임4 평화수역범위에 대한 규정에서는 ‘쌍방의 관할하에 있는 섬들의 위치, 선박들의 항해밀도, 고정항로 등을 고려하여 설정’하기로 함으로서 북방한계선이 아닌, 섬에 대한 통제권만을 명시한 정전협정과 항해관습을 기준으로 하였다.

국제해양법에서 해양경계획정의 순서는 선에서 면으로 가는 대신, 면에서 선으로 가는 것이 일반적이다. 즉 공동어로구역에서의 신뢰가 형성되면 어로경계선을 해양경계선으로 확정하는 방식이다. 그러나 남북은 국가간의 관계를 지향하는 것이 아니므로 경계선획정을 목표로 하기 보다는 평화수역의 공동관할권을 더 높은 단계로 발전시키는 방향에서 고민되어야 할 것이다. 시범공동어로구역은 출입만이 아니라 최대5일간의 체류까지 허용되어, 법적 이용의 영역이 확대되었다. 그리고 행정관리기구로 어업지도선이 항행질서를 통제한다. 어민간 재산권규칙에 앞서 정부의 책임규칙이 먼저 작동하는 상황이다. 남북공동순찰대라는 사법적성격의 기구설립을 합의한 점은 비무장지대의 평화지대와 한강하구공용수역보다 한발 앞선 관할권의 수립이라 할 수 있다. 평화지대나 공용수역도 이 사례를 따라 경찰 성격을 갖는 사법적 기구설립이 요구될 것으로 보인다. 이들 기구는 제3국의 불법어로를 차단하는 배타적 공동주권을 행사하며, 평화수역 내에서 발생하는 충돌을 긴급히 차단할 수 있는 선박철수등 사법적 조치를 강제할

며 남북공동군사위원회 간 합의가 이루어질 때까지 북방한계선은 우리의 실질적인 분리선으로 유지될 것이며 북측이 인가없이 어떤 이유로든 북방한계선을 넘는 것을 도발로 간주할 것”임을 천명하였다. 그러나 그 후 미 국무부 필립 리거 대변인이나 그레그 주한미국대사등은 북측이 북방한계선을 인정할 것을 촉구하면서도 한미는 북측의 북방한계선 무효선언에 과잉대응해서는 안된다는 입장을 표현했다.(김병기, 「서해상의 북방한계선의 법적 성격」, 『토지공법연구』제9집, (2000), p.15

201) 정일준은 유신체제를 낳게 된 박정희 정권의 국가안보에 대한 위기의식을 다층적인 스케일의 실재 요소들을 통해 설명한다. 특히 ‘안보’를 둘러싸고 발생했던 한미 간의 견해 차이와, 안전보장을 위해 인권과 민주주의를 버리고 독재를 택한 박정희 정권 스스로 안보에 위협이 된 역설을 분석하고 있다.(정일준, 「유신체제의 모순과 한미갈등: 민주주의 없는 국가안보」, 『사회와 역사』70, (2006)

202) 1955년 3월 5일 ‘내각 결의’ 제25호에 의하여 12해리 영해를 결정한 것으로 알려져 있다. 박춘호, “북한의 해양법 문제”, 북한법률행정논총 제6집(고려대학교 법학연구소, 1984.12), 87쪽 참조.

203) 정태욱, 「서해 북방한계선(NLL)재론: 연평도 포격사건을 계기로」, 『민주법학』45권, (2011), p.286

수 있게 된다. 이같은 강제조치는 역설적으로 긴장완화, 신뢰구축, 공영공리의 실현을 위한 관할권의 행사이다. 안전이 확보되어야 민간의 권리가 안정적으로 확대될 수 있다. 관할권의 측면에서 가장 주목할 만한 합의는 선박에 한반도기를 게양토록 한 것이다. 선박은 바다위의 영토로 간주되기에 국적을 표시하기 위한 국적기를 달아야 한다. 인공기나 태극기가 아닌 제3의 통일국기인 한반도기 게양은 지금은 비록 상징적 표지에 불과하지만 평화수역의 관할권이 발현할 방향을 명확히 한다는 점에서 시사하는 바가 크다. 경제공동체로 출발한 유럽연합이 발전을 거듭하며 유럽정체성을 형성하기 위해 유럽연합기와 음악, 지도등의 사용을 적극 권장하는 정책과 유사한 목표를 지향할 것이다. 평화수역에서처럼 공용수역의 선박과 평화지대의 건물들에도 한반도기가 게양될 것으로 기대된다.

9.19합의서는 군사분야 합의이기에 4.27판문점선언이 실현되기 위해서는 민간영역의 남북관리위원회 건설이 필수적일 것이다. 평화지대나 공용수역에서는 민간차원의 행정권확대를 통해 사법권이 요구되는 경로를 취하겠지만 평화수역에서는 사법관할권이 행정권의 발전을 견인하는 모양새가 갖춰져 있다. 물론 이들 사법관할권은 매우 제한적이고 행정권행사를 보조하는 수준에 불과하지만 행정권과 사법권이 상호작용을 시작하는 초기조건을 상향시켰다는 점에서 의미를 찾을 수 있다.

(2) '유엔사'관할권 전환

현재 한국에서의 정전체제는 정전협정-정전협정부속합의서-유엔사규정으로 이어지는 3층 체계를 갖추고 있다. 이중 정전협정과 그 부속합의서는 인민군과 '유엔사'쌍방이 합의한 문서지만 『유엔사규정』은 '유엔사'가 단독으로 작성한 내부규정일 뿐이다. 사문화된 정전협정과 그 부속합의서들을 대신하여 현장에서 적용하고 있는 것은 『유엔사규정』(UNC Reg)²⁰⁴이다. 그러나 정전협정준수를 구체화시킨 『유엔사규정 551-4』는 오히려 정전협정을 위반하고 있다.

9.19남북군사합의서가 비준발효되기 전까지는 한국정부로서도 '유엔사'의 정전업무에 협조하는 태도를 취했다. 그러나 이제는 '유엔사'의 정전업무수행의 모순을 대체할 국내법적 근거가 마련되었고 9.19남북군사합의서와 『유엔사규정』을 근거로 한 국군과 유엔사의 관할권이 병존하거나 갈등하는 구도가 형성되었다. 이중 9.19남북군사합의서는 법령으로서의 조건을 갖춘 반면 『유엔사규정』은 어떤 국내법적지위도 갖지 못한다. 따라서 9.19남북군사합의서를 중심으로 국군의 관할권은 확대하고 '유엔사'의 관할권은 축소해가는 방향에서 관할권을 전환할 필요가 있다. 다음은 '유엔사'관할권전환의 필연성을 구성하는 『유엔사규정』자체의 모순에 대해 살펴보자.

1) 유엔사규정 밖 정전협정의 충돌

우선 『유엔사규정』이 근거하고 있는 정전협정과 충돌·모순되는 규정들에 대해 문장단위로 분석하고자 한다. 상자 안에 들어간 글이 『유엔사규정 551-4』「한국정전협정준수」의 인용문이고 그 문장마다 해석을 다는 식으로 글을 전개한다.

2-2 a.정전협정은 … 6.25 전쟁교전당사자들 간에 체결된 상호합의이다.²⁰⁵⁾

204) 현재 비무장지대 관리 및 통제와 직접 관련된 『유엔사규정』은 대략 네 종류가 있는데, 551-4, 551-5, 551-6, 525-2등의 일련번호가 붙어 있다. 551-5와 551-6은 비무장지대 안보견학 관련 규정이며, 525-2는 대성동 민사행정에 관한 규정이다. 이외에 중요한 것이 525-4로 이는 정전교전규칙규정인데 2급 비밀로 비공개규정이다.

* 16개 참전국 당사자론을 주장하는 이 문장은 제2차 세계대전의 경험에서 보듯이 연합군사령관이 교전당사국 군대를 대표하여 정전협정에 서명하는 것이 일반적이라는 의미에서 연합군이론이라고 불리기도 한다. 이때 연합군사령관은 정전협정의 서명자에 불과하며 정전협정의 당사자는 모든 교전당사국이라는 견해이다.²⁰⁶⁾ 이에 따르면 한국파병 16개국 모두가 한국과 함께 정전협정의 일방당사국이 된다. 결국 북미평화협정이 체결된다고 하더라도 그 외 국가들과의 법적문제가 남아있게 된다.²⁰⁷⁾ 이 규정의 1986년판에는 ‘한국전쟁에 개입된 적대쌍방간의 군사작전을 중지하는데 대한 상호간의 합의이다’²⁰⁸⁾라고 되어 있었다. 1986년판 규정이 정전협정취지에 더 가깝다. 그에 비해 2019년판 규정은 오히려 정전협정취지를 왜곡하는 ‘유엔사’의 임의적 해석이다. 정전협정은 당사자, 즉 국가가 체결한 적이 없다. 오직 서명자로서 군사령관이 서명했을 뿐이다. 정전협정문에서는 이것만이 사실이다.²⁰⁹⁾

(12) 군인의 한강하구 출입을 인가한다(정전협정 후속합의서 “A” 제4항).²¹⁰⁾

*정전협정 후속합의서 “A” 4항이 인용하고 있는 정전협정 9항은 군정위 허가를 받은 인원만 비무장지대를 출입할 수 있다는 내용이며, 10항은 ‘유엔사령관’이 출입인원수를 결정할 수 있다는 내용이고, 13항은 쌍방사령관들이 동의한 경찰의 성질을 가진 부대의 출입에 대한 내용이다.

그러나 현재 군정위는 없으므로 9항은 적용되지 않으며, 13항의 경찰의 성질을 가진 부대는 ‘유엔사령관’만으로는 결정할 수 없고 인민군사령관이 동의해야하는데 인민군의 군정위탈퇴로 이러한 부대는 존재할 수 없다. 그렇다면 ‘유엔사령관’이 결정할 수 있는 것은 출입인원수일 뿐인데 출입자체를 결정할 수 없으므로 그 인원수를 결정하는 것은 불가능하다. 결국 인민군이 군정위에 복귀하기 전까지 군인의 한강하구 출입을 ‘유엔사’는 인가할 수 없다.

한강하구수역에 중국 어선들이 진입하여 조업하는 일이 빈번해지자 ‘유엔사’와 국군은 2016년 6월 이를 단속하였으며 조업 중이던 중국어선 2척을 나포하였다. 그러자 북측은 “정전 이후 지금까지 북과 남의 군사무력이 한 번도 출입하지 않은 곳”이며 이런 지역에 군용선박과 헬기까지 동원하여 작전을 벌이는 것에 대해 비난했다.²¹¹⁾ 그러자 국방부는 중국어선 퇴거작전을 ‘정전협정에 의거해 적법절차에 따라 수행하는 정당한 작전’이라고 대응했다.²¹²⁾

205) UNC Reg 551-4 「한국 정전협정 준수」(2019.5.13.), p.8

206) Richard Baxter, “Constitutional Forms and Some Legal Problems of International Military Command”, *British Yearbook of International Law*, Vol.29, (1952), p.356; 최철영, 「남북간 군사적 합의와 한국정전협정의 효력」, 『성균관법학』Vol.16 No.2, (성균관대학교비교법연구소 2004), p.486

207) 최철영, 「남북간 군사적 합의와 한국정전협정의 효력」, 『성균관법학』Vol.16 No.2, (성균관대학교비교법연구소 2004), p.486

208) UNC Reg 551-4 「한국 정전협정 준수」(1986.4.25), p.가-1

209) 정전협정은 그 성격상 반드시 양자조약으로 보는 견해도 있다. 교전자 수가 많더라도 사실은 양편으로 나뉘어 전쟁을 하기 때문에 양편으로 나뉘어 정전협정을 체결할 수밖에 없기 때문이다. 또한 조약을 일반조약과 특별조약으로 나눈다면 정전협정은 일반적인 국제법규를 창설하는 것이 아니고 특별히 어떤 양자간에만 적용되는 법규를 창설하는 것이기 때문에 특별조약에 속하게 된다. 그리고 조약의 비준여부로 구분할 때는 비준을 하지 않는 약식조약으로 구분한다.(김병렬, 「정전협정과 일반국제법규간의 충돌문제에 관한 일고」, p.1)

210) UNC Reg 551-4 「한국 정전협정 준수」(2019.5.13.), p.2

211) 「북한, 민정경찰 ‘한강하구 작전’에 “군사적 도발” 비난」, 『SBS』 (2016.06.20.)

212) 「군 “한강하구 ‘민정경찰’ 운영은 정당...북 주장은 억지」, 『KBS』 (2016.06.20.)

한국주권행사로서의 중국어선퇴거작전은 더욱 적극적으로 행하는 것이 당연하나 굳이 정전협정을 그 근거로 내세운 것은 논란의 여지를 남긴다. 당시 언론사들의 보도에 첨부된 사진에는 국군선박에 기관총을 거치한 사진이 있는데 이 또한 정전협정위반논란을 피하기 어렵다.²¹³⁾ 또한 ‘유엔사’가 무리하게 『유엔사규정』을 적용하려 했을 때 무슨 일이 벌어지는 가를 보여준 사건이다. 오히려 남북이 소통하여 직접 처리했다면 문제될 게 없는 일이었다.

유엔군사령관은 2014년 11월 26일 자 유엔군사령관 각서 ‘비무장지대 내 인가된 한국 정전협정 예외사항’에 의거하여, 아래 명시된 무기체계의 비무장지대 배치를 인가했다.²¹⁴⁾

* 정전협정과 제4차 군사정전위원회 합의는 비무장지대 화기반입을 금지했다. 1986년판 『유엔사규정 551-4』는 물론 2003년판에서도 비무장지대 민정경찰의 비자동소총 또는 권총휴대 정도만 허가되었고, 총기의 훈련 또는 시험사격도 할 수 없음이 강조되었다.²¹⁵⁾ 사실상으로는 비무장지대에 이미 자동화기가 반입되어 교전에 사용되고 있었지만,²¹⁶⁾ 규정상으로는 이를 인정하지 않고 있었던 것이다. 이는 그만큼 비무장지대 화기반입 문제가 정전협정 준수 및 위반과 관련한 중대 사안임을 방증한다. 『유엔사규정』에 화기반입이 공식화된 것은 2014년 이후이다. 2014년 9월 5일자로 개정된 『유엔사규정 551-4』는 개인화기를 비롯한 다종의 중화기를 비무장지대에 배치하는 것을 허가했고,²¹⁷⁾ 이를 제3조 10항에서 명시했다. 2018년, 2019년 『유엔사규정 551-4』도 동일하다.²¹⁸⁾ 이외 인가되지 않은 무기를 비무장지대에 반입하기 위해서는 ‘유엔사’군정위 비서처를 통해 신청서를 제출하여 검토를 받아야 한다. 비무장지대 내 모든 무기반입에 대한 승인권한은 ‘유엔사령관’에게 있다.²¹⁹⁾ 무기반입에 대한 승인권한이 있다는 것은 정전협정을 위반할 가능성이 있다는 말이기도 하다. 정전협정준수를 가장 중요한 임무로 하는 유엔사가 가장 노골적인 협정위반을 『유엔사규정』에 버젓이 명문화하고 있는 것이다.

『유엔사규정』은 비무장지대 내 화기반입의 명분과 정당성으로 두 가지를 제시한다. 하나는 북측의 중화기배치에 따른 현실적 대응조치이다. “인민군이 비무장지대 내에 배치한 무기체계에 대응해,” ‘유엔사령관’이 인가했다거나,²²⁰⁾ “정전협정 체결 후 인민군은 비무장지대에서 병력을 완전히 철수시키지 않았고, 이에 따라 ‘유엔사’와 한국군은 연합사가 계획된 방어를 효과적으로 실시할 수 있도록 관측과 경보를 제공하기 위해 비무장지대 내에 병력을 주둔시킬 수밖에 없게 되었다.”²²¹⁾고 한다.

다른 하나는 이러한 대응조치가 한국군과의 합의에 따라 이루어졌다는 것이다. 2014년 규정

213) 김국래, 「정전협정 체제의 현황과 한강하구의 지위」, 『인천학연구』Vol.1 No.27, (인천대학교인천학연구원, 2017), p.187

214) UNC Reg 551-4 「한국 정전협정 준수」(2019.5.13.), p.30

215) UNC Reg 551-4, 1986, ‘비무장지대/한강하구 민정경찰-다. 총기사용’; 551-4, 2003, ‘20. 화기의 사용’.

216) 단적인 예를 들면, 1997년 7월 철원 비무장지대에서 인민군은 기관총을 난사했고, 전방경계초소(GP)를 맡고 있는 백골부대 초소원들은 K2소총과 캘리버50 기관총, 57mm 무반동총 등을 사격했다. 「DMZ 총격의 교전 시간대별 상황」, 『동아일보』 1997. 7. 17(네이버뉴스라이브러리).

217) 「北 비무장지대 중화기 반입에 유엔사도 2년 전부터 맞대응」, 『연합뉴스』 2016. 7. 10.

218) UNC Reg 551-4, 2018, ‘3-10. 비무장지대 내 화기’; UNC Reg 551-4, 2019, ‘3-10. 비무장지대 내 화기’.

219) UNC Reg 551-4, 2018, 3-10-c

220) UNC Reg 551-4, 2014, 3-10-b

221) UNC Reg 551-4, 2018, 3-1-a

개정을 전후로 ‘유엔사’와 한국합참 간에 각서가 체결되었다. 사전에 체결된 것이 「한국 정전협정의 현행 예외사항에 대한 대한민국합동참모본부와 유엔군사령관 간의 기록각서」(2014. 7. 17)이며, 규정개정 이후 ‘유엔사령관’의 각서 「비무장지대 내 인가된 한국정전협정예외사항」(2014.11.26)이 한국합참의장에게 보내졌다.²²²⁾ 그러나 이들 각서는 어떠한 법적지위도 갖고 있지 않다. 따라서 위 조항은 『유엔사규정』중 가장 노골적으로 정전협정위반을 선언한 조항이다. 스스로 규정한 관할권자로서의 자격과 능력을 상실했기에 ‘유엔사’관할권전환의 사유가 될 것이다.

그에 반해 국내법령으로 발효된 9.19남북군사합의서 1조는 상대방에 대한 일체의 적대행위를 전면중지하고 평화적 방법으로 협의·해결하며, 무력을 사용하지 않기로 하였다. 그러므로 정전협정의 취지와 일치하는 것은 『유엔사규정』이 아니라 9.19남북군사합의서이다. 더구나 『유엔사규정』은 위반해도 처벌받지 않지만 9.19남북군사합의서는 국내법령이 되었으므로 위반시 처벌된다. 9.19남북군사합의서가 더 실효적인 충돌방지규범인 것이다.

(10) 비무장지대 내 모든 유엔사GP 및 안보견학장으로 운영되는 유엔사OP에 유엔기가 게양되도록 한다.²²³⁾

* ‘유엔사’OP에 유엔기를 게양하는 것을 한국합참의장의 책임사항으로 정하고 있다. 정전협정에는 유엔기게양조항이 없고 『유엔사규정』에만 있다. 한국합참의장이 정전협정도 아닌 ‘유엔사’내부규정인 『유엔사규정』의 지시에 따르고 있는 것이다. 앞서 살핀 바와 같이 ‘유엔사’의 유엔기사용은 유엔깃발법의 위반임이 의심된다. 유엔사무총장은 2020년 11월 유엔기법을 대대적으로 개정했다.²²⁴⁾ 새유엔기법에 의하면 ‘유엔사’가 유엔기를 사용해온 관행은 모두 위법이 된다.²²⁵⁾ 유엔대행기관인 미국정부로부터 지시받는 관계이며 유엔권한 하에 정전협정유지업무를 수행²²⁶⁾한다고 주장해온 ‘유엔사’가 유엔법을 위반하는 것은 모순이 아닐 수 없다.

우리 국민 누구라도 국군이 경계를 서고 있는 수많은 GP나 OP를 ‘유엔사’의 것으로 생각하는 사람은 드물 것이다. 판문점 옆 캠프 올렛초소를 제외하고 미군이 주둔하고 있는 GP나 OP는 전무하다. 그런데도 『유엔사규정』은 한국군GP를 ‘유엔사GP’라 부르고 있다. 비무장지대에 군사시설을 둘 수 없다고 규정했던 정전협정은 차치하고, 『유엔사규정』만 보더라도 비무장지대에는 ‘유엔사’깃발이 있는 GP와 OP뿐만 아니라 GOP(일반전초)도 설치될 수 없다. 하지만 GOP철책의 전진에 따라 사실상 ‘유엔사’관할 밖에 있는 GOP와 그 철책도 비무장지대 안으로 들어가 있는 셈이 되었다. 비무장지대의 무장화는 1950년대부터 지속적으로 진행되어왔지만, 『유엔사규정』이 이를 인정하고 명시한 것은 50여 년이 지난 2000년대 이후이다. GP철책은 물론이고 남방한계선으로 알려진 GOP철책은 이미 북쪽으로 이동해서 비무장지대 내에 위치하지만, 『유엔사규정』에는 철책들의 설치나 관리에 대한 ‘유엔사령관’의 책임과 관련해서는 언급되지 않았다. ‘유엔사령관’의 인가 하에 진행되었을 수밖에 없는 비무장지대 무장화에 대해서는 매우 제한적으로 인정·기술되어온 것이다.²²⁷⁾ ‘유엔사GP’는 정전협정위반이며 거기에 게양된

222) 한모니까, 「‘유엔사 규정’(UNC Reg)과 유엔군사령부의 비무장지대(DMZ) 관리」, 『사회와 역사』 No.125, (한국사회사학회 2020), p.162-163

223) UNC Reg 551-4 「한국 정전협정 준수」(2019.5.13.), p.10

224) ST/SGB/2020/4 (2020.11.20.)

225) 이시우, 「유엔사해체운동의 첫 승리 - 유엔기법 개정」, 『통일뉴스』, (2021.8.16)

226) *UNC and CFC Manual*, (1984.11.7), p.8-1-1

227) 한모니까, 「‘유엔사 규정’(UNC Reg)과 유엔군사령부의 비무장지대(DMZ) 관리」, 『사회와 역사』

유엔기는 유엔기법위반이다. 한국군은 이러한 『유엔사규정』에 협조하고 있다. 그런데 『유엔사규정』은 협조관계가 아닌 지시관계로, 책임사항으로 명시하고 있다. 유엔사는 이로서 한국군과의 관계에 대해서도 잘못을 저지르고 있는 것이다. 2중 3중의 위반이 행해지고 있는 것이다.

이에비해 9.19남북군사합의는 시범적으로 GP를 철거하였고 이는 모든 GP, OP, GOP로 확대될 것이다. 이 조치가 오히려 정전협정취지에 부합된다. 그러면 이 규정이 잘 제시하고 있는 것처럼 GP/OP철거와 함께 유엔기 역시 자동으로 철거될 것이다. 그렇게 되면 ‘유엔사’의 정전협정 위반과 유엔기법 위반을 모두 교정하는 조치가 되는 것이다.

(16) 공동감시소조는 군정위의 조사기구로서 양측의 인원으로 구성되며, 위반이 의심되는 사안들을 조사한다. 인민군의 공동감시소조 불참으로 인해, 유엔사는 특별조사반을 운용하여 독자적으로 조사를 실시하고 있다.

*‘유엔사’의 특별조사반은 공동감시소조가 될 수 없다. 북측의 군정위 탈퇴는 공동감시소조 탈퇴로 이어졌다. 현실적으로 불가피하게 특별조사반을 운영한다 해도 그 불가피성을 인정할 주체인 군정위가 존재하지 않는 상황에서 불가피성을 주장하며 특별조사반 같은 임의조직을 꾸리는 것은 정전협정과 전혀 무관한 조치일 뿐이다.

(15) 「2016년 중감위 정전의무 및 기여확대 재확인」각서에 명시된 중감위의 임무는 다음과 같이 4개의 범주로 분류된다...

(d) 정전협정 제13항 ㄷ목과 ㄹ목에 명시된 정전협정의 ‘정신’에 입각해서 유엔사/주한미군의 전개/활동을 참관한다. 미 육군 사전배치재고물자 및 해병 사전배치부대 시설뿐만 아니라 주한미군 순환 부대들을 방문해 ‘정전협정 정신’의 준수 여부를 참관하고 평가한다.²²⁸⁾

*정전협정 13항의 ㄷ목과 ㄹ목은 한국 밖에서 들어오는 증원군과 무기에 대한 반입금지조항이다. 그런데 『유엔사규정』에 의해 ‘유엔사군정위’가 한미군사연습을 중감위에 참관시키는 것은 정전협정위반을 적발해야할 본래임무 대신 협정위반을 합리화시키는 수단으로서의 임무를 부여한 것이다. 이것이 협정위반여지가 있음을 알기에 정전협정의 ‘정신’이라는 모호한 단어를 사용하고 있다. 이 규정의 7-8항에는 중감위의 가치를 다음과 같이 서술하고 있다.

‘중감위의 참관은 이를 통해 ‘유엔사’의 투명성 및 정전협정의 제반조항을 준수하고 있음을 국제사회에 과시할 수 있는 유엔군사령관의 중요한 자산이다.’

여기에서 중감위의 활용목적이 잘 드러난다. 스웨덴 중감위대표 그렌스타드 소장은 “중감위는 중립국들의 감독기구지만, 사실상 우리는 중립이 아니다”고 했다. “중감위의 임무는 전 세계에 한국군과 한반도에 주둔한 미군의 군사력이 북측에 대한 억제력을 갖는 ‘방어용 군사력’이란 사실을 알리고 있다”²²⁹⁾며 사실상 정전협정이 부여한 역할에서 이탈하였음을 인정하고 있다.

No.125, (한국사회사학회 2020), p.160-161

228) UNC Reg 551-4 「한국 정전협정 준수」(2019.5.13.), p.5

229) 「북한의 정전협정 폐기는 원천적으로 불가능」, 『월간조선』, (2013.06.03)

북측의 정전협정 무력화에 맞서 현실적으로 정전협정을 준수하기 위한 ‘유엔사’의 공약과 노력은 인정될 수밖에 없을 것이다. 그러나 공교롭게도 그러한 노력자체가 정전협정위반이라는 모순에 직면해 있는 것 역시 부정할 수 없다. ‘유엔사’가 관할권자로서의 지위를 더 이상 수행할 수 없는 지경에 처했으므로 한국군에게로 관할권을 전환함이 타당해 보인다.

2) 유엔사규정 밖 주권의 충돌

「한국정전협정준수」라는 부제가 달린 『유엔사규정 551-4』는 역설적으로 ‘유엔사’가 정전협정을 준수하고 있지 않다는 증거문서이며, 나아가 한국헌법 밖에서 한국주권을 침해하고 있다는 증거문서이다. 『유엔사규정』들은 ‘유엔사령관’이 애초 정전협정에 명시된 군사적 목적을 벗어나 정치적·행정적 목적까지 포함하는 통제권을 행사하는 근거가 되었다.²³⁰⁾

본 규정은 대한민국의 영해와 영공을 포함한 대한민국에 있는 모든 병력과 대한민국에 배치될 수 있는 모든 훈련 병력 또는 기타 외국군 병력에 적용된다.

*1983년 「미합참의장의 유엔사령관을 위한 위임사항」은 ‘유엔사로 예측된 모든 부대에 대하여 작전통제권을 행사’한다고 했다. ‘유엔사’는 정전시에만 작동하는 것이 아니라 전시에도 작동된다. ‘전쟁이 재발할 경우 유엔사 및 연합사는 별개의 법적 군사적 체제로 유지하면서 유엔사부대를 운용한다.’ 이 위임사항에 따르면 연합사를 해체하여 전작권을 전환해도 ‘유엔사’를 따로 운용하는 것으로 해석된다. 한국이 의도했던 전작권전환은 무의미해질 수 있다는 의심이 생기는 이유이다. 역으로 미국은 이런 이유 때문에 전작권전환을 눈앞에 둔 시점에 ‘유엔사’재활성화를 시도하는 것이다.

2018년 6월 10일 미 합참은 ‘유엔사’에 한국군에 대한 정전관련 “지시”권한을 하달했다.²³¹⁾ 한국군을 지휘관계에 있는 것으로 묘사한 것이다. 2018년 10월 31일 「전시작전통제권 전환 이후 연합방위지침」에서는 1983년 「유엔사령관을 위한 위임사항」의 기초가 다시 확인되었다.

‘한·미 국방부는 한반도에서 무력분쟁을 예방하는 역할을 수행해 온 유엔군사령부를 지속·유지하고 지원’한다는 것이다.

연합방위지침의 의미는 『유엔사규정 551-4』(2019년판)에서 여전히 ‘유엔사령관’이 한국합참의장에게 지시관계를 명시함으로써 확인되었다. 『유엔사규정』 곳곳에 ‘유엔사령관’에게는 ‘지시

230) 한모니까, 「‘유엔사 규정’(UNC Reg.)과 유엔군사령부의 비무장지대(DMZ) 관리」, 『사회와 역사』 No.125, (한국사회사학회 2020), p.127. 『유엔사규정』을 최초로 학문적 연구대상으로서 주목한 것은 한모니까이다. 이 논문은 2020년 7월 현재까지 『유엔사규정』에 대한 최초이자 마지막 논문이다.

231) 미 합참 유엔사위임사항 및 전략지침 제 5b항. ‘유엔사령관’은 “1953년 체결된 한국 정전협정의 제반조항을 이행한다. 이를 위해 유엔군사령관은 한반도와 그 인접수역에서 작전활동을 하는 모든 미국, 한국 및 유엔사 군 병력이 정전협정을 준수하도록 정전관련 지시를 하달하고 절차를 수립할 권한을 갖는다.(2018.6.10) (『유엔사규정551-4』(2019) p.54인용) 이 문건은 전략지침이 추가되었을 뿐 1983년 문건과 거의 유사한 내용이다.

미 합참 유엔사위임사항: 제3항 b. ‘유엔사령관’은 “정전협정 준수를 보장할 책임을 포함 정전을 유지할 유일한 권한을 갖는다. 이를 위해 유엔군사령관은 한반도와 그 인접수역에서 작전활동을 하는 모든 미국, 대한민국 및 유엔사 군병력이 정전협정을 준수하도록 정전관련 지시를 하달하고 절차를 수립할 권한을 갖는다.”(1983.1.19.)

따라서 ‘유엔사’의 입장이 특별히 바뀐 게 아니라는 것을 확인할 수 있다. 바뀐 점이 있다면 한국 국방부가 드디어 이에 대해 문제제기를 했다는 사실이다.

권한'을 명시하고 한국합참의장에게는 준수의무, 책임이 규정되어 있다.²³²⁾

나의 자유를 포기하고 타인의 자유를 보장해 주는 것은 의무와 책임이다. 의무란 자유의지의 '자기강제'이다. 따라서 나의 자유로부터 유래하지 않은 의무와 책임은 구속이다. 그러나 외적 강제라도 이미 있는 외적인 법규정이 정당하고 합법적이라면 즉, 모든 개인을 규범적으로 구속할 수 있는 상호주관적 보편자유 가능성에 입각하고 있다면 자유이다.²³³⁾ 하지만 『유엔사 규정551-4』가 한국군에 부여하고 있는 의무와 책임은 정당성과 합법성이 의심된다.

더구나 국방부는 '가짜'유엔사'해체국제캠페인'의 질의에 대한 답변에서, 대한민국은 '유엔사 회원국'이 아니며, 한국합참과 '유엔사'는 상호지원 및 협조관계일 뿐임을 분명히 밝히고 있다.²³⁴⁾ 국군은 '유엔사'의 '지시'관계 하에 있지 않음을 확인한 것이다. 그런데 '유엔사'가 한국군에 대한 지시관계를 자신들의 규정에 지속적으로 명시하는 것은 군사주권의 침해를 의심케 한다.

정전협정과 정전협정 후속합의서에 명시된 유엔군사령관의 책임사항은 다음과 같다:

(1) 육해공군의 모든 부대와 인원을 포함한 자신의 통제하에 있는 모든 무력집단이 한국에 있어서의 일체 적대행위를 완전히 중단할 것을 명령하고 또 이를 보장한다(정전협정 제12항).

*이에 의하면 작전통제대상이 모든 부대와 무력집단이다. 이 조항의 기술로만 보면 적대행위 중단을 명령하므로 작전통제권의 행사라기보다는 그 포기를 명시한 것으로 보인다. 그러나 적대행위중단을 명령하지 않으면 적대행위가 실행된다. '유엔사령관'은 정전 이후 중요한 위기였던 푸에블로호사건, 판문점 미루나무 사건등에서 적대행위중단을 명령하지 않았으며, 오히려 적대행위를 명령했다. 명령의 내용이 문제가 아니라 명령-복종관계 자체가 문제인 것이다. 더구나 문제는 그 명령대상이 한국에 존재하는 '모든'군대라는 것이다.

이처럼 『유엔사규정』은 한국의 헌법적 질서와 불화하고 있다. '유엔사'관할권과 한국정부의 관할권이 평화롭게 공존하는 것이 아니라 갈등을 예정하고 있는 것이다. 평화로운 공존이 한국측의 일방적인 인내의 결과라면 지속가능하지 않은 공존이다. 갈등이 예정되어 있다면 충돌로 발전되기 전에 적극적으로 관할권을 전환하는 작업에 착수해야 할 것이다. 그러기 위해서는 기존의 부분적 의제가 아니라 유엔사관할권의 전역사와 구조를 통찰하고 본격적인 준비를 해야 할 것이다. 현재의 한국은 1954년 이승만정부처럼 38선이북의 주권이양과 행정권이

232) 예를들면 다음과 같다. '한국 합참의장은 정전협정 준수 의무에 따라 다음과 같은 책임을 갖는다: (8) 유엔군사령관의 지시권한에 따라 위반행위를 방지하기 위해 유엔사 비무장지대/한강하구 민정경찰에 대한 지도 및 교육을 제공한다.' (『유엔사규정551-4』(2019), p.9)

233) 이정일, 「칸트와 헤겔에 있어서 인륜적 자유; 당위론적 의무와 목적론적 일치의 지평에서」, (서강대학교대학원박사논문 2002), p.95

234) 원문은 다음과 같다. "국방정책에 깊은 관심을 갖고 민원을 신청해주셔서 진심으로 감사합니다. 귀하께서 신청하여 주신 유엔사관련 민원에 대하여 다음과 같이 답변 드리겠습니다. 대한민국은 6.25전쟁의 당사국으로서 '유엔사회원국'이 아닙니다. 또한 대한민국합동참모본부와 유엔군사령부는 상호지원 및 협조관계로서 정전협정의 충실한 이행을 통해 한반도의 군사적 긴장완화와 전쟁재발방지를 위해 적극 노력하고 있습니다. 마지막으로 합참 교전규칙과 '유엔사' 정전교전규칙 관련내용은 군사비밀로서 답변이 제한됨을 양해바랍니다. 소중한 민원에 다시 한 번 감사를 드리며 본 민원 답변내용에 대해 추가 문의사항이 있으실 경우 국방부 대북정책관실북한정책과에 전화주시면 친절히 안내드리겠습니다. 귀댁에 건강과 행복이 가득하시길 기원합니다. 감사합니다. 끝" (가짜'유엔사'해체국제캠페인의 질의에 대한 국방부 답변서 2021.8)

양 사이에서 10만달러 차관을 놓고 저울질해야하는 나라가 아니다. 우리가 필요한 시점에 필요한 장소에서 비정상을 정상으로 바로 잡을 수 있는 나라이다.

3) 9.19남북군사합의서의 전면화

‘유엔사’관할권전환의 결정적인 조치는 9.19남북군사합의서의 전면적 실행이다. 2018년 이후 ‘유엔사’관할권과 한국군관할권의 공존상태는 ‘유엔사’재활성화의 기세에 밀려 기울어진 측면이 있었다. 비무장지대출입에 대한 우리의 요구가 허가제에서 신고제로의 전환같은 최소 요구였음에도 ‘유엔사’의 협조는 기대할 수 없었다. 배려와 협조관계가 담판과 결단관계로 변해야 한다면 위에서 고찰한 전면적이고 근본적인 의제설정과 9.19남북군사합의서를 경전처럼 내세운 실천을 준비해야 할 것이다.

비무장지대법, 한강하구공용수역법, 서해5도평화수역법등 이행법률을 제정하고 비무장지대평화이용위원회, 공용수역관리위원회, 평화수역관리위원회등을 창설한 뒤 모든 사업계획서를 책상위에 놓고 이들 세 구역의 관할권을 인수할 충분한 준비가 되어 있음을 증명하고 ‘유엔사령관’으로부터 관할권전환협상을 해야할 것이다. 1954년 38선이북지역의 ‘유엔사’군정은 귀향 인구가 증가함에 따라 토지등기, 교육, 우편, 관개, 납세 등 군사와 관계없는 복잡한 행정처리와 비용문제를 감당해야 할 상황에 직면해야했다. 이는 ‘유엔사령관’으로 하여금 한국으로의 행정권이양을 결심하게 한 요인 중 하나가 되었다.²³⁵⁾ 현재 ‘유엔사령부’는 당시와 비교할 수 없을 정도의 적은 인원으로 운영하고 있다. 따라서 지방정부는 ‘유엔사’업무를 압도하는 민원 수요의 실상을 알리고, 이를 바탕으로 중앙정부는 일부지역부터 관할권전환을 위한 협상을 시작해야 할 것이다.

Ⅲ. 서해·한강하구·비무장지대의 주권

(1) 평화구역 남북공동 행정권의 수립

9.19남북군사합의서가 정하고 있는 비무장지대의 평화지대, 한강하구의 남북공동이용수역, 서해의 평화수역을 통칭하여 앞으로 이 글에서는 ‘평화구역’이라 하고자 한다. 비무장지대 내 평화지대의 위치를 사천강이 임진강에 합수되는 파주시 장단면에 설치하면 경의선과 한강하구를 모두 포함하게 되고 평화지대-남북공용수역-평화수역이 하나의 구역으로 시야에 들어올 것이다. 1차 평화지대 위치가 장단면이 아니라도 언젠가는 비무장지대 전체가 평화지대가 될 것으로 가정하기에 ‘유엔사’관할권 전환 전까지는 세 구역을 구별하는 게 좋지만 남북이 공동관할권을 행사하는 단계에 진입하면 통합관할권의 안목이 유리할 것이다.

평화지대와 한강하구공용수역에 대한 ‘유엔사’관할권이 한국측으로 전환되면 비로소 남북은 각자의 주권에 입각하여 공동관할권을 수립하기 위한 초기단계에 돌입할 수 있게 된다. 평화협정체결·유엔사해체가 이루어진다면 이 과정은 더 가속화될 것이다. 그러나 그렇게 되지 않은 상황이라 해도 초기단계의 돌입은 가능해진다. 9.19남북군사합의서에서 한걸음 더 나아가 평화구역의 행정에 대한 새로운 남북합의서가 체결되고, 관리기구로 남북공동행정관리위원회를 설립하여 행정권을 위임할 것이다.

6.15선언에서 언급한 남북연합과 남북연방 중 첫 단계는 남북연합에 해당하는 체계가 된다.

235) 「제9차 유엔총회(1954.12.11)에 제출한 언커크의 보고서」 1954.8.17 「칼호운(John A. Calhoun, 주한미대사관 제1서기관)→게일라드」 1954.8.2

남북의 평화교류협력이 강화되지만 여전히 두 국가체계가 유지되는 것이다. 남북이 처음으로 시도하는 공동관할권행사이므로 법철학적 원리부터 실제까지 체계적으로 검토해 보기로 하자.

1) 법철학과 법경제학의 원리

로마법 이래 칸트까지의 법은 인권과 물권을 구분하였다. 그러나 헤겔에 의해 인격성만이 물건에 권리를 부여하는 것이며, 그래서 물권은 곧 인권²³⁶⁾임이 해명되었다. 그리고 켈젠 등을 거쳐 현대법철학에서 이는 다수설이 되었다. 물권이 물건을 매개로 다수의 인간과 관계하는 권리이기에, 인권이 양자간 인격권이라면 물권은 다수간 인격권이다. 따라서 육지와 강과 바다로 구분되는 평화지대, 한강하구공용수역, 서해평화수역에 대한 권리는 물권이 아니라 이들 대상과 관계하는 다수의 인격권이다.

풍차를 통하여 바람의 흐름을 사용하는 사람이 바람결을 점유하는 것은 아니다. 배를 통하여 강물의 흐름을 사용하는 사람이 물결을 점유하는 것은 아니다. 그러나 밭고랑에 채소를 심어 땅을 사용하는 사람은 땅을 점유한다. 육체적인 점유형태는 바람과 물과 땅, 즉 대상의 특성에 의존한다.

물건을 점유하는 경우 그 궁극의 의미는 내가 나의 의지와 노동을 그 물건 안에 넣어두었다는 표지이며, 이는 타인으로부터의 권리침해를 배제하기 위한 것이다. 표지는 물건을 있는 그대로가 아니라 그것이 의미하는 바의 것으로서 인정하는 것이다. 예컨대 프랑크혁명시대에 모자에 붙인 리본은 설사 그 빛깔이 국민과 어떠한 연관도 없다하더라도 어떤 국가에 있어서의 시민의 자격을 의미하고 그 빛깔 자체가 아니라 국민을 가리키는 것이다. 인간이 모든 것에 표지를 부여하고 이에 따라 물건을 획득할 수 있다는 점에서 표지는 물건에 대한 지배권이다.²³⁷⁾ 육체적 점유는 대상의 특성에 의존하지만 표지에 의한 점유는 더 이상 대상의 특성에 의존하지 않는다.

육지의 경우 국가의 물리적 점유가 우선적인 영유권인정의 근거가 되지만 해양의 경우 물리력이 아닌 법적절차를 통한 권한행사에 의하여 영유권이 인정된다. 거주민이 희소하거나 거주불가능한 환경을 가지고 있는 영토와 섬의 경우, 그리고 크기가 매우 작거나 간출지의²³⁸⁾ 자연조건을 가지고 있어 국가의 영역표시가 어려운 암초²³⁹⁾나 갯벌 등의 경우에는 현실적인 의미에서 점유가 어려울 것이므로 이때에는 해양에 대한 주권배분의 개념체계가 원용되어 표지에 의한 점유행위, 예컨대 지도상의 표시나 공문서예의 기록 등으로 점유의 사실을 표시하고 이에 근거하여 해당 영토에 대한 법적권한을 행사하게 된다.²⁴⁰⁾ 그러나 물권이 곧 인권인 것

236) 헤겔, 이동춘 역, 『법의 철학』(전편), (서울: 박영사, 1983 중판), p.137

237) 헤겔, 이동춘 역, 『법의 철학』(전편), (서울: 박영사, 1983 중판), p.165

238) 제3차 UN해양법 협약 제13조는 간조 시에 수면에 둘러싸여 수면 위에 있으나, 만조 시 잠수하는 자연적으로 형성된 육지지역으로 정의하고 있다.

239) 국제수로국(International Hydrographic Bureau:IHB)은 면적크기의 수치를 기준으로 암석도(rock)를 매우 작은 섬(islets), 작은 섬(isles), 섬(islands) 보다 작은 규모로 정의하고 있다. Phil Haas, "Status and Sovereignty of the Liancourt Rocks: The Dispute between Japan and Korea," *Gonzaga Journal of International Law*, 2011-2012, vol. 15, p.4.

240) 국가 권능의 행사는 점유대상 영역의 다양한 형태에 따라 다르게 수준에서 행사될 수 있다. 따라서 사람이 거주하지 않는 영역의 경우 최소한의 국가 권능행사도 충분한 주권의 행사로 인정될 수 있다. Legal Status of Eastern Greenland (Den v. Nor.), 1933 *P.C.I.J.* Ser. A/B No. 43, pp. 50-51. Advisory Opinion on the Status of Western Sahara, 1975 *ICJ* 12, p. 43.

과 마찬가지로 대상에 대한 영유권(dominium)은 그 대상을 소유한 사람에 의한 지배권(imperium)이다.²⁴¹⁾ 따라서 개인은 물결을 물질적으로 점유할 수 없지만 국가는 주권에 입각한 법인으로서 표지를 통해 강물에 대한 지배권을 주장할 수 있다.

사람이 풍차를 통하여 바람결을 사용함으로써 바람은 풍차를 돌리는 바람결이 된다. 사람이 배를 통하여 물결을 사용함으로써 물은 배를 띄우는 물결이 된다. 사람이 경작을 통해 흙을 이용함으로써 흙은 경지가 된다. 사용을 통해 물건은 본래의 특성이 부정된다. 대신 사람의 의지와 노동은 사용속에서도 보존된다. 표지에 의한 점유는 대상의 특성에 의존하지 않았지만, 이제 사용은 대상의 특성을 부정하고 사람의 지배권을 좀 더 보편화한다.

그러나 풍차가 차지하는 면적만큼의 바람은 한 사람이 사용할 때는 다른 사람이 사용할 수 없고, 배가 차지하는 면적만큼의 수류는 한사람이 사용하는 동안은 다른 사람이 사용할 수 없다. 따라서 사용도 시간과 공간의 물리적 제약에서 완전히 자유롭지 못하다.

따라서 동시에 다수의 선박이 물결을 이용하게 되면 희소성을 갖게 된다. 경관이나 조망 역시 누군가 점유할 수 없지만, 한정된 공간에서 수많은 사람이 조망하려면 제약을 받게 되고 희소성을 갖게 된다. 이러한 이유 때문에 사람의 지배권은 다시 물건의 문제처럼 나타난다. 희소한 자원의 효율적 배분이라는 자유주의경제학의 근본적인 문제 상황이 발생하게 된다.

그러나 이는 대상자체의 문제가 아니라 사람간 지배권의 문제이다. 희소한 조망이라는 이익을 어느 당사자에게 배분할 것인가 결정하는 문제는, 궁극적으로 조망의 권리를 주장하는 당사자를 국가가 어느 정도 법적으로 보호를 해주어야 하는지의 문제와 일맥상통한다고 할 수 있다. 권리를 주장하는 자에 대한 법적보호가 강할수록 다른 상대방의 권리를 인정하지 않는 것과 같고, 반대로 법적보호가 약할수록 다른 상대방에게 권리를 배분하는 것과 동일한 결과를 낳기 때문이다. 이른바 권리의 상호성문제가 발생한다.²⁴²⁾

법경제학에서는 권리의 배분과 관련하여 재산권규칙과 책임규칙이 제기된다.

자발적인 거래를 통해 물건을 산다면 상대방의 권리는 나에게로 이전됨과 동시에 소멸되고 내가 산 권리는 재산권규칙으로 보장된다. 이는 국가간섭이 최소화되는 권리형태이다. 재산권규칙은 권리보유자에게, 권리가 그에게 부여한 보호수준을 타인이 낮출 수 없게 함으로써 권리를 보호한다.²⁴³⁾

만약 당사자들이 권리를 교환할 때 야기되는 거래비용이 크다면, 재산권규칙은 비효율적이 되기 쉽다. 이때 권리보호는 물론이고 권리의전 또는 침해가 당사자들 자신이 아니라 국가에 의해서 결정된 가치에 근거해서 이루어지도록 하는 것이 책임규칙(liability rules)이다.²⁴⁴⁾

241) 소유권을 일컫는 라틴어는 'dominium'인데, 여기에는 Eigentumsrecht, droit de propriete와 달리 '권리'라는 뜻이 들어 있지 않다. 단지 '지배', '주인'의 뜻만 가진다.

242) 김대근, 「권리에 대한 법경제학적 분석의 의의와 한계」, (고려대학교대학원법학과박사논문, 2009), p.99

243) 캘러브레시와 멜러메드에 따르면 이러한 유형의 권리보호를 재산권규칙(property rules)이라고 한다. Coleman & Kraus, "Rethinking the Theory of Legal Rights", *The Yale Law Journal*, Vol. 95, No. 7, 1986, p.1336 참조.; 김대근, 「권리에 대한 법경제학적 분석의 의의와 한계」, (고려대학교 대학원법학과박사논문, 2009), p.81

244) Calabresi & Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, Vol. 85, No. 6, 1972, p.1092.; 김대근, 「권리에 대한 법경제학적 분석의 의의와 한계」, (고려대학교대학원법학과박사논문, 2009), p.83

2) 정책

재산권규칙은 극단적인 사유화제도로, 책임규칙은 극단적인 중앙집권제도로 나타날 수 있다. 그러나 재산권자체는 국가의 법률에 의해 보장된다는 점에서 국가의 간섭이 없는 규칙은 아니다. 재산권이 인정되는 경쟁적시장도 공적인 제도에 의해서만 존속될 수 있다. 한편 개인의 협조와 합의없는 중앙집권제도는 정책비용의 증가와 시민불복종에 의해 전복될 위험에 처한다. 정책은 두 규칙의 구분보다 조화로운 통합이 중요해진다.

한강하구 공용수역과 서해평화수역 같은 공유자원에 예외없이 적용되는 것은 하딘의 ‘공유지의 비극’이론이었다.²⁴⁵⁾ 이에 맞서 엘리너 오스트롬의 공유지극복이론이 제시하는 터키 알라니아 어장 사례는 우리에게 많은 시사를 준다. 1970년대 초, 이 어장은 무절제한 이용으로 인한 적대감과 폭력적 갈등, 과도한 경쟁으로 인한 조업비용증가로 공유지비극의 전형적인 사례였다. 그러나 1970년대 10년 동안 지역조합원들은 현지어민들에게 조업구역을 배정하는 새로운 운영규칙을 실험하여 안착시켰다. 이 체계는 조업위치간의 간격을 충분히 설정하여 각 조업위치에서의 산출량을 최적화하였다. 이 체계하에서는 조업위치를 물색하고 차지하기 위한 싸움에 자원이 낭비되는 일이 없어 과잉조업이 발생하지 않았다. 이 체계는 중앙집권화제도는 아니었지만 국가의 법률이 지역조합에 지역문제를 다룰 관할권을 부여하고 조합간부들은 이런 법령을 근거로 어민들이 자체적으로 규칙을 만드는 과정에서 조력자역할을 정당화할 수 있었다. 지방관리들이 매년 어부들이 서명한 합의문을 제출받는 것도 정당성을 높이는 것이었다. 하지만 실제적인 감시활동과 규칙집행활동은 어부들에게 맡겨졌다.²⁴⁶⁾

당사자들이 자율적으로 책임규칙을 만들 수 있고, 더 잘 만들 수 있다는 것이 공유지 비극을 극복할 수 있는 대안의 핵심이다. 그러나 여기서 눈여겨봐야 할 것은 이러한 법규칙을 만들 수 있도록 국가가 법률로 관할권을 위임했다는 것이다.

남북관계가 언제 돌변할지 모르는 상황에서 남측과 북측의 국민이 따로 만나 거래관계를 갖는 것은 매우 위험하고 거래비용이 큰 방법이다. 차라리 남북정부가 합의한 법과 제도하에서 안전하게 거래하는 것이 훨씬 효율적이다. 책임규칙만이 가능하고 재산권규칙은 폐기되는 상황인 것이다. 이런 상황에서 둘 중 어느 규칙을 채택하느냐는 문제가 되지 않는다. 대신 책임규칙과 재산권규칙을 누가 어떻게 정교하게 배합하고 현실화시키느냐가 문제이다.

한강하구유역²⁴⁷⁾과 서해5도 해역에 있어 공통된 관심은 보존과 이용인데 이용은 크게 항행과

245) ‘바로 여기에 비극이 있다. 목동들은 제한된 목초지에 가축을 무제한으로 증대시키지 않을 수 없는 시스템 속에 갇혀 있다. 공유지는 누구나 자유롭게 사용할 수 있다고 믿고 각자 자신의 이익만 추구하여 모두가 파국을 향해 달린다.’ G. Hardin, "Tragedy of the Commons", *Science* 162, 1968, p.1244

246) Elinor Ostrom, *Governing the Commons*, (Cambridge University Press, 1990)/윤홍근·안도경 역, 『공유의 비극을 넘어』, (RH Korea, 2010), pp.49-52참조. 한국도 꽤 상세한 규정들이 마련되어 있다. 예로 분쟁조정을 위해 해수부훈령으로 「동서해역별 어업조정위원회설치 및 운영 등에 관한 규정」이 있다. 위원회에 어민대표가 참여하지만 공무원, 전문가, 당사자 중 일부로서만 비중을 갖는다.

247) 「매콩협약」 등에서는 하천(watercourse)대신 유역(basin)이란 개념을 채택하고 있다. 그리고 하천의 정의도 일정한 물길을 형성하여 보통 같은 종착점으로 흐르는 물리적 관계에 의해 구성된 지표수와 지하수로 이루어진 유수의 계통이라고 한다. 즉 지표수와 지하수를 별개의 것이 아닌 하나의 통합된 것으로 이해하는 것이다. 이로서 담수관리에 있어 전체적·복합적 접근방식을 취하고 있는 것이다. 이

어로로 구분된다. 보존은 재산권규칙보다 책임규칙이 가장 적극적으로 작동하는 영역이며 항행은 몇 개 안되는 항행회사에 대한 재산권규칙의 배합이 요구되는 영역이며, 어로는 재산권규칙이 가장 많이 적용되는 영역이라 할 수 있다.

보존이 국가정책의존도가 큰 것은 사실이나 지역민들의 높은 환경의식과 적극적 실천의 협조가 없으면 성공하기 힘들다. 항행은 선적 공간을, 어로는 면적 공간을 대상으로 하기에 항행이 어로에 비해 비교적 규칙을 합의하기에 쉬운 영역이다.

그러나 한강하구어업권, 즉 하천법상 하천사용권은 법에 의한 새로운 권리의 창출이 요구된다. 사전동의에 의한 재산권규칙을 적용할 수도 있고 사후배상에 의한 책임규칙을 적용할 수도 있다. 전자의 경우 남북어선간의 협약과 규칙의 제정에 의해, 후자의 경우 남북정부의 배상책임과 법적관할권에 의해 성립된다. 당장은 각 정부책임하에 공동행정관리위원회를 꾸리는 것이 1차적 합의사항이 될 것이다.

그러나 이 단계는 평화구역에서 모든 관할권을 행사할 수 있는 상황이 아니라 남북정부로부터 행정권만을 위임받은 상황이기에 사법권이나 입법권의 부재로 발생하는 치명적인 제약이 존재한다.

3) 연합단계 행정권의 한계

공유재관리만 해도 경제에 국한된 의제이다. 그러나 경제활동자체가 사람의 활동이기에 활동의 증가와 함께 부수적인 의제가 발생·발전하지 않을 수 없다.

개성공단은 북측영토에서 남측이 행정권을 위임받아 관리하는 지역이었다. 개성공단에서 범법자가 발생했을 때 북측이 할 수 있는 조치는 경고, 벌금부과, 임시체포이며 최종적으로는 추방하는 것이다. '유엔사'가 행정권을 주장하며 관리하는 대성동도 그 점에서는 공통적이다. 물론 북은 북측법률에 의해 남북합의서 관할 밖에서 처벌 할 수 있다. '유엔사'는 법적지위가 없기에 추방, 즉 거주·체류권의 배제이외에 방법이 없다.

이처럼 행정권만을 위임받은 상태에서의 관리는 한계에 직면한다. 개성공단이 북측정부만 행정권을 위임한 구역이라면 평화구역은 남북정부가 모두 행정권을 위임한 구역이란 점에서 차이가 난다. 남북연합단계에서는 양 정부의 행정권위임만이 예상되므로 행정권을 위임받은 남북공동관리위원회의 사법권행사가 제약된다. 따라서 이 단계에서는 범죄발생이 최소화되도록 예방하는 것이 무엇보다 관건이라 할 수 있다.

따라서 공유지관리이론은 다시 중요해진다. 평화구역에 출입·체류·거주하는 남북민간인들의 신뢰를 발전시키고 그에 기초한 합리적 규칙을 만들 수 있다. 예를들면 남북어민에게 양 정부가 조업규칙제정권을 부여하고 자발적으로 규칙을 집행하도록 하여 규칙위반을 예방할 수 있다. 남북연합단계에서 남북민간관리위원회의 성공이야말로 관건적이라 할 수 있다. 오스트롬이 제시한 공유지관리이론은 그 장점에도 불구하고 행정권위임이란 한계 내에서의 재량이므로 행정권영역을 넘어서는 사법의 문제가 발생했을 때에 답을 찾기 어렵다는 난점이 있다.

평화구역 남북공동관리위원회가 위임받은 행정권내에서 법질서유지를 강화하려면 다음과 같은 제도적 대안을 준비해야 할 것이다. 다음은 개성공단관리과정에서 이효원교수에 의해 제시된 대안²⁴⁸⁾을 평화구역의 상황에 응용한 것이다.

준표, 「국제공유하천으로서의 메콩강에 관한 법적 고찰-메콩협약과 UNWC의 비교를 중심으로」, 『東南亞研究』Vol.26 No.3, (한국외국어대학교 동남아연구소 2017), p.110

248) 이효원, 「개성공단의 법질서 확보방안」, 『저스티스』No.124, (한국법학원 2011), p.375 참조

첫째, 법질서유지권한을 남북공동관리위원회에 부여하는 것이다. 관리위원회가 평화구역에서 발생하는 법질서행위를 통일적으로 규율할 수 있도록 ‘법질서유지대’를 조직하여 운영하도록 해야 할 것이다. 아직 수사권·기소권을 가진 경찰이나 검찰을 설립할 수는 없기에 행정권의 범위 안에서 준사법기관을 합의하는 것이 최선이다. 단지 무질서행위를 제압하고 1차적 사실 관계를 조사하여 그에 상응하는 경고나 벌금부과 정도의 처분을 할 수 있다. 형사사법권행사를 위해서는 남측 또는 북측당국으로 법질서위반자를 추방하거나 인계하는 것이 조치의 최선이다.

둘째, 관리위원회산하의 ‘법질서유지대’가 아닌 별도의 독립된 ‘법질서유지대’를 양 정부의 위임으로 신설할 수 있을 것이다. 이는 권한을 위임하는 양 정부로서는 큰 결단이다. 남북공동관리위원장은 남측의 통일부장관과 북측의 조평통위원장이 될 가능성이 많은데 ‘법질서유지대’를 그에 상응하는 위상으로 구성해야 할 것이기 때문이다. 그렇게 되면 관리위원회와 ‘법질서유지대’ 두 개의 권력기관이 공존·경쟁하는 셈이 된다. 그래도 상호견제기능의 측면에선 장점이 있다. 관리위원회처럼 ‘법질서유지대’도 ‘민간법질서유지대’가 자체규칙을 제정하고 자율 감시하도록 운영능력을 갖추어 나가는 것이 성패의 관건이 될 것이다.

셋째, ‘법질서유지대’가 법질서위반행위를 규율하는 규칙을 마련함에 있어서는 ‘민간법질서유지대’의 자체규칙제정범위를 넓혀갈 수 있도록 ‘법질서유지대장’이 권한을 위임하는 것과 더불어 평화구역내 다른 법령체계와 정합성을 유지하도록 해야한다. 즉, 인적으로는 평화구역에 출입·체류·거주하는 모든 사람에게 적용되도록 하고, 장소적으로는 관리위원회의 행정권한이 미치는 평화구역에 국한되도록 하는 한편, 시간적으로는 질서유지권을 규율하는 규정이 발효되는 시점부터 적용되도록 하여야 할 것이다.

넷째, ‘법질서유지대’는 법질서위반행위에 대하여 최종적인 처분권을 행사할 수는 없으므로 법질서위반행위가 경고·벌칙금 등 행정질서벌에 해당하는 경우에는 관리위원회가 최종적으로 처분하여야 할 것이다. 이에 반하여, 무질서행위가 행정질서벌의 단계를 넘어서 형사사법권의 대상이 되는 경우에는 이북주민은 북한당국으로 인도하고, 한국주민은 이남으로 추방하는 것이 적절하다고 판단된다.

다섯째, ‘법질서유지대’와 관리위원회가 법질서위반행위에 대하여 구체적인 처리절차를 마련할 필요가 있다. 적법절차의 원리를 준수함으로써 그 처리의 객관성과 공정성을 담보할 수 있도록 해야하며 법질서위반행위를 일정한 기준에 따라 유형화하여 그 처리절차를 제시하여야 할 것이다.

여섯째, ‘법질서유지대’의 질서유지원칙은 처벌이 아닌 예방에 있으므로 남북주민이 지켜야 할 법질서 준수사항을 유형화하여, 이를 교육하고 내면화하도록 하는 것이 필요하다.

남북연합단계에서 평화구역은 남북헌법과 법률의 위임에 의해서만 존재하는 긴 체제이다. 처음엔 제3의 긴 체제로 나타나는 평화구역이 남북의 헌법체제를 가능하게 하는 척도와 기준으로 전환될 수 있다. 마치 두 상품의 교환을 가능하게 하는 공통척도로서의 노동이 제3자로서 발견되지만, 결국 두 상품의 가치교환을 가능하게 하는 원천이 노동이었음을 깨닫게 되는 것과 같다.²⁴⁹⁾

켈젠으로 대표되는 법실증주의의 입장에서면 조례는 명령에 근거해야 하고, 명령은 법률에 근거해야하며, 법률은 헌법에 근거해야 한다.²⁵⁰⁾ 법체계 밖에서 법은 어떤 정당성도 합법성도

249) 칼 마르크스, 김수행 역, 『자본론』1(상), (서울, 비봉, 1999 개역11쇄), p.46

250) 켈젠은 근본규범을 의무부과적인 것으로 공식화한다. “... 근본규범은 ... 다음과 같이 공식화되어야

찾을 수 없다.

지금까지 필자는 법실증주의에 최대한 충실하며 유엔헌장과 헌법과 법률을 분석해왔다. 그러나 헌법을 만들어야 하는 역사적 순간이 왔을 때 법실증주의는 힘을 잃는다. 헌법을 만들기 위해 헌법에 근거해야 한다는 동어반복의 논리에 빠지고 말기 때문이다. 헌법을 제정하는 주체는 헌법밖에 있는 주권인민이다. 주권인민이 새로운 통일헌법을 어떻게 만드는가가 증명되어야 한다. 그렇지 않으면 평화구역에서 봉착하게 되는 모순의 해결방법을 잃게 된다.

(2) 평화구역 남북공동 입법권의 수립

남북정부의 행정권위임에 의해서만 운영되는 평화구역은 사법권수립의 요구에 직면하게 되고 이는 관할권을 사법에까지 확대할 수밖에 없는 상황에 봉착함을 보았다.

지금까지 연방에 대한 공식은 대체로 외교와 국방의 통합이다. 국방통합의 경우 국군과 인민군이 공동의 적을 설정하고 공동의 교리와 작전계획에 따라 군사연습을 하며 지휘의 통일을 이루는 연방군이 되어야 한다. 그리고 연방대통령이 지방군인 인민군이나 국군의 관할권을 연방군으로 변경하도록 명령했을 때 연방군에 편입되어 지휘를 받아야 한다.

이것이 이루어진 뒤 평화구역에 대해서 통일헌법과 법률이 적용되도록 할 것인가? 반대로 평화구역에서 작은 연방을 실험하고 통일헌법을 만들 수 있는 공통의 법규범을 발전시켜나가며 그러한 상호신뢰와 자신감으로 큰 연방을 성립시킬 것인가?

만약 후자의 길을 택한다면 행정권만 위임된 평화구역의 관할권을 헌법이 없는 상태에서 사법과 입법으로 확대시킬 수 있는가가 고민되어야 한다. 법실증주의는 양 정부의 헌법조약에 의해 통일헌법이 창설되는 것을 전제하지 않으면 어떤 법률과 규칙도 효력을 갖지 못하는 약점이 있다. 그렇기에 사소한 규칙에서 행정명령으로, 명령에서 법률로, 법률에서 헌법으로 발전하는 과정은 자연법론을 적용하는 것이 현실적이다. 자연법론 중에서도 법 실체보다 법 과정론에 주목한 풀러의 견해를 먼저 검토해 보자.

1) 자연법론의 장점

궁극적인 목적에 대한 인식이 없더라도 바람직한 목표만으로 수단을 결정하는 것은 가능하다. 또 수단에 대한 고려가 목적을 명확히 하는 데 이바지하기도 한다. 목적과 수단은 상호작용하기 때문이다.²⁵¹⁾

낮선 부엌에서 갑작스럽게 음식을 만들어야 하는 요리사를 상상해보자. 요리사가 아주 맛있는 음식을 만들려고 할 때, 최상의 맛이 어떤 것인지 고민하기보다는 대강 이러저러한 맛과 모양을 가진 음식을 상상하면서 현재 있는 재료와 조리도구를 확인할 것이다. 그렇게 가용한 재료와 도구의 범위가 정해진다면 요리사가 처음 상상했던 음식의 맛과 모양은 더욱 명확해질 것이다. 이 단계에서 비로소 요리사는 더욱 명확해진 맛과 모양을 염두에 두고 필요한 재료와 조리도구를 선택하게 된다.²⁵²⁾ 수단과 목적의 상호작용적 관계를 적용해 본다면 비록 궁극적 근본규범인 헌법이 없어도 상황에 맞는 법질서를 만들어 갈 수 있다.

관습법, 계약법이 그런 경우에 해당한다. 풀러에 의하면 관습은 특정한 행위의 반복인데, 의무감과 결합한 관습은 관습법이 된다.²⁵³⁾

한다. 즉, 강제적인 행위들은 역사상 최초의 헌법과 그 헌법에 따라 창설된 규범들이 규정하는 조건들과 방식대로 수행되어야만 한다. 간략하게 말하자면, 헌법이 규정하는 대로 행하여야만 한다” H.

Kelsen, *The Pure Theory of Law*, 2nd ed. (Berkeley: 1967), pp.200-201참조

251) 강태경, 「론 L. 풀러의 유노믹스」, 『법철학연구』20(1), (2017), p.73

252) 강태경, 「론 L. 풀러의 유노믹스」, 『법철학연구』20(1), (2017), p.74

또한 계약법은 '계약 그 자체에 의해 존재하게 된 법'이다. 즉 계약에 의해 당사자 간에 형성된 권리·의무 관계를 의미한다.²⁵⁴⁾ 이처럼 '법'이라는 개념에는 국가법뿐만 아니라 조합, 클럽, 교회, 대학 등에서 발견되는 '법과 유사한(law-like)' 구조와 기능을 가지는 체계들이 포함된다. 중세에 교회법이 국법과 국제법의 발전에 결정적인 영향을 미친 사례가 있다.

우리가 이러한 개념을 수용한다면 비록 남북정부에 의해 행정권만 위임받은 평화구역에서도 법과 유사한 법체계를 만드는 것이 가능하다. 이같은 점에서 평화구역남북관리위원회의 다양한 분과와 조직에서 만들어지는 규범은 향후 연방헌법을 만드는 중요한 법규범의 토대가 될 수 있을 것이다. 법의 본질을 강제, 특히 국가권력에 의한 강제규범으로 규정하면 도덕은 비강제규범이란 점에서 구분된다. 그러나 법과정의 상호작용론을 적용하면 법-도덕, 강제-비강제로 양분되는 구별의 문제가 아니라 강제와 비강제사이의 정도의 문제로 유연화, 단계화시킬 수 있는 장점이 있다.

그러나 풀러의 자연법철학의 장점을 수용하더라도 여전히 풀러에겐 결정적인 논리적 허점이 존재한다. 그가 말한 의무와 계약에 대해 살펴보자.

첫째, 행복감·만족감이 자의에 기반한 감정이라면, 의무감·책임감은 자유에 기반한 감정이다. 자의가 외부요인의 지배를 받는다면, 자유는 자기지배적 보편성이다. 외부요인의 지배를 받는 자의가 유한하다면, 자기지배의 자유는 무한하다. 의무감은 자유의 현상형태이다. 같은 의무라도 도덕차원에서는 양심으로 나타난다.²⁵⁵⁾ 국법이라 하더라도 양심에까지 그 힘을 미칠 수는 없다. 따라서 풀러의 주장처럼 도덕은 법을 떠받치는 중요한 기반이지만 그렇다고 해서 도덕이 곧 법은 아니다.

둘째, 계약에 의해 구현되는 쌍방의 동일의지는 단순한 공통의지일 뿐 보편의지는 아니다. 자유주의철학자 제레미 머피(Jeremy Murphy)는 수영장에 빠진 남의 아이를 구할 의무에 대해 수영장관리인이라면 입장료를 받았기에 계약관계가 성립되어 의무가 있지만, 같은 입장객이라면 계약관계가 없으므로 구할 의무가 없다고 한다.²⁵⁶⁾

우물에 빠지기 직전에 있는 아이를 구하려는 맹자의 측은지심은 사람이면 누구나 느끼는 보편적 의무감의 발현으로 해석된다. 거의 같은 상황에 대한 설명에서 머피와 맹자의 철학은 확연히 갈라진다. 머피의 계약주의가 자의에 의한 공통의지라면, 맹자의 측은지심은 자유에 의한 보편의지라고 할 수 있다.

헤겔도 국가설립에 대한 계약주의적 설명에 반대한다. 인간은 태어날 때부터 국가의 공민에 속해있으므로 국가로부터 자신을 분리하는 것은 개인의 자의로서는 불가능하다. 국가의 일원이 된다는가 또는 국가를 이탈한다는가에 대한 허가를 주는 것도 국가이다. 그러므로 국가는 자의에 의한 계약으로 성립될 수 없다는 것이다.²⁵⁷⁾ 만약 국가를 전복하고 새로운 국가를 세

253) 참고로 대법원은 관습법에 관하여 “관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말하고, 그러한 관습법은 바로 법원(法源)으로서 법령과 같은 효력을 가져 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것인바, 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위하여는 그 사회생활규범은 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야 [한다.]”라고 한다(대법원 2003.7.24. 선고 2001다48781, 전원합의체 판결).

254) 강태경, 「론 L. 풀러의 유노믹스」, 『법철학연구』20(1), (2017), p.79

255) 헤겔은 양심(Gewissen)을 확신(Gewissheit)과 관련시켜 사용하고 있다.

256) 이승환, 「21세기가 당면한 문제들과 ‘덕스러운 자유주의’의 모색」, (코리아켄센서스 23차 콜로키엄 2007.6.7) 참조

257) 헤겔, 이동춘 역, 『법의 철학』(전편), (서울: 박영사, 1983 중판), p.195

우기로 계약한 두 당사자가 있다면 이들의 계약은 국법질서가 유지되는 한 성립무효가 되거나 불법이 될 것이다.

따라서 풀러의 법과정론은 법실증주의의 경직성을 유연하고 풍부하게 만들지만 법률과 헌법을 통해 그 관할권의 공간이 확보되지 않으면 한계에 이른다.

2) 사례: 유럽연합에서 유럽연방으로

유럽연합은 회원국가간 경제협약체의 수준으로 출발했다. 그러나 갈수록 경제문제에서 보다 민감한 정치문제로 의제가 확대되어왔다. 급기야 군사외교협력을 명문화하고 제도화한 유럽안보방위정책(ESDP)이 수립됨으로서 유럽통합군창설까지 합의됐다. 유럽통합군의 목표는 미국주도의 나토에서 벗어나는 것이다.

1993년 유럽연합 설립초기 하버마스는 유럽통합을 시장통합으로 간주하는데 반대하고 유럽연합의 “정치화”를 주장하면서 유럽헌법의 채택을 강력하게 주장하였다.²⁵⁸⁾

이에 유럽연방회의론자인 전 독일연방헌법재판소 재판관 그림(D. Grimm)은 연방국가로 나아가는 것에 대해 비판했다.²⁵⁹⁾ 즉 유럽사회는 아직 시민들의 의지형성이 이루어지는 미디어와 시민적 연합 내지 시민운동의 흐름이 충분히 형성되어 있지 않으며, 이러한 전제조건들은 단순히 창조될 수 있는 성격의 것이 아니라는 것이다.²⁶⁰⁾ 하버마스는 바로 그렇기 때문에 유럽헌법을 통해 유럽시민들 간의 민주적 의사소통을 가능케 하는 정치적 제도를 마련하여 이를 통한 유럽시민사회, 유럽공론장, 유럽의 공통된 정치문화의 형성을 촉진해야 한다고 주장했다.²⁶¹⁾

그림이 자전거 폐달을 제대로 밟을 때까지는 핸들조정은 배우지 말자는 것이라면 하버마스는 폐달도 핸들도 동시에 배워야 한다는 것이다. 비록 둘 다 서툴러서 계속 넘어지더라도 같이 배워야 한다는 것으로 비유할 수 있다. 유럽연합은 영국처럼 후퇴하는 길 대신 연방으로 나아가는 길을 택하고 있다. 국가연합은 연방으로 발전하며, 발전하지 않으면 정체하는 게 아니라 퇴보할 가능성이 높다.

그림이 예견했듯이 회원국확대에 대한 기존 회원국시민들의 불만고조, 블랙시트 등 유럽연합은 연방은커녕 연합도 유지하기 힘들 것 같은 위기를 겪고 있다. 그럼에도 유럽연합은 하버마스의 길을 가고 있다. 결국 2004년 유럽헌법조약이 체결되었다. 2005년 프랑스와 네덜란드국민투표에서 유럽헌법안이 부결되었지만 대부분의 회원국들은 찬성했다.²⁶²⁾ 유럽연합은 낮은 단계지만 유럽연방의 문턱에 진입했다고 볼 수 있다.

유럽연합은 회원국정부들뿐만 아니라 유럽시민들의 자발적 협력을 이끌어내야 할 필요성이 제기되었다. 이른바 ‘정당성 위기’는 유럽연합의 정체성문제를 시급한 현안으로 만든 것이다. 이

258) J. Habermas, "Toward a Cosmopolitan Europe", *Journal of Democracy* 14(4), 2003, pp.95-96

259) J. Habermas, "Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?'" *European Law Journal*, Vol.1, No.3, (1995) p.304.; 정채연, 「유럽사회의 정치적 통합에서 유럽헌법의 의미」, 『성균관법학』26(2), (2014), p.37

260) D. Grimm, "Does Europe Need a Constitution?," *European Law Journal*, Vol.1, No.3, (1995), p.294.; 정채연, 「유럽사회의 정치적 통합에서 유럽헌법의 의미」, 『성균관법학』26(2), (2014), p.37

261) J. Habermas, "Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?'" *European Law Journal*, Vol.1, No.3, (1995) p.307.; 정채연, 「유럽사회의 정치적 통합에서 유럽헌법의 의미」, 『성균관법학』26(2), (2014), p.38

262) 김준석, 「유럽정체성의 규범적 기초: 하버마스의 헌정적 애국주의를 중심으로」, 『국제지역연구』 18(4), (2009.12), p.98

같은 상황에 대한 답으로 제시된 것 중의 하나가 ‘헌정적 애국주의’²⁶³⁾이다. 하버마스에 따르면 새로운 유럽정체성은 기존의 민족정체성 대신 공통으로 제도를 만들면서 구현된 보편적인 규범에 대한 동일시를 통해 획득되어야 한다고 주장한다. 헌정적 애국주의를 한마디로 집약한다면 그것은 유럽헌법에 대한 “합리적인 충성심”이다.²⁶⁴⁾ 하버마스의 애국심에 대한 정의는 헤겔에서 찾아진다. 헤겔에 의하면 애국심은,

‘합리적인 국가제도에서 생기는 것이며, 제도에 따른 행위에 의해 실증되는 것이다. 또한 나의 이익이 국가의 이익과 목적 안에 포함되어 있다고 하는 의식이다. 이때 바로 국가는 곧 나에게 있어서 하등 타자가 아닌 것이 되고, 나는 이 의식을 가짐으로써 자유로 되는 것이다.’²⁶⁵⁾

헤겔의 애국심은 헌법으로 건국된 국가를 전제하고 있지만 맹목적 헌신이 아니라 합리적 제도에서 근거를 찾고 있다. 하버마스는 헤겔의 순서를 뒤집어, 합리적 제도와 제도적 실천을 통해 헌법과 연방에 도달하는 길을 제시하고 있는 것이다.

최고관할권인 헌법적 주권을 만드는 주체는 헌법제정주체인 주권인민들이다. 주권인민들이 헌법을 만드는 과정은 도식적으로 보면 풀러의 자연법론과 켈젠의 법실증주의가 통합되는 과정이다. 경로가 어떻든 유럽시민들의 자유와 정체성의 표현이 될 헌정적 애국심과, 유럽헌법·유럽연방 사이에는 불가분의 관계가 있다.

3) 낮은 단계 연방과 작은 연방

평화구역관할권과 관련하여 연합단계에서 연방단계로 어떻게 발전할 수 있는지 살펴보자.

남북연합단계에서 평화구역의 인구증가는 출입·체류·거주형태로 발전한다. 시민의 출입과 체류는 일시적·단기적이기에 양측 정부의 행정권위임 만으로도 관리에 큰 부담이 발생하지 않는다. 그러나 거주가 시작되면 전혀 다른 차원으로 접어든다. 평화구역의 시민은 어민으로서는 어업법에 의해서 규율되지만, 주민으로서는 지방자치법의 규정을 받고, 학부모로서는 교육법의 규정을 받고, 유권자로서는 선거법의 규정을 받는 등, 전인적 인간으로서의 모든 권리와 의무를 행사하게 된다. 선정된 의제만을 논의하는 게 아니라 무차별적으로 발생하는 생활문제를 논의·조정해야 한다. 생활하는 사람이란 이처럼 거대한 의미를 갖는다.

이타심으로 무장된 사람만이 아니라 이기심으로만 단련된 사람도 있고, 정견이 없는 사람만이 아니라 격심한 정치편향을 가진 사람도 있고, 체제전복목적을 가진 사람과 맹목적충성심을 가진 사람도 있다. 아무리 최선을 가정해도 남북은 체제가 다르기에 이로 인한 긴장이 결정적인 순간마다 작동할 것을 예상해야 할 것이다. 평화구역주민사이의 합의와 조정에 의해 만들어진 규칙들도 양 정부측의 입장변화에 따라 한 순간에 흔들릴 수 있다. 남북연합단계에서 민간의 자율성이 극대화되고 책임규칙과 재산권규칙이 조화롭게 운영된다 해도 남북이 가진 근본적인 균열은 위기를 불러올 것이다. 따라서 평화구역은 남북의 최상만이 아니라 최악도 포함하고

263) Jan Werner Müller, *Constitutional Patriotism* (Princeton: Princeton University Press, 2007), p.47

264) J. Habermas, "The European Nation-State: On the Past and Future of Sovereignty and Citizenship", *The Inclusion of Others: Studies in Political Philosophy*, (Cambridge: MIT Press, 1998), pp.117-120; 김준석, 「유럽정체성의 규범적 기초: 하버마스의 헌정적 애국주의를 중심으로」, 『국제지역연구』18(4), (2009.12), p.109

265) 헤겔, 이동춘 역, 『법의 철학』(후편), (서울: 박영사, 1979 초판), p.161

있는 공동체일 것을 가정하는 것이 현실에 가까울 것이다. 남북전체가 미리 겪을 일을 평화구역은 겪을 것이다.

유로화는 유럽연합의 위력을 세계에 보여줬지만 그리스 등 빈국의 부가 독일 등 부국으로 이전되는 유럽연합내 내부식민지 구조를 만들었고 결국 그리스재정위기를 촉발시켰다. 독일이 그리스를 도와야하는 것이 당위임에도, 또 돕고 싶었다 해도, 국가라는 벽에 막혀 한계에 봉착하고 만다. 그럼에도 그리스가 구제금융에서 탈출할 수 있었던 것은 유럽연합의 연방적 대응이 있었기에 가능했다.

평화구역공동관할권의 성패가 남북연합이 남북연방으로 갈수 있는지 그 운명을 가늠하는 시금석이 될 것이다. 양측 정부의 영향력이 엄존하는 상태에서 주민들의 자치가 차츰 성공하도록 해야 할 것이다. 공론장에서의 소통과 설득과 합리적제도의 마련이 내부갈등을 해결하는 경험으로 축적됨으로서 새로운 정체성이 마련되도록 해야 할 것이다.

남북연합단계, 위임된 행정권의 범위 내에서도 평화구역남북관리위원회는 앞서 예상해본 것처럼 공동관할권의 상당한 확대를 이룰 수 있다. 평화구역주민들은 평화구역 밖에서 존재하는 양측 국민과 똑같은 권리를 요구할 수밖에 없다. 선거권도 없던 대성동 주민들은 ‘유엔사’통제하에서도 비무장지대 밖에 사는 국민들과 같은 수준의 요구를 하며 권리를 확장시켜왔다. 남북이 평등하게 공동행정권을 수립한 평화구역에서의 권리주장은 더욱 폭발적일 것이다. 필연적으로 행정·사법·입법으로 이어지는 관할권의 확대가 요구될 것이다. 양 정부로부터의 입법권 위임은 연방으로 들어서는 핵심이다. 입법권의 위임을 위해서는 헌법 개정이라는 입헌적결정이 필요하다.²⁶⁶⁾ 예산도 본질적으로는 법률적 성격을 갖기에²⁶⁷⁾입법권 위임의 범위에 포함된다. 그러면 평화구역의 재정권 확대에 유리할 것이다.²⁶⁸⁾

남북연합단계에서의 평화구역 남북공동관리위원장은 남측의 통일부장관과 북측의 조평통위원장이 될 것이다. 그러나 남북연방단계의 입구에 들어서면 평화구역은 남북헌법에 의해 평화특별자치도로 자립성을 갖출 가능성이 높다. 남측은 제주특별자치도가 있고 북측도 신의주특별행정구가 있다. 제주와 신의주 모두 정부가 입법권을 위임하는 것으로 구상되었다.

평화특별자치도에는 남북공동의회에 입법권이 부여되고 양 정부의 장관대신 한 명의 도지사를 선출해야 할 것이다. 도지사는 주민들의 직접선거로 뽑거나 남북의 장관이 1년씩 돌아가며 수행하는 방식으로 할 수도 있을 것이다. 어떤 경우든 평화특별자치도의 자립성이 제고될 것이다. 헌법제정, 외교, 국방 등을 제외한 고도의 관할권이 평화특별자치도에 위임됨으로서 평화구역내 시민사회, 공론장의 마련, 공통된 정치문화, 합리적 제도에 대한 신뢰에 기반한 충성심이 만들어지도록 해야 할 것이다. 이러한 과정을 통해 남북의 연방준비는 높은 단계로 진입할 것이다.

헌법학에서 기본권과 국가기관, 기본권과 지방자치단체의 관계는 기본권이 목적이고 국가기관과 지방자치단체는 기본권의 보호와 실현을 위한 수단으로서 기능한다고 이해되고 있다.²⁶⁹⁾ 이 원리를 평화구역에 적용하면 평화특별자치도는 남북도민들의 기본권의 보호와 실현을 위한

266) 홍완식, 「제주특별자치도에 연방제수준의 자치권을 부여하는 헌법개정방안」, 『一鑑法學』No.38, (건국대학교법학연구소 2017), p.483

267) 황도수, 「예산의 법적성질-예산법률주의의 논의에 대하여」, 『一鑑法學』No.32, (건국대학교법학연구소 2015), p.519

268) 홍완식, 「제주특별자치도에 연방제수준의 자치권을 부여하는 헌법개정방안」, 『一鑑法學』No.38, (건국대학교법학연구소 2017), p.489

269) 정재황 외, “지방자치의 헌법적 보장-지방자치와 입법권의 한계” 헌법재판연구 제17권, 헌법재판소, 2006, 354쪽.; 홍완식, 「제주특별자치도에 연방제수준의 자치권을 부여하는 헌법개정방안」, 『一鑑法學』No.38, (건국대학교법학연구소 2017), p.490

수단으로서 위치를 갖고 있다고 이해될 것이다.

마키아벨리로부터 몽테스키외에게 있어서 정치이상은 큰 공화국(Great Republic)²⁷⁰⁾의 건설이었다. 당시 공화국과 연방은 구분되지 않는 개념이었다. 남북통일국가 역시 큰 연방임에는 틀림없다. 6.15선언에서 남북은 낮은 단계의 연방이란 개념에 합의했다. 큰 연방으로 가는 초기단계에 낮은 단계의 연방이 있고 낮은 단계 연방에 작은 연방을 포함시킨다면 우리는 평화구역에서 큰 연방을 준비하는 작은 연방을 실험할 수 있을 것이다. 작은 연방에서의 경험과 양 정부차원의 결단이 상호작용하며 우리는 궁극적으로 통일헌법조약안을 마련할 수 있을 것이다. 통일헌법을 만들기 위한 통일제헌의회, 통일제헌의회를 만들기 위한 통일제헌의원선거, 의원선거를 위한 선거관리위원회 설립, 선관위원을 뽑기 위한 절차 등을 남북정부당국과 국민들이 단번에 합의할 수는 없을 것이다. 또 그렇게 합의해서도 안될 것이다. 유럽연합의 회원국들은 민족적, 역사적, 문화적 다양성에도 불구하고 같은 체제를 가지고 있지만, 우리는 같은 민족임에도 다른 체제를 가지고 있다. 남도 북도 오랜 시간 준비해왔지만 한 번도 가보지 않은 길이다. 비무장지대의 평화지대, 한강하구 공용수역, 서해평화구역은 ‘유엔사’관할권을 우리 힘으로 전환하고 북과 자주적으로 만나 평화와 통일, 연합과 연방으로 그 관할권을 확대 완성해 가야할 곳이다. 그리하여 평화구역은 우리가 꼭 가보고 싶었고, 꼭 가야할 길을 가장 먼저 이끌어 줄 마중물이 될 것이다.

270) ‘내가 이전에 확장을 위한 체제정비와 현상유지를 위한 체제정비의 차이를 논했을 때 말한바와 같이(제1권제6장), 공화국이 그 좁은 경계안에 멈추어 있으면서 자유를 누리기란 불가능하다. 왜냐하면 그 공화국이 다른 국가들을 괴롭히지 않더라도 괴롭힘을 당하게 마련이며, 이처럼 괴롭힘을 당하는데서 팽창에 대한 욕구와 필요가 생겨나기 때문이다. 만약 공화국외부에 적이 없다면, 위대한 국가들에서 늘 필연적으로 일어나게 마련이듯, 국내에서 적을 발견하게 된다.’ *Discourses on Livy*, pp. 173-174.; 『로마사 논고』, pp.347-348.