

유엔사와 정전협정의 법적지위 부존재

사진가 이시우

목 차

- (1) 유엔사 법적지위의 부존재
 - 1) 유엔기구로서 유엔사지위의 부존재
 - 1. 유엔군사강제조치 결정의 부존재
 - 2. 유엔사명칭의 부존재
 - 3. 유엔깃발사용승인의 부존재
 - 4. 유엔사보고서 법적효력의 부존재
 - 2) 미국 통합사령부 법적지위의 부존재
 - 1. 미 행정부전쟁결정의 부존재
 - 2. 미 입법부전쟁결정의 부존재
 - 3. 미 사법부전쟁판단의 부존재
 - 3) 38선이북 점령자로서 유엔사지위의 부존재
 - 1. 언커크준비위 통치권위임결정의 무효
 - 2. 언커크해체로 인한 위임주체 부존재
 - 4) 주일유엔사후방사령부 법적지위의 부존재
 - 1. 요시다-애치슨교환공문의 불성립
- 2. 일본헌법9조와의 충돌에 의한 주일유엔군 소파의 불성립
- (2) 정전협정의 부존재
 - 1) 정전협정 형식의 문제로 인한 부존재
 - 1. 정전협정체결주체로서 한국의 부존재
 - 2. 정전협정체결주체로서 유엔의 부존재
 - 3. 서명자 오류에 의한 협정의 불성립
 - 2) 정전협정 내용의 문제로 인한 부존재
 - 1. 유엔사의 점령자지위가 갖는 위헌성으로 인한 협정불성립
 - 2. 정전협정의 예외상태로 인한 협정불성립
 - 3) 정전협정 효력의 무효
- (3) 대책

(1) 유엔사 법적지위의 부존재

개인과 달리 법인은 법적 근거에 의해, 법적 제약 속에서, 법적절차에 의해 생성된다. 유엔사의 수많은 기능과 역할을 결정하는 것은 법인격이다. 대한민국정부는 유엔사에 대해 정치적 우의와 도덕적 감사의 마음을 표해왔다. 그러나 법적인 측면에서 유엔사의 합법성은 의심된다. 법인은 ‘성립요건’을 충족할 때 존재하며 ‘효력요건’을 충족할 때 적용될 수 있다. 유엔사는 유엔의 기관이란 측면에서도 성립요건을 결하고 있으며, 미국통합사령부란 측면에서도 법적 성립요건을 결하고 있다. ‘효력요건’이전에 ‘성립요건’을 결하고 있으므로 효력무효가 아니라 법인으로서의 지위가 불성립했으며 그 결과 부존재 한다.¹⁾

1) 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

성립요건을 충족하지 못하여 부존재 하면 효력요건 역시 결하여 적용될 수 없다. 그럼에도 법외적 권력의 작용으로 강제성립, 강제존재케 할 수 있다. 1910년 조-일간 통수권이양조약은 불성립하였음에도 법외적 권력의 강점으로 존재했고 효력을 발휘했다. 이때 권력은 법 밖에서 법을 규정한다. 칼 슈미트의 개념을 빌리면 예외상태가 되는 것이다. 예외상태를 정상상태로 돌리기 위한 법절차의 적용이 불가능하면 권력적 차원의 결단이 요구되는 상태라고 할 수 있다.

유엔사지위 부존재증명은 해석적 차원뿐만 아니라 입법적 차원에서도 의의가 있다. 전작권환수가 아직 완료되지 않았고 유엔사활성화를 통해 유엔사가 오히려 강화되고 있으며 법적지위를 공고하게하기 위해 유엔사지위에 관한 행정협정을 체결하고자하기 때문이다.

1) 유엔기구로서 유엔사지위의 부존재

1. 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.²⁾

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 “북한군의 대한민국에 대한 무력공격이 평화의 파괴를 구성한다”고 분명히 결정했으며 이러한 결정의 효력과 미합중국하의 통합사령부창설에 관한 권고에 따라 안전보장이사회는 대한민국에서 무력사용을 승인했다.³⁾

(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)

2) 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

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

유엔사무국법률과 역시 안보리가 무력사용을 승인했다는 해석을 유지하고 있다. 그러나 이는 현장에 입각한 해석이 아니다. 안보리는 39조와 42조의 조건들이 충족되면 회원국들에게 무력사용의 ‘권한을 부여할(authorize)수는’ 있다. 42조에 의거한 안보리결정은 그러므로 이중적 성격을 갖는다. 즉 표적국가에 대해서는 구속력 있는 결정이며, 무력사용을 허가받은 국가들에 대해서는 2조 4항에 의해 금지된 무력사용을 법적으로 정당화하는 결정이다. 그러나 단지 39조에 의거한 단순한 권고는 이 같은 효력을 가질 수 없다.⁴⁾ 39조는 ‘권고’⁵⁾와 41조와 42조에 따라 취해지는 ‘조치’를 구별하고 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 현장 7장에 규정된 강제조치를 취할 수 있다. 만약 안보리가 39조하의 권고하기를 원한다면 강제조치에 대한 권고는 할 수 없으며, 오직 안보리가 평화의 위협과 파괴를 선언한 상황의 조절을 위한 평화적 수단만을 권고할 수 있다.⁶⁾

6월 27일 결의는 군사원조를 권고한 것이다. 유엔가맹국에 대한 권고는 42조에 의한 군사적 조치는 아니다. 그로스(Gross)교수는 이러한 자발적 행동이 각 가맹국의 의사에 의존함에도 불구하고 그것은 가맹국이 현장 제2조 5항하의 의무에 근거하여 원조함으로서 유엔의 조치를 구성하는 것이라고 본다. 그러나 이 견해는 권고적 성질을 가진 개별적 의사의 집단적 표현과 현장상의 의무를 부과하는 집단적 결정을 혼동하는 것이며, 안보리의 권고는 전자에 속하고 후자는 아니다. 그것은 오직 가맹국의 개별적 조정적 행동에 대하여 집단적·도덕적 지지를 부여한 것에 불과하다.⁷⁾ 스톤(J. Stone) 역시 현장 39조 규정에서 “권고한다”는 것은 평화적 수단의 권고만을 의미하며 강제조치에 대한 권고는 포함하지 않으므로, 6월 27일의 결의에서 안

4) Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7thed., (London: Routledge, 1997), p.390; 김대순, 『국제법론』제11판, (서울: 삼영사, 2006), pp.1084-1085

5) 현장 기초자들의 의도를 표현한 것으로 보이는 ‘권고’란 단어는 어떤 구속력 있는 병력도 안보리의 조치에 첨가하지 않았다. 유엔현장제정회의 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

6) 현장 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

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

보리가 가맹국에 군사원조 등을 권고한 것은 현장에 입각한 결의가 아니라고 한다.⁸⁾ 따라서 이들 결의에 따른 참전국의 조치는 유엔의 조치가 아닌 각국의 조치일 뿐이다.⁹⁾ 통합사령부든 유엔사령부든 간에 그것은 현장 29조에 계획된 방법대로 창설되지 않았으므로 유엔의 기관이 아니다.¹⁰⁾ 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」¹¹⁾ 등은 미국이 「주한유엔사의 집행기관」의 자격으로 체결한 것이었다. 그러나 미국이 유엔의 「집행기관」으로 지명된 일은 없었다. 그 결과 군대에는 비록 유엔의 명칭과 유엔기의 사용이 허용되었으나 엄격히 법적견지에서 볼 때 그것을 유엔군이라 칭할 수 없으며, 「유엔의 조치」라는 표현은 정치적용어로서는 수락할 수 있으나 법적의의에 있어서는 과오를 범하게 된다.¹²⁾ 유엔사무국 역시 무력사용을 승인했다고 하면서도 유엔의 조치가 아닌 각국의 조치라는 점에 대해서는 동의한다.

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

9) 이들 안보리결의가 유엔의 조치가 아닌 개별국가의 조치라는 입장에 대해서 국내에서는 이한기, 「한국휴전협정의 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 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 II, *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 법적제문제」, 『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.

10) 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)

11) 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

12) 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.

주한 통합사령부는 유엔의 지휘와 통제하에 있는 강제조치라기보다는 개별국가에 의해 허가된 무력사용이라는 점에서 겔프전에서 설립된 연합군과 유사하다.¹³⁾

캘젠에 의하면 '권고'의 문제는 1945년 79차 미 의회에 의해 채택된 '유엔참여법'의 배경이기도 했다.¹⁴⁾ 유엔참여법은 대통령에게 단지 안보리에 의해 권고된 강제조치의 실행에 대해서는 권한을 주지 않았다. 이 법은 안보리의 '권고'가 아닌 '결정'되거나 '요청'된(call upon) 41조, 42조의 조치만을 실행하도록 했다.¹⁵⁾ 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 강제조치가 아니었다.¹⁶⁾

또 다른 예는 1985년 7월 26일 안보리가 39조가 말하는 평화에 대한 위협이 있다고 결정함이 없이 회원국들에게 남아프리카에 대한 금수조치를 부과하도록 요청한 것이다.¹⁷⁾ 실제 침략행위가 존재하더라도 39조하의 평화의 위협, 평화의 파괴, 침략이 존재하는지에 대한 안보리의 결정이 없으면 강제조치는 성립되지 않는다.¹⁸⁾

한국전쟁에 대해서는 평화의 파괴를 결정했지만 그 다음 단계인 조치하기 대신 권고하기를 택함으로써 유엔안보리는 군사적 강제조치를 결정하지 않았다. 유엔사 창설의 결정적 기반인 유엔안보리의 강제조치결정은 불성립하였으며 그 결과 부존재하는 것이다.¹⁹⁾

2. 유엔사명칭의 부존재

트리그브 리 사무총장은 안보리 결의에서 유엔의 군대를 창설하기를 바랐다. 그러나 이는 미

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

14) 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

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

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

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

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

19) 우리 사회에서는 참전 16개국의 군대는 유엔군이며 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, 재정적 차원에서 그 유엔군은 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 법학연구회, 2007), p.214

국에 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 결의안은 유엔사령부가 아닌 미국통합군사령부의 창설을 권고했다. 7월 25일 유엔미국대사 오스틴은 다음날 (미국)통합사령부명명의 첫 보고서를 안보리에 제출하였다. 이는 7월 7일 결의에 따른 것이었다. 그러면서 25일 오후3시로 예정된 안보리회의 전까지 이 문서를 공개하지 말 것을 요청하였다.²⁰⁾

그런데 같은 날 좀 늦게 도착한 미국정부의 서한은 맥아더가 전날 도쿄에서 '유엔사령부'일반 명령1호에 의해 '유엔사령부'를 창설했다는 내용의 보고였다.²¹⁾ 이때 처음으로 유엔사령부란 명칭이 사용되었다. 그 뒤 8월의 통합사령부 2차보고서부터는 유엔사령부란 명칭과 통합사령부라는 명칭이 혼용되기 시작했다.

미국이 7월 7일 안보리결의안에서 그토록 고집하던 미국통합사령부란 명칭이 7월 25일 유엔사령부란 명칭으로 갑자기 바뀌게 된 것은 미국의 법절차와 연관이 있다. 미국통합사령부라는 이름을 사용하려면 미 대통령은 경찰조치가 아닌 전쟁선포를 해야 했고, 그렇지 않다면 유엔 참여법에 따라 안보리의 권고가 아닌 조치가 결정되었어야 했다. 따라서 미국이 7월 7일 결의안에서 마지막까지 거부했던 유엔사령부란 이름을 사용할 수밖에 없었을 것이다. 따라서 미국은 자신들이 유엔사라는 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 채택된 것으로 보이며, 수년에 걸쳐 도전받지 않았지만 그럼에도 불구하고 유엔의 제재가 없었다.²²⁾

유엔사란 명칭 자체가 유엔총회에서 문제가 될 것임을 알고 미리 대처하기 위한 방안을 마련하면서 미국은 유엔사명칭도용을 자인한 셈이다. 결국 1975년 유엔총회의 유엔사해체결의 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 유엔사란 명칭이 "잘못된 이름"(misnomer)임을 명확히 했다.²³⁾ 이처럼 미국 자체의 시인과 유엔사무국의 법적 분석을 통해 유엔사란 명칭은 도용된 것

20) S/1626

21) S/1629

22) 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 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

23) 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

임이 분명하다. 유엔사령부란 명칭은 부존재하는 것이다.

3. 유엔깃발사용승인의 부존재

1993년 12월 24일에 남·북간 국경을 넘는 유엔사무총장 부트로스 부트로스 갈리(Boutros Boutros Ghali)는 판문점에서 “자신은 유엔사에 유엔기를 게양할 수 있는 권한을 부여하지 않았다”고 언급했다.²⁴⁾ 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.²⁵⁾

그렇듯해 보이는 주장이다. 그러나 이는 크리머대령의 주관적 해석일 뿐이다. 유엔기사용을 승인한 안보리결의 84호 자체의 합법성이 의심되기 때문이다. 유엔헌장의 초안자 중 한사람이자 유엔헌장에 대한 가장 권위있는 해설자로 인정받았던 한스 켈젠(Hans Kelsen)은 바로 이 사안에 대해 다음과 같이 분석했다.

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.’²⁶⁾

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.

24) 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

25) Shawn P. Creamer, 위의 글

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

이는 미국의 주장이기도 하다. 이에 대해 켈젠은 다음과 같이 해석한다.

총회의 167(II)호 결의에 따르면, 깃발사용을 승인할 능력이 있는 유일한 유엔기구는 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 사용승인권능을 부여했다는 것이다. 따라서 새 깃발법의 6항은 안보리가 권고한 군사작전에서의 유엔기 사용을 승인한 안보리의 결의안에 대한 사후정당화일 뿐이다.²⁷⁾

즉 유엔깃발법에 따르면 군사작전에서의 유엔기사용을 승인할 수 있는 '법적자격을 갖는 기구'란 오직 유엔사무총장뿐이다. 사무총장이 위임하지 않는 한 어떤 유엔기관도 유엔기사용에 대한 승인권을 갖지 않는다. 즉 안보리는 유엔깃발사용승인권능이 없다. 따라서 1993년 판문점에서 유엔기사용여부를 논한 부트로스 갈리 사무총장발언은 법적으로 완벽하다. 유엔사무국법률과의 1994년 6월 13일자 각서에 따르면,

대한민국에서 유엔기의 게양은 유엔활동이나 프로그램과 관련이 없으며 오히려 안보리 결의84(1950)의 잔재이다.²⁸⁾

유엔사무국 역시 유엔기의 게양이 유엔조치와 무관한 것임을 확인했다. 유엔기사용승인이 안보리의 잘못된 결정이기에 유엔기사용 철회 역시 안보리가 결자해지해야 한다는 입장인 것이다. 그러나 유엔사무국의 분석은 사무총장에게 유엔기사용승인권능이 있다는 부트로스 갈리총장의 발언보다 무딘 것이다.²⁹⁾ 안보리에도 책임이 있지만 사무총장 역시 책임을 갖고 있다. 트리그브 리 사무총장이 미국에게 유엔기를 전달하는 행동을 취함으로써 미국에게 잘못된 메시지를 준 책임도 있기 때문이다.

유엔총회에서는 66년부터 유엔사의 유엔깃발이 문제되기 시작했다. 1975년 6월 27일자로 미국이 유엔안보리 의장에게 보낸 편지³⁰⁾에는 유엔기사용의 제한을 포함하여 유엔사령부의 노출을 줄이기 위한 조치를 취하겠다는 약속이 담겨 있었다. 그리고 1975년 8월 25일부터 판문점 유엔사군사정전위 등 정전협정이행과 직접적으로 관련이 있는 시설을 제외하고 한국 내 모든 미군기지에서 유엔기가 내려졌다. 유엔기사용금지를 둘러싼 국제사회의 정치투쟁은 이미 상당한 승리를 거둔 셈이다. 이처럼 안보리결의 84호의 유엔기사용승인은 성립요건을 결하고 있으므로 법적으로 부존재 한다.

4. 유엔사보고서 법적효력의 부존재

27) H. Kelsen, 위의 책.

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

29) 2019년 '가짜유엔사해체국제캠페인'이 사무총장에게 보낸 편지에서 사무총장이 유엔기사용승인을 철회할 의향이 있는지를 물었다. 이에 유엔법률국의 스테판 마티어스는 답신을 통해 유엔기사용금지가 사무총장의 권한 밖의 사항이라는 답신을 보내왔다. 이는 정확히 94년 6월 유엔법률국 분석의 연장선에 있다고 하겠다.

30) 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

미 국무성이 보고서 문제에 관심을 집중하게 된 계기는 1950년 6월 30일에 트루먼 대통령이 승인하고 3일 후 모든 선박에 대해 공개경고한 북한에 대한 해상봉쇄 조치였다.³¹⁾ 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 집이 되지 않게 하려고 “정기적인 보고서” 대신에 “적절한 보고서”를 요청하는 것으로 결의안을 수정하도록 건의했다.³²⁾

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.³³⁾ 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. 유엔사보고서는 유엔관련 어떤 법적효력도 갖지 않는다.

2) 미국 통합사령부 법적지위의 부존재

유엔기구로서의 유엔사의 법적지위의 부존재가 의심된다면 미국통합사령부의 법적지위는 존재하는지 살펴보자. 미국은 행정부도, 입법부도, 사법부도 한국에서 전쟁을 결정한 적이 없다. 심지어 유엔참여법의 위반이 의심된다. 만일 그렇다면 수동적 위반이 아닌 적극적 위반이 구성되는 것이다. 참혹한 유혈의 충돌을 겪었음에도 통합사령부소속 미군이 미국 내에서 법적지위를 갖는지 의심된다.³⁴⁾

1. 미 행정부 전쟁결정의 부존재

행정부 대표하여 트루먼 대통령은 ‘이는 전쟁이 아닌 경찰행위’라고 했다. 1950년 6월 29일 언론기자들과의 회견에서 트루먼대통령은 미국이 전쟁 중에 있는가라는 질문에 대하여 전쟁

31) (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

32) 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

33) 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

34) 결국 이러한 모순을 초래한 민군관계의 비정상 상태를 바로잡기 위한 반성이 헌팅턴의 민군정상관계론, 캐스퍼 와인버거의 무력사용 6원칙, 파웰독트린, 골드워터-니콜스법을 요구했으며 걸프전에서야 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

중이 아니라고 답변한 것이다. 그리고 미국의 군사적 조치는 UN에 의한 경찰조치라고 부르는 것이 더욱 적절하다는데 동의하였다.

UN헌장의 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.³⁵⁾

유엔의 행동이 국제사회를 대표한 경찰행위라면 침략자에 적용될 법은 전쟁이 불법화되기 이전의 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.³⁶⁾ 그러나 유엔도 미국도 경찰행위에 해당하는 법 개념을 제정한 바가 없다.

미국역사에서 대통령이 일방적으로 결정한 군사적 조치들은 해적과의 전투, 미개척의 해안에 소규모의 해군을 상륙시킨 행위, 멕시코 국경지대의 강도들이나 소떼 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 민간의 신속한 방위를 요구했다. 「비상사태」는 과거에도 미대통령이 누차 선언한바 있었으나 그것은 국내 또는 국제법상으로 「전쟁」선언을 의미하지 않았다. 예컨대 2차대전 이전 1939년에는 국민방위를 강화할 목적으로 「제한적 비상사태」(a limited national emergency)를 선포하였으며 추축국으로부터의 위협이 명백해진 1940년 5월에는 침략을 격퇴할 목적으로 국민방위의 동원을 요청하는 「무제한비상사태」(an unlimited national emergency)를 선포한 바 있었다. 그러나 그 어느 것도 소위 전쟁으로 취급되지는 않았던 것이다. 미국 헌법2조에 의해 대통령은 군통수권자의 권한을 갖지만³⁷⁾ 한국사태에 대한 대통령의 전쟁결정은 부존재했다.

2. 미 입법부 전쟁결정의 부존재

미국 헌법1조에 의해 전쟁선포권은 의회에 있다.³⁸⁾ 그러나 미 의회도 전쟁을 결정하지 않았다. 이는 유엔참여법을 중심으로 살펴보자. 1945년 7월 9일부터 13일까지 미 연방의회상원국제관계위원회는 UN헌장관련 청문회를 개최하였다. 청문회에서는 의회가 궁극적으로 군대의 사용과 관련된 특별협정을 통제하게 되는가가 문제로 제기되었다. 트루먼대통령은 UN에 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

35) 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

36) 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

37) U.S. Const. art. II. §2, cl. 1.

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

의사를 밝혔다. 이에 상원은 UN헌장을 89대 2로 통과시켰다.

UN헌장을 통과시킨 후 이를 이행하고 군대의 사용을 위한 분명한 절차구조를 결정하기 위해 1945년 UN참여법(UN Participation Act)이 제정되었다. 이 법의 제정과정에서 당시 국무부의 부장관이었던 애치슨(Dean Acheson)은 하원의 국제관계위원회에 출석하여 의회의 승인을 받은 후에만 UN안전보장이사회에 군대를 제공할 것이라고 설명하였으며 대통령은 의회가 특별협정을 통해 동의한 군대 외에 더 이상 군대를 UN안보리에 제공할 권한을 갖고 있지 않다고 하였다.

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

1945년 UN참여법의 제6조는 명확하게 헌장43조의 특별협정이 적절한 법률 또는 상하원 공동결의의 방식에 의한 의회의 승인을 받도록 규정하고 있다. 이 규정에 따라 대통령은 UN에 군대를 파병하기 전에 의회의 승인을 받아야 한다.

이러한 UN참여법 제6조에 의한 대통령의 군대사용권한의 제한은 1949년 개정되었다. 1949년의 UN참여법 개정은 대통령에게 자신의 주도적 권한으로 “협력조치”로서 UN에 군대를 제공할 수 있도록 허용하고 있다. 하지만 군대를 파병하는 대통령의 재량권은 엄격한 조건의 제한에 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 UN에 제공하는 경우에도 대통령은 해당 병력이 UN헌장 제7장이 의도하고 있는 군대에 포함되지 않도록 확인하여야 한다. UN참여법은 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.

3. 미 사법부 전쟁판단의 부존재

미 사법부 역시 한국사변을 전쟁으로 판단하지 않았다. 미사법부의 견해는 1952년 Youngstown Sheet and Tube Co., v. Sawyer 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 총화(aggregate) 내에서 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 5월 3일 이 사건의 이송 명령을 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.³⁹⁾

블랙(Black)판사의 의견은 다음과 같다. 행정명령을 발할 수 있는 대통령의 권한은 국회의 행동과 헌법자체에서 나온다. 대통령에게 이러한 재산접수권을 부여한 법률은 없다. 또 이같은 권한이 묵시적으로 포함되어 있는 국회의 행동도 없다. 뿐만 아니라 이 명령은 미군총사령관의 지위에 있는 대통령이 가진바 군권행사의 범위 내에도 들지 않는다. 노동분쟁으로 인한 생산정지를 방지하기 위해 사유재산을 접수하는 궁극적 권한은 군총사령관이 소유한다고는 미국 헌법제도에 대한 충실성을 가지고는 지지할 수 없다. 이 권한은 입법자의 사무이지 군당국의 사무는 아니라고 하였다.⁴⁰⁾

이와 동일한 판례는 펜실베니아주 고등법원의 *Harding v. Pennsylvania Mut. Life 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.⁴¹⁾

연방지방법원은 1953년에 가서야 현재 한국에서 진행되고 있는 분쟁은 전쟁이라고 밖에 할 수 없다고 하였다. 국무장관 애치슨도 통상적인 용어의 의미로서 한반도에 전쟁이 존재한다고 하였다. 그러나 이러한 ‘사실상의 전쟁’론은 역으로 전쟁법에 따른 전쟁도, 유엔헌장에 따른 강제 조치에의 참여도 아니었음을 증명하는 것이다. 미 사법부에서도 한국사태에 대한 미국의 전쟁

39) 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

40) Youngstown철강회사 사건에서 수석판사 Vinson씨가 Reed판사 및 Mintor판사와 더불어 동 판결에 소수의견으로 반대의견을 발표했다. 그는 한국사변을 명백히 전시라고 규정하지는 않았지만 「비상시」(extraordinary times)라고 불렀다. 빈슨수석판사는 말하길 세계가 아직도 제2차대전의 파괴로부터 회복되지 않았고 타의 가일층 전율할 「전체적 충돌」(global conflict)의 위협에 직면하도록 강요되고 있다. 미 국회는 미국방과 동맹국에 대한 군사원조비로 130억불을 계상하였다. 이러한 비상시에는 비상권력이 요구된다. 링컨대통령은 남북전쟁의 발발과 동시에 선전없이 그리고 제정법상의 권한 없이 일체의 군사적조치를 취했던 것이라고 설명하면서 트루먼 대통령의 침략격퇴를 위한 대한 파병 조치는 일종의 전쟁성격을 띤 것임을 시사하였다. “Constitutional Law Cases and Other Problem”, edited by *Professors of Harvard Law School* Vol. II, (1953), pp.1692-1651; 이한기, 「한국휴전협정의 제문제」, 『國際法學會論叢』Vol.3, (대한국제법학회 1958) p.53

41) 위의 글

판단은 부존재하였다.

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

3) 38선이북 점령자로서 유엔사지위의 부존재

1. 언커크준비위 통치권위임결정(50.10.12)의 무효

1950년 9월 22일 미국무성의 한국담당관 에머슨(John K. Emmerson)은 「한국전 종전계획」(Program for Bringing Korean Hostilities to an End)을 작성하였다.⁴²⁾ 맥아더는 10월 1일 북진을 명령했고, 10월 2일 에머슨은 ‘북한점령(The Occupation of North Korea)’이라는 제목의 지침을 작성했다.

이 기획안은 점령정책을 세 단계로 나누었다. 1단계에서는 조직적인 저항이 종식되고 유엔한국위원단이 북한에 도착할 때까지, 북한의 주요도시를 유엔군이 점령하고 이곳에서 북한군을 무장해제하고 일반인에 대한 구호, 기초적 행정업무 재개, 필수 정부인사총원 등의 업무를 수행하는 것이었다. 2단계는 유엔한국위원단이 북한에 도착해서 총선을 준비하는 단계였고, 3단계는 총선을 실시하고 유엔군이 철수하는 단계였다. 미국의 북한점령구상은 10월 2일의 맥아더의 유엔군사령부 작전명령 제2호 및 그 부록(10월7일)과 10월 9일의 미8군의 행정명령을 통해 나타났다.⁴³⁾

10월 7일 유엔한국통일부흥위원단(UNCURK)의 창설을 결의한 유엔총회결의에는 UNCURK가 도착할 때까지 임시위원회가 유엔통합군사령부에 대하여 협의하고 조언하도록 했다.⁴⁴⁾ 이에 따라 UNCURK창설준비를 위한 임시위원회는 1950년 10월 10일과 11월 15일 사이에레이크 석세스에서 회의를 개최했다. 10월 12일 호주대표는 다음과 같은 내용이 포함된 결의안을 제출했고 이는 통과되었다.

점령된 지역의 통치와 민사행정에 대한 모든 책임을 유엔한국통일부흥위원단이 이 지역의 행정을 고려하게 될 때까지 통합군사령부가 임시로 담당할 것을 권고한다.⁴⁵⁾

42) Christian Tomuschat, “United Nations, General Assembly”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>, para.24.; 김현정·김소연, 「국제법과 국제정치의 접점으로서 소프트웨어의 역할 - 유엔총회 ‘평화를 위한 단결’ 결의의 조약법상 효과를 중심으로」, 『東亞法學』, Vol.0 No.76, (2017), p.156

43) GHQ,UNC,UNC Operations Order No.2, Annex1, 국방군사연구소,SN100:EUSAK Administrative Order No 26, 국방군사연구소, SN 1358 ; 박명림, 『한국1950 전쟁과 평화』, (서울: 나남출판, 2003), p.597

44) 이는 에머슨이 작성한 점령정책 1단계에서 조직적인 저항이 종식되고 유엔한국위원단이 북한에 도착할 때까지, 유엔군이 점령업무를 수행한다는 지침과 일치한다. UNCURK가 유엔사령부를 지휘하는 게 아니라 유엔사가 UNCURK를 움직여 목적을 실현시키고 있었던 것이다.

45) 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 총회건의를 고려하며,
3. 대한민국정부는 유엔에 의하여 유엔 임시한국위원단이 감시 및 협의할 수 있었던 한국지역에 대한

언커크의 조언을 받아야 할 유엔사가 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 UNCURK의 결의도 아니었다. UNCURK 도착 전까지 한 달 정도 과도기 임무를 부여받은 임시위원회의 내부결정일 뿐이었다. 그러나 설사 유엔사가 언커크의 점령통치권을 위임받았다 해도 명확히 기술된 것처럼 그것은 ‘임시’였다. UNCURK는 일본에 도착해서 수차례 회의를 개최한 후 11월 26일 서울에 도착하여 활동하다가 12월에 부산으로 이동했다.⁴⁶⁾ 따라서 UNCURK가 서울에 도착한 11월 26일에 유엔사는 언커크에 모든 통치와 민사행정권을 이양했어야 했다. 그리고 이 날로 유엔사의 38이북지역에 대한 통치권위임은 종료되어 효력을 다하였으므로 무효를 구성한 것으로 봄이 타당하다. 그러나 그 ‘임시’가 1954년 38선이북지역 행정권이양 때 부활했고, 1963년 대성동마을에 대한 행정권논의에서 재등장했고, 2000년 남북관리구역합의 때 다시 부활하여 오늘까지 이어지고 있다. 그러나 38이북지역에 대한 점령자지위를 위임한 언커크준비를 위한 임시위원회 결정은 성립요건의 충족은 별론으로 하더라도 효력요건을 다하여 1950년 11월 26일 소멸되었음이 분명하다.

2. 언커크해체로 인한 위임주체의 부존재

1973년 11월 28일 유엔총회에서 언커크는 해체되었다.⁴⁷⁾ 언커크가 창설되어 서울에 도착한 1950년 11월 26일로부터 23년만이다. 주은래가 키신저와의 회담에서 유엔사와 언커크의 해체를 요구했는데 이중 언커크해체에 대해 동의하면서 신속히 성사된 것이다. 이로써 언커크가 유엔사에 위임한 38선이북지역에 대한 통치권의 권원마저 완전히 소멸한 것이다. 따라서 효력요건의 사멸로 무효화되었던 유엔사의 권한은 권원자체가 소멸하면서 다시 한 번 무효가 재확인 되었다.

4) 주일유엔사후방사령부 법적지위의 부존재

1. 요시다-에치슨교환공문의 불성립

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)
- 46) 영국이 북한통치문제에 관한 만병통치약처럼 생각했던 유엔위원회는 북한의 행정을 관철하는 것은 엄두도 못 내는 소수 약체 기관이며 이를 구성하고 있는 여러나라 출신의 위원들도 북한에 관해서는 완전히 무지할 뿐만 아니라 별 관심도 열성도 없는 사람들이었다. 이들 중 몇은 이미 전세가 유엔군 측에 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
- 47) A/9030, RESOLUTIONS ADOPTED BY THE GENERAL ASSEMBLY DURING ITS 28TH SESSION. VOLUME 1, 18 SEPTEMBER-18 DECEMBER 1973, agenda item 41

1954년 2월 19일 ‘주일유엔군지위에 관한 협정’(AGREEMENT REGARDING THE STATUS OF THE UNITED NATIONS FORCES IN JAPAN)이 체결되었다.⁴⁸⁾ 이에 의하여 캠프 요코타, 캠프 요코스카, 캠프 사세보 등 일본 내 주일미군기지가 유엔사에 제공됐고 그 중 캠프 자마에 유엔사후방사령부(UNC-Rear)가 설립되었다. 이들 기지는 일미안보조약에 묶여 작전출동시 사전협의를 필요한 여타 주일미군기지와 달리 사실상 자유사용이 보장되었다. 이에 따라 유엔사는 일본에서 법적지위를 행사하고 있다. 그러나 이는 협정문의 제목에서 알 수 있듯이 유엔사령부와 체결한 게 아니라 유엔군대를 구성한다고 생각하는 참전국정부간에 체결되었다. 그러나 주일유엔군은 존재하지 않는 군대이다. 1950년 7월 7일 안보리결의에 의해 창설이 권고된 것은 ‘미국통합사령부’였다. 심지어 미국이 유엔명칭을 도용하고 있는 사령부는 “유엔사령부”이다. “유엔군사령부”가 아니다. 그런데 이 협정은 그 주체가 “유엔군”이다. 정부기관장에 불과한 사령관이 아닌 정부 간에 체결되었다. 협정의 목적이 잘못되었고 협정의 주체가 잘못되었다. 이것이 기만에 의한 것이라면 재론의 여지없이 조약의 파기를 결과할 부적법이 발생한 것이다. 그러나 착오에 의한 것이라면 단어나 자구의 착오만으로는 부적법화 할 수 없고 그 착오가 동의를 구성하는 정도여야 한다.⁴⁹⁾ 앞서 살폈듯이 한국전쟁에서 유엔기관의 성격을 가진 상비군대로서 유엔군은 창설된 바가 없고 참전국의 조치는 유엔의 조치가 아닌 각국의 조치일 뿐이다. 그렇다면 이는 협정의 목적과 체결 당사자의 문제로 동意的 본질을 구성하는 착오로 의심된다.

주일유엔군지위협정 전문은 유엔헌장에 따른 한국 내 유엔조치(UN action)에 참여하는 군대에 대해 시설을 제공한다고 했다. 이는 1951년 9월 8일 요시다-애치슨교환공문⁵⁰⁾에 근거하고 있다. 샌프란시스코평화조약과 함께 체결된 일·미안보조약과 요시다-애치슨교환공문은 모두 ‘유엔을 위하여’ 복무한다는 공통된 목적을 천명하였다. 그러나 요시다-애치슨교환공문의 대전제인 한국에서의 군사작전은 ‘유엔의 조치’가 아니다. 따라서 요시다-애치슨교환공문은 평화조약에서 합의한 유엔조치의 지원의무와 일치하지 않는다. 또한 이 공문은 이미 한국전에 참전한 일본 소해대등의 불법참전을 사후추인받기 위한 목적도 가지고 있었다. 따라서 교환공문에는 “연합국최고사령관의 승인을 얻어 일본은 시설 및 용역을 유엔회원국의 군대가 유엔조치에 참가하는데 있어 필요한 원조를 이제까지 해왔습니다”⁵¹⁾라고 과거형으로 명시하고 있는 것이다. 그러나 이는 전형적인 소급입법이다. 일본은 56년 유엔가입이전까지 유엔회원국으로서의 의무 또한 갖지 않는다. 따라서 유엔조치를 지원하기 위한 요시다-애치슨교환공문과 주일 유엔군지위협정은 법적성립요건을 결여하고 있다. 협정의 불성립과 그에 따른 부존재가 의심된다.

48) 주일유엔군지위협정은 1954년 2월 19일 일본과 유엔사회원국 중 미국, 캐나다, 영국, 남아공, 호주, 필리핀 정부가 서명했다. 다른 참전국은 서명에 참여하지 않았다. 이 협정은 6월 1일 반포(promulgate)되고, 6월11일 발효(entered into force)되었다.

49) 「조약법에 관한 비엔나협약」 제48조(착오) ① 조약상의 착오는, 그 조약이 체결된 당시에 존재한 것으로 국가가 추정할 사실 또는 사태로서, 그 조약에 대한 국가의 기속적 동意的 본질적 기초를 구성한 것에 관한 경우에, 국가는 그 조약에 대한 그 기속적 동의를 부적법화하는 것으로 그 착오를 원용할 수 있다.

50) 정식명칭은 “Notes Exchanged between Prime Minister Yoshida and Secretary of State Acheson at the Time of the Signing of the Security Treaty between Japan and the United States of America”이다. Joyakushu, 30-6. *Japan's Foreign Relations-Basic Documents* Vol.1, pp.446-448

51) 外岡秀俊, 本田優, 三浦俊章, 『日米同盟半世紀:安保と密約』, (東京: 朝日新聞社, 2001)/진창수 역, 『미일동맹: 안보와 밀약의 역사』, (서울: 한울, 2006), pp.551-552

2. 일본헌법 9조와의 충돌에 의한 주일유엔군소파의 불성립

조약의 체결은 조약체결권 즉 조약체결능력을 성립요건으로 한다. 또한 조약체결능력은 국내법과 절차에 의해 보장된다. 그런데 국내법 특히 헌법의 위반이나 수정을 요구하는 조약이라면 근본적으로 중요한 국내법규정의 위반을 구성한다고 할 수 있다.⁵²⁾ 주일유엔군소파는 헌법 9조의 위반을 구성함이 의심된다. 1955년 8월 24일 정오 워싱턴에서는 국무부에서 델레스를 중심으로 검토회의가 열렸다. 회의에서 담당관이 “일본 측은 주일미대사관에 대해 한반도나 대만에서 전쟁이 일어나더라도 일본이 기지를 제공할 의무가 있다고 생각하지 않으며 1951년 강화조약으로 교환된 것과 같은 새로운 교환공문이 필요하다는 점을 명확히 하고 있다”고 하자, 델레스는 “1951년 교환공문은 주일미군이 아니라 유엔군의 기지사용에 관한 것이다. 정치적으로 어떻게 해석하든 일본에게는 미국의 기지사용에 의문을 제기할 법적 권한의 근거가 없다.”⁵³⁾고 답했다.

1958년 9월 9일 국무회의와 국방회의가 열려 주일대사관이 기안하고 국무부가 수정한 신안보조약안을 논의하였다. 이 논의에서 국방장관이 “한반도에서 전투작전행동을 하는데 일본을 사용할 수 있는가?”라고 묻자 주일대사가 다음과 같이 답했다. “그 문제는 1951년 9월 8일 있었던 요시다-애치슨교환공문으로 처리되었고 안보조약이 바뀌어도 유효하다.”⁵⁴⁾

이에 따라 1958년 10월 4일 조약개정을 위한 제1차 도쿄회담에서 미국측은 ‘한국전쟁에서 유엔조치를 지지하는 ‘요시다-애치슨교환공문’은 강화조약에 관련된 것으로, 신안보조약이 영향을 미치지 않는다’고 말했다.⁵⁵⁾ 1960년 신안보조약의 조인을 눈앞에 두고 마지막까지 문제가 된 것 역시 ‘요시다-애치슨교환공문’의 처리였다. 미국은 이 교환공문이 강화조약에 관련된 것으로 안보조약개정에는 영향을 받지 않는다는 입장을 취하며, 미군이 전투작전행동에서 기지를 사용할 경우에는 사전협의를 필요로 한다는 일본측과 대립하고 있었다. 이것에 대해서는 표면상 ‘요시다-애치슨교환공문등에 관한 교환공문’⁵⁶⁾이 새롭게 교환되고 ‘유엔군이 있는 한 효력은 있지만, 미군의 기지사용과 지위는 신안보조약으로 규율된다’고 하여 사전협의를 대상이 되기로 결정했다. 그러나 이점도 ‘한반도의 유엔군에 대한 무력공격의 경우에는 주일미군은 사전협의(prior consultation)없이 전투작전을 할 수 있다’는 비밀양해각서가 교환되었던 사실이 나중에 밝혀지게 된다. 즉 이 부분에 대해서는 처음부터 사전협의대상에서 빠져 있었던 것이다.⁵⁷⁾ 이는 일본헌법9조와 정면배치 된다.

한국군사력이 세계6위⁵⁸⁾를 차지함에도 유엔사존치론자들은 일본의 개입을 불러올 유엔사후방사령부의 자동개입을 유엔사존치의 중요이익으로 들고 있다. 유엔사재활성화를 추진하는 미국 역시 미국이외 참전국을 전개·주둔시킬 수 있는 일본후방사령부가 중요하다. 한국과 달리 주일유엔군소파가 있어 이들 참전국의 법적 지위를 보장받기 때문이다. 그러나 주일유엔사후방

52) 「조약법에 관한 비엔나협약」 제46조(조약 체결권에 관한 국내법 규정) ① 조약 체결권에 관한 국내법 규정의 위반이 명백하며 또한 근본적으로 중요한 국내법 규칙에 관련되지 아니하는 한, 국가는 조약에 대한 그 기속적 동의를 부적법화하기 위한 것으로 그 동의를 그 국내법 규정에 위반하여 표시되었다는 사실을 원용할 수 없다.

53) 위의 책, p.140

54) 위의 책, pp.188~189

55) 위의 책, pp.194~195

56) "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.html>>.

57) 앞의 책, pp.202~204

58) <http://globalforepower.com/countries-listing.asp>

사령부의 법적 권원인 요시다-에치슨교환공문과 주일유엔군소파의 불성립이 의심된다. 그렇다면 주일유엔사후방사령부 역시 부존재가 의심되는 것이다.

(2) 정전협정의 부존재

유엔사의 법적지위를 성립시키는 또 하나의 근거가 정전협정이다. 다음은 정전협정서명자인 유엔사는 별개로 하고 한국군, 한국정부의 입장에서 정전협정이 부존재함을 입증하고자 한다. 한국은 정전협정과 무관한 제3자이며 제3자의 지위가 오히려 평화협정체결 당사자 적격을 획득하는데 유리함을 주장하고자 한다.

1) 정전협정 형식문제로 인한 부존재

1. 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 유엔사를 일방으로 인민군과 중공군을 다른 일방으로 표현했다. 누구나 알 듯이 국군이 교전에 참여하여 엄청난 피를 흘렸지만 냉정하게도 이 협정문에는 국군의 이런 피는 한 방울도 기록되어 있지 않다. 이승만이 정전을 극력 반대했고 그 결과 협정체결에 불참했기에 법적자격이 성립되지 않은 것이다.

그럼에도 일부학자는 한국을 정전협정의 주체로 주장하기 위해 이승만이 국군통수권을 맥아더에게 이양했고 이양된 통수권에는 정전협정체결권도 포함된다는 논리를 끌어온다. 유엔사령관에게 한국군에 대한 국군통수권이 이양되었으므로 국군통수권의 일부인 정전권, 정전협정 체결권 역시 이양된 것이라는 논리이다.⁵⁹⁾

그러나 이승만의 의도가 어떻든 간에 헌법이 정한 절차에 따라 국군통수권이 맥아더에게 이양된 바가 있는지는 의심된다. 이 이양은 전란을 맞은 위급한 시기란 점을 감안해도 당시 헌법적 절차를 심각하게 결여하고 있어 조약이 성립됐다고 볼 수 없다.⁶⁰⁾

첫째, 국무회의 의결과 부서(副署)가 없다.

당시 헌법은 반드시 국무회의 의결을 거쳐야 할 13가지 사항 가운데 ‘군사에 관한 중요한 사항’(제72조 제7호)을 규정하였다. 그러나 이승만이 국무회의에서 국군통수권이양에 관한 의결을 거쳤다는 기록은 보이지 않고 있다.⁶¹⁾ 안광찬은 서한에서 command authority란 표현을 사용한 것에 대해 이는 군사용어에 대한 지식이 없어서 생긴 표현상의 오류라고 보았다.⁶²⁾ 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.⁶³⁾ 그러나 이 서한에는 국무총리와

59) 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

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

61) 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.

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

63) 현행 헌법 제82조에 해당한다.

국방부장관이 함께 서명한 부서가 존재하지 않는다.⁶⁴⁾ 분명 헌법상이 정한 절차에서 중대한 하자가 존재하는 것이다.

심지어 미국측 자료에 의하면 “이 대통령의 공한은 대통령비서실의 보좌나, 국무회의 의결이나, 외무부의 역할이 개입된 흔적이나 혹은 미국 대사관의 역할이 개입된 사실을 찾아보기 힘들다.”면서 “이 대통령 공한의 합법성이 문제시될 수도 있으며 현재에 이르기까지 적법절차를 거쳐 보완되지 않았기 때문에 대통령 공한에 의한 주권 일부로 간주될 국군통수권 이양이 위헌으로 주장될 소지를 안고 있다.”는 사실을 지적하고 있다.⁶⁵⁾ 이처럼 미국은 이 국군통수권 이양공한의 위법성을 정확히 파악하고 있었던 것이다.

이는 이대통령이 국내법적 절차를 제대로 거치지 않았고 독단적으로 맥아더 장군에게 군통수권을 이양하는 내용의 문건을 전달했기 때문에 국내법적 절차를 다 거친 공한이라기보다는 대통령의 개인적인 서한일 뿐이라는 주장에 설득력을 부여한다.⁶⁶⁾

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.⁶⁷⁾ 따라서 헌법을 위반한 개인적 서한을 조약으로 보는 것은 무리하다.⁶⁸⁾ 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 기본적 국내법규정에 대한 중대한 위반은 조약을 무효로 한다고 하고 있다.⁶⁹⁾ 이는 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)⁷⁰⁾에 의해 합의된 조약은 구속력을 가질 수 없다. 조약은 모든

64) 이 서한의 한국어 원본이 아직까지 발견되지 않는 것으로 봐서 한글본이 존재하는지조차 의심이 된다. 예를 들면 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, 예속인지 등에 따라 권리관계가 민감하게 달라질 수 있다는 점을 고려하면 조약으로서 흠결을 가진 것은 분명하다.

65) 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 만듦으로서 이의 합법화를 시도했다. 10월 7일 유엔총회에서 북한통치를 위한 언커크장설을 결의하고 현장규정에서 그 근거를 찾을 수 없다는 지적이 일자 11월에 평화를 위한 단결결의를 통과시켜 합법화를 시도했다. 또한 일본군을 한국전쟁에 투입시키고 국제법적 문제가 될 이 사안을 합법화시키기 위해 51년 요시다-에치슨교환공문을 채택했다. 선 불법행동 후 사후보완절차는 미국의 교의 한 특징이다. 그러나 이승만은 이조차 하지 않았던 것이다. 그의 유일한 사후보완책은 두달 뒤 구두로 자신의 작전권이양이 강압이 아닌 자발적인 조치였다고 말한 것뿐이었다.

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

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

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

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

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

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 합의의 성격과 관련하여 계약과 조약이 다르다고만 하고 있을 뿐 어떻게 다른지 그 이유와 근거를 제시하지 못하고 있는 점도 비판대상이 될 수 있다. 조약은 단순히 계약으로 불리는데 그치는 것이 아니라 실제로도 당사자 간 자유의사의 합치가 본질인 계약이어야 한다고 설파한 리스트(Franz von Liszt) 등의 견해는 이런 주장을 뒷받침하는 것이다.⁷¹⁾ 그리고 의사의 일치가 법적으로 중요한 의사의 흠결로 인한 것일 때에는 해당 조약을 취소할 수 있다.⁷²⁾ 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 주장되려면 당사자가 특정되어야 한다. 이승만은 유엔군총사령관(Supreme Commander United Nations Forces)에게 이양한다고 했는데 무초의 서신에서는 육군원수(General of the Army) 맥아더가 이양을 받는다고 했다.⁷³⁾

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

그러나 더 심각한 것은 명칭표기의 오류만이 아니다. 유엔사령부가 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.⁷⁴⁾ 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 법적 조약은 성립요건을

71) Franz von Liszt, Max Fleischmann, *Das Völkerrecht* 12.Aufl., (Berlin: Verlag von Julius Springer, 1925), S.261; 조약과 계약에 대한 심층적 연구는 Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law-with special reference to international arbitration*, (Connecticut: Archon Books, 1970), Ch.IV 참조

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

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

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

결여하고 있고 불성립되었다는 것이다. 설령 군통수권이양이 성립되었다 해도 정전협정체결을 반대한 것은 다름 아닌 이승만이였다. 따라서 정전협정체결주체로서 한국은 부존재 한다.

2. 정전협정 체결주체로서 유엔의 부존재

김명기는 ‘유엔사령관이 유엔의 특별수권으로 “유엔을 위하여”(on behalf of the United Nations) 휴전협정을 체결할 권한을 갖는다.’고 주장했다. 유엔사가 국제법주체로서 정전협정에 서명했고 따라서 그 당사자는 유엔이 된다는 주장이다. 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 조약체결 당사자가 될 수 있음을 주장한다.

다음과 같은 경우 유엔에 의해 직권으로 등록된다. 유엔이 조약 또는 국제협정의 당사자인 경우...⁷⁵⁾

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 당사자간 조약이나 협정이 처음 발효된 날이 된다.

그렇다면 정전협정의 발효일은 1953년 7월 27일이므로 유엔사무국에 7월 27일자로 등록되었는지를 살펴보면 바로 증명될 것이다. 유엔사무국의 조약등록은 홈페이지에서 어렵지 않게 확인할 수 있다.⁷⁶⁾ 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 유엔사를 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.

75) 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

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

1950년 7월 6일 노르웨이대표인 순대 안보리의장은 미국의 통합사령부창설결의 초안 3항의 끝에 '유엔을 위한 기구로서(as agent for United Nations)'란 단어를 추가할 의사가 있는지를 알고 싶다고 미국유엔대사에게 문의했다. '유엔을 대신하여 권한을 위임받은 기구'와 '유엔을 위한 기구'는 차이가 있으나 미국이 통합사령부창설결의에서 유엔과의 관계를 단호히 거부했다는 점은 공통된다.⁷⁷⁾ 이상면은 김명기에 반대하여 유엔이 정전협정당사자가 될 수 없다고 주장한다.⁷⁸⁾ 유엔의 입장에서도 정전협정은 부존재하며 유엔 역시 제3자일뿐이다.

3. 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 유엔사이다. 유엔사를 유엔의 기구로 보면 당사자는 유엔이다. 유엔도 법인격이 있으므로 당사자가 될 수는 있다. 그러나 우리가 명확히 알고 있듯이 유엔은 한국총독에 대해 헌장39조의 군사적 강제조치를 결정한 적이 없다. 따라서 유엔당사자설은 불성립한다. 한편 유엔사는 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 유엔사령관으로서의 자신의 존재와 역할에 대해 회의적이었다. 정전협정은 각료협정보다 약한 전투사령관의 임시적·일시적 협정이다. 그럼에도 국가명을 정확히 표시한 조선민주주의인민공화국측과 달리 미국은 미국통합사령관이란 명칭을 사용하지 않았고, 유엔사령관이란 이름을 사용하면서도 참전국군대등을 병기하지도 않았다. 지금도 정전협정의 법적 주체가 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 유엔사령관의 실체가 혼동된다면 더구나 한국군으로서 정전협정의 효력이 의심됨이 당연하다.

2) 정전협정 내용의 문제로 인한 부존재

1. 유엔사의 점령자지위가 갖는 위헌성으로 인한 협정불성립

정전협정 서문에 의하면

이 조건과 규정들의 의도는 순전히 군사적 성질에 속하는 것이며, 이는 오직 한국에서의 교전 쌍방에만 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 헤

77) *Foreign Relations of the United States* 1950, Vol.VII (Washington, D.C.: U.S.Government Printing Office, 1976), pp.318-319

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

이그육전규칙에 따르면 전쟁 즉 '군사적 성질'이란 전투, 항복, 휴전, 점령까지를 포함한다. 따라서 유엔사로서는 '순전히 군사적 성질'이란 점령까지 포함한다고 하거나, 점령이란 말이 자극적이면 정전협정 용어대로 민사행정까지 포함한다고 할 것이다. 민사행정, 즉 민정은 점령용어 이기에 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.⁷⁹⁾

정전점령은 정전협정에 근거하여 적국영토를 군사적으로 점령하는 것을 말한다.⁸⁰⁾ 따라서 점령국의 권한은 무엇보다도 정전협정 규정에 의하여 정하여진다. 미군정은 일본에 대해 정전이 아닌 항복을 받았으므로 정전협정 규정등의 제약을 받지 않았고 주권에까지 미치는 광범위한 권한을 행사하였다는 점에서 차이가 있다. 그러나 정전점령이라고 해서 점령의 본질이 사라지는 것은 아니다. 유엔사가 점령을 어떻게 정의하고 있는지 보자. 정전협정준수를 위해 유엔사가 제·개정하는 「유엔사규정525-2」(UNC Regulation 525-2)은 민사행정을 다음과 같이 정의하고 있다. “미군이 주둔하는 적대적인 지역에서 토착 민간정부가 수립될 때까지 외국정부가 행정, 입법 및 사법권을 행사하기 위해 외국정부가 수립하는 행정.”⁸¹⁾ 여기서 외국정부란 당연히 미국정부이다. 헤이그육전규칙 42조에 의하면 점령지는 '적군의 권력하에 놓인 영토'이다. 한·미는 동맹관계인데 한국과 유엔사는 적대관계로 규정하고 있는 점에 주목해볼 필요가 있다. 한국이 정전에 반대하는 순간 정전유지를 위해서 유엔사는 한국군을 군사통제해야 하는 입장에 선 것이고 군사작전의 입장에서 국군은 정전업무의 주체가 아닌 대상이 되는 것이다. 외국군이 조약에 의하지 않고 다른 외국군을 통제할 수 있는 방법은 점령밖에 없다. 이같은 점령의 정의는 미국 점령정책형성기와 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 점령국의 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.⁸²⁾

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

80) 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

81) 「유엔사규정525-2」, 군사작전 대성동민사행정, 2012년 3월 23일, p.14

82) 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)

정전협정은 유엔사령관이 비무장지대 남측의 민사행정을 책임지는 것으로 되어있는데 민정, 즉 점령업무는 미군정교범에 따르면 군사작전을 지원하는 것이 최우선이고 미국의 정책을 추진하며, 점령을 완수하는 것이다. 전시점령은 친미민간정부수립을 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.⁸³⁾

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 유엔사는 38선이북-비무장지대남측지역에 대해 점령지로 규정하였다. 다음은 1954년 38선 이북과 비무장지대 사이에 위치한 지역에 대한 유엔사의 한국 정부로의 행정권이양시 유엔사령관이 이승만에게 보낸 공한이다.

“유엔사는 지금 유엔사의 군사점령아래(under military occupation by the UNC) 있는 38선 북쪽지역을 한국의 행정권 아래로 이양하기 위한 준비가 되어 있다.”⁸⁴⁾

정전상태인 54년 상황에서 유엔사는 한국영토일부지역을 점령지로 규정하고 있는 것이다. 미국은 당시 행정권을 뜻하는 표현으로 ‘administrative control’을 사용했고 언커크는 ‘administration’⁸⁵⁾을 사용하였다. 그러면서 행정권을 최종적 관할권(ultimately juridically control)과 구분하여 사용했다. 관할권에 입법관할권, 행정관할권, 사법관할권이 있지만 최종적 관할권이라면 그것은 주권이다. 미국은 한국이 주권을 달라고 요청했다는 보고를 하면서 이에 해당하는 단어로 ‘Jurisdiction’을 사용했다.⁸⁶⁾ ‘Jurisdiction’에 대해 1954년 9월 1일 한미 간의 마라톤협상에서 변영태외무장관의 입장은 다음과 같이 행정권과 주권을 명확히 구분하고 주권의 이양을 주장하는 것이었다.

83) Ernst Frankel, “Structure of United States Army Military Government in Korea”; 정용욱 편, 『해방직후 정치사회사 자료집』, 2권, (다락방, 1994)

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

85) ‘UNCURK adopted a resolution recommending transfer of administration of the area to the Republic of Korea.’(UNCURK Report, 1954, United Nations document A/2711, pp.4-7); *Foreign Relations of the United States 1952-1954 VolXV, Korea (in, two parts) Part 2*, (Washington:United States Government Printing Office, 1984), p.1866

86) ‘Beginning in August 1953, the Republic of Korea requested that it be given jurisdiction over territory north of the 38th Parallel under United Nations Command control.’ *Foreign Relations of the United States 1952-1954 VolXV, Korea (in, two parts) Part 2*, (Washington: United States Government Printing Office, 1984), p.1865

‘한국은 행정권(administrative control)뿐만 아니라 주권(sovereignty)을 가져야 한다. 이 곳은 한국 영토이다.’⁸⁷⁾

미국이 사용한 최종적 관할권이란 한국이 이해하기엔 곧 주권이였다. 일반적으로도 국가관할권이란 국가의 주권적인 권한의 총체를 의미한다.⁸⁸⁾ 그러나 주권은 영토전역을 대상으로 하는 것이므로 영토의 일부지역에 대한 점령을 주권의 취득으로 볼 순 없을 것이다. 그러나 한국정부로서는 정전협정에 대한 모든 권한을 가진 유엔사령관이 전 영토에 대해 정전점령권을 가지고 있다고 생각하는 것이 이상하지 않았다. 현재에도 「유엔사규정」은 유엔사령관의 권한에 대해 다음과 같이 명시하고 있다.

유엔군사령관은 군사분계선 이남의 한국영토 전체를 포함하는 지역에서 정전협정 제반조항을 집행할 책임이 있다.⁸⁹⁾

정전점령이라는 법적성격으로부터 어떤 법적효과가 설정되는지 대성동에 대한 처리문서를 살펴보자. 1963년 7월 1일자 주한미대사관이 미8군에 보낸 전문에는 6월 22일 유엔사령부가 대성동의 행정권(administration)을 한국정부에 위임하는 문제에 반대하는 국무성의 지시가 분명히 밝혀져 있다.⁹⁰⁾ 즉 정전협정상 비무장지대에 대한 행정권은 유엔사령부에 합법적으로 부여된 것(in the face of de jure administrative control of area conferred on CINUNC by the Armistice Agreement)이고, 한국정부에 일부라도 위임되어서는 안된다는 것이다. 비무장지대에 대해서는 주권 중 입법관할권은 물론 행정권조차 이양할 생각이 없었던 것이다. 유엔사는 「유엔사규정」의 제정과 개정을 통해 입법권을 행사하고 있다. 유엔사는 대성동을 설립했다고 명기했다.

대성동은 정전협정 추후합의서에 의거 허가되었으며 대한민국 정부의 동의와 지원 하에 유엔사가 설립하였다.⁹¹⁾

87) 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.1867

88) 국가관할권은 법규를 제정하고 집행하는 관점에서 입법관할권(또는 규범관할권)과 집행관할권으로 나누어 생각 할 수 있다. 입법관할권이란 국가가 법규범을 선언하는 국가공권이라 할 수 있는데 그 선언 방식은 1.입법부의 입법행위, 2. 행정부의 법규제정권 그리고 3. 판례의 선례구속성의 원칙이 확립된 영미법 국가의 경우 사법부의 판결을 통해서도 가능하다. 집행관할권은 입법관할권을 통해 제정된 법규를 집행하는 국가적 공권으로 행정행위를 통해 법을 집행하고 법에 따라 재판을 진행하는 권한. 즉 행정관할권(executive jurisdiction)과 사법(재판)관할권(judicial jurisdiction)으로 나누어 볼 수 있다; J.M.Sweeny, C.T. Oliver and N.E.Lee, *Case and Material on the International Legal System 2nded.*, (Mineola, New York: The Foundation Press, 1981), p.89; 소병천, 「국내법의 역외적용에 관한 미국의 관행」, 『대한국제법논총』Vol.49 No.3, (2004), p.171

89) UNC Reg 551-4 COMPLIANCE WITH THE KOREAN ARMISTICE AGREEMENT(2019.05.13), p.8

90) To Colonel James Taylor, Jr. Assistant Chief of Staff, G-5 Eighth United States Army From American Embassy, Seoul (July 1, 1963) SUBJECT: TAE SONG DONG: Proposed Letter to ROK Minister of National Defense, REF: Your Memorandum of 22 June 1963

91) 「유엔사규정 525-2」, 군사작전 대성동민사행정, 2012년 3월 23일, p.7

한국정부의 동의라는 전제를 달았지만 대성동을 유엔사가 설립하였다는 것이다. 대성동은 원래 한국주민이 살던 마을이다. 그런데도 우리 영토 안에 외국군대가 행정단위를 설립하고 우리국민을 군사작전 하에 행정통제하고 있다. 이는 미대사관이나 미군기지와는 전혀 성질이 다른 것이다. 미국 자국민이 아니라 한국민에 대해 통치하고 있는 것이기 때문이다. 비무장지대 관할권을 규정하는 ‘순전히 군사적 성질’이란 미국의 자기규정에 의하면 한국주권을 부정하는 점령적관할권으로 이해됨이 타당하다.

‘유엔사규정551-4’에는 유엔사령관의 권한에 대해 유엔사측 비무장지대와 한강하구 내 “모든 활동”(all action)에 대한 책임을 진다고 명시하고 있다.⁹²⁾ 맥아더는 1945년 9월 7일 포고 제 1조에서 38도이남 지역과 주민에 대한 “모든 행정권”(all powers of Government)을 접수한다고 했다.⁹³⁾ “모든 행정권”은 조선총독부라는 일본정부기관의 특정행정권력 이상을 포괄하는 고권적 권력(hoheitliche Gewalt)을 의미했으며⁹⁴⁾ 결국 미군정은 스스로 주권정부를 자임했다.⁹⁵⁾ 이는 헤이그육전규칙이 정하고 있는 전통전쟁법에 위배된다. 유엔사령관이 말한 “모든 활동”이 주권의 취득을 의미한다고 볼 수 없다. 그러나 법적용어라고 볼 수 없는 “모든 활동”의 범위는 유엔사령관의 해석과 재량에 달려 있어 의심을 초래한다.

유엔사가 2000년 경의선지구 남북관리구역창설시 논쟁된 ‘Jurisdiction’과 ‘Administration’을 구별하는 용례 역시 1954년 38이북지역 행정권이양 논쟁과 일치한다.⁹⁶⁾ 제주도에서 남북국방장관이 회담할 때는 ‘남북관할구역’⁹⁷⁾이었던 것이 유엔사-인민군간 최종합의서에서는 ‘area under the administration of the south and north’로 바뀌었다. 우리는 이를 ‘남북관리구역’이라고 번역하였다.⁹⁸⁾ 그러나 1954년 ‘Jurisdiction’은 관할이 아닌 주권으로 해석되

92) 3-2.a. 유엔군사령관은 유엔사 측 비무장지대와 한강하구내 모든 활동(all action)에 대한 책임을 진다. UNC Reg 551-4 COMPLIANCE WITH THE KOREAN ARMISTICE AGREEMENT(2019.05.13), p.13

93) 법원행정처, 『미군정법령집』 (서울 1969), p.1에서 인용. 원문은 다음과 같다; “All powers of Government over the territory of Korea south of 38 degree north latitude and the people thereof will be for the present exercised under my authority” *FRUS, vol.6, The Far East, United States, Department of State* (Washington, D.C., 1947), p.1043.

94) 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.107

95) Ernst Fraenkel, *Structure of United States Army Military Government in Korea*, (1948), Box No.23, Entry A1 1256, Record Group 332. pp.9-10/정용욱 편, 『해방직후 정치사회사 자료집』 2권, (다락방, 1994)

96) “우리는 한국에 38선 이북지역의 행정적, 최종적 관할권을 효과적으로 이양하기 위한 언커크의 조치에 신속히 동의해야한다.”(we should promptly agree with UNCURK measures to effect transfer area north of 38th parallel to ROK control, administratively and ultimately juridically), Edward C. Keefer. Ed, “The Ambassador in Korea (Briggs) to the Department of State SEOUL, June 18, 1954-6p.m.” *Foreign Relations of the United States 1952-1954 VolXV, Korea (in, two parts) Part 2*, (Washington: United States Government Printing Office, 1984), p.1809 최종적 관할권(ultimately juridically control)은 곧 주권이었다. 당시 한미사이엔 주권 : 행정권의 구도로 이해하고 논쟁했기 때문이다. 그러나 언커크의 권고와는 달리 유엔사는 주권전체가 아닌 행정권만을 이양하였다.

97) 2000년 9월 26일 국방장관회담 공동보도문4항에서는 “남과 북을 연결하는 철도와 도로 주변의 군사분계선과 비무장지대를 개방하여 남북관할지역을 설정하는 문제는 정전협정에 기초하여 처리해나가기로 하였다.” 국방부, 『남북군사회담자료집』, (서울: 국방부, 2018), p.137참조.

98) 당시 유엔사와의 조율업무를 맡았던 김국헌 전 국방부 군비통제관은 그의 비망록에서 administration을 자신이 먼저 제안했다고 주장했다. 김국헌은 그러면서 이 단어를 행정권이라고 번역해서 사용했다. 따라서 한국이 사용하는 관리권이란 추상적 개념은 행정권으로 좀 더 구체화시키는 데 이견이 없어 보인다. 김국헌, 「증언 남북군사회담의 산증인 김국헌 전 국방부군비통제관의 비망록

었고 'Administration'은 관리가 아닌 행정권으로 해석되었다.

한국 국방부와 유엔사간 협의 끝에 2003년 1월 20일 「유엔사-북한군 및 남북한 군간 협의처리할 군사실무적 문제들에 관한 약정」을 체결하였다. 동 약정에 따라 유엔사와 북한군, 한국군과 북한군 간에 남북관리구역 내에서 제기되는 군사적 문제를 협의·처리하는 범위를 구분했다.⁹⁹⁾ 그러나 미국은 기능적 필요성 때문에 해당구역에 대한 행정권을 남한에 위임하더라도 동 구역에 대한 최종적 관할권은 유엔사가 보유하고 있다는 점을 분명히 하였다. 당시 한국은 장기적으로 비무장지대 및 접경지역에서 추진되는 남북협력사업에 대한 관리권을 유엔사가 포괄적으로 남한에게 위임해 줄 것을 희망했다.¹⁰⁰⁾ 그러나 유엔사는 사안별로만 위임해오다가 유엔사재활성화전략이 실행된 이후로는 이마저도 강경하게 적용하고 있다. 따라서 비무장지대 출입을 허가제에서 신고제로 한다거나 하는 대안은 설령 유엔사가 유연하게 양보한다 해도 일시적·사안적인 것일 뿐이며 언제든 원상복귀 할 수 있다는 것이 확인되었다.

남북관리구역창설시 유엔사가 표명한 입장을 1954년 수복지구행정권 이양의 연장선에서 본다면 비무장지대를 군사점령지역으로 간주하고 있으며 Jurisdiction 보유주장은 한국주권에 대한 제약을 의도한 것임을 알 수 있다. 따라서 유엔사가 관할권이란 번역어로 행사하고 있는 정전점령권이 한국의 주권을 침해한다는 표현은 공연한 억측이 아닌 셈이다.

일찍이 이한기는 정전협정을 전쟁을 종료시키는 휴전으로 볼 경우, 유엔사의 점령은 전시점령과는 다른 것으로 보아 '우호적 점령'이란 표현을 썼다.¹⁰¹⁾ 그러나 정전을 전쟁의 연장선으로 볼 경우 유엔사의 점령은 전시점령이다. 따라서 이한기가 유엔사의 '점령'을 간파한 것은 탁월하나 '우호적 점령'이란 표현은 본질을 은폐할 수 있다고 보인다.

유엔사는 38이북-군사분계선이남지역을 '군사점령'지로 규정하여왔고 이는 정전협정에 '군사통제'란 단어로 무수히 반복되고 있다. 유엔사의 점령자 지위는 앞서 보았듯 1950년 10월 12일 언커크 임시위원회의 통치권위임에 근거한다. 그러나 권한을 위임했던 기간은 언커크가 도착한 11월 28일 종료되었다. 따라서 정전협정에서 유엔사의 점령자지위는 불성립한다. 설령 위임이 성립했다 치더라도, 73년 권한위임주체인 언커크는 유엔총회에서 해체되었으므로 그 효력이 소멸하였다. 어떤 식으로든 한국 주권을 침해하는 유엔사의 정전점령자지위를 조약이나 국제법의 제약없이 헌법의 틀 안에 수용할 수는 없다. 따라서 한국입장에서 정전협정은 불성립하며 부존재 한다.

2. 정전협정의 예외상태로 인한 협정불성립

정전협정이 한국에서 법적 지위를 가지고 있다면 한국 헌법과 법률의 틀 내에서 적용되어야 한다. 예를들어 비무장지대통과문제를 살펴보자. 정전협정은 유엔사의 DMZ·MDL 통과 불허가에 대한 아무런 불복절차를 마련해두지 않고 있으며 우리 헌법과 법률은 유엔사의 DMZ·MDL 통과 불허가에 대한 통제방법에 관하여도 아무런 법과 규정을 두고 있지 않다. 불허가의 경우

1), 『월간조선』, (2014.12)

99) <국방부 - 유엔사간 약정 요지> ○ 유엔사와 북한군간에는, ① 비무장지대 진입 승인, ② 군사분계선 통과 승인, ③ 정전협정 관련 문제의 처리, ④ 정전협정의 유지 등 관할권과 관련된 군사적 문제를 협의처리하고, ○ 한국군과 북한군 사이에는, ① 지뢰제거, ② 철도·도로 및 지원 제반시설 공사, ③ 철도·도로 및 지원 제반시설의 정비, ④ 인원, 열차, 차량 운행계획, ⑤ 비무장지대 자기측 지역에서의 안전보장 등 관리권과 관련되는 군사적 문제를 협의 처리하도록 규정. 문성묵, 「DMZ 관련 군사합의 이행 평가 및 향후 추진방향-정전협정에 기초한 관할권과 관리권 활용」, 『접경지역통일연구』Vol.3 No.2, (한국접경지역통일학회, 2019), pp.86-87

100) 박종철, 『남북협력증진을 위한 군사적조치의 이행방안』, (통일연구원, 2000), p.55

101) 이한기, 『국제법강의』신정판 중판, (박영사, 2006), p.749 참조

에는 불허가라는 집행행위의 매개가 있으므로 유엔사의 불허가처분을 대상으로 위헌소원청구를 제기할 수 있다는 견해도 가능하겠으나, 공권력은 대한민국 국가기관의 공권력작용이고 외국이나 국제기관의 공권력 작용은 이에 포함되지 않는다.¹⁰²⁾ 따라서 국내법적 효력을 갖는 조약이 유엔사와의 사이에 체결되어야 하지만 한낱 기관에 불과한 유엔사와 법적권한과 의무를 발생시키는 조약을 체결할 수도 없다.

그 결과 유엔사령관은 헌법 밖에 존재하는 자가 되었다. 칼 슈미트(Carl Schmitt)는 이러한 상태를 예외상태라고 정의했다. 제한권력은 법의 예외문제를 잘 보여준다. 헌법이 있기 전 헌법을 만든 헌법제정 주체인 주권인민¹⁰³⁾은 아직 법이 부재한 상태에서 헌법을 제정하므로 법의 합법성이 부여되지 않았다. 그리하여 주권인민은 법 밖에서 법을 제정하는 권력이다.¹⁰⁴⁾ 인민의 제한권력이란 무로부터 유를 창조하는, 그러나 그 피조물에 전적으로 복속되지는 않는 조물주(demiurge)의 세속화된 개념이라고 볼 수 있다.¹⁰⁵⁾ 프랑스혁명의 이론가 시에예스(E. J. Sieyès)의 표현에 따르면 “인민은 헌법에 복속되지 않는다고보다는, 그럴 수도 그래서도 안 되는 것이다.”¹⁰⁶⁾

헌법을 만든 제한권력과 마찬가지로 헌법에 의해 만들어진 입헌권력¹⁰⁷⁾도 법 밖에 있기는 마찬가지이다. 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,

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

103) 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 제한의 주체로 삼았다.

104) 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 제한권력의 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) 미국헌법 제정 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 (남북전쟁을 통해 결정되어진다. Akhil Reed Amar, *America’s Constitution: A Biography*. (Random House, 2005), pp.21-39

105) Ernst Wolfgang Bökenförde, *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

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

107) 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 있고 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

즉 주권자만이 예외상태를 결정함으로써 법의 경계를 규정한다.¹⁰⁸⁾

슈미트의 이론에 따르면 유엔사령관은 제한권력으로서의 주권인민이나 입헌권력으로서의 주권자의 지위를 누리는 자이다. 앞서 보았듯이 유엔사령관은 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 유엔사령관이 유엔사규정을 바꿔주길 바란다. 그러면 비무장지대에서 새로운 질서가 수립된다고 생각한다. 예를들면 신고제가 그렇다. 이러한 변경을 어떻게 볼 것 인가? 일본의 무조건항복에 의해 점령국이 국제법상의 군사적점령권을 일방적으로 변경할 권한이 있었던 것¹⁰⁹⁾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-중공군 정전협정에 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 공식문서는 2011년 한민구합참의장이 유엔사와 체결한 「정전관리책임에 대한 대한민국 합동참모본부와 유엔군사령부간의 기록각서」¹¹⁰⁾가 유일하다. 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 동의(Agree)로 바뀌었다.¹¹¹⁾ 동의는 조약문에 사용하는 용어로 법적권한과 의무를 창출한다. 한국합참의장이 유엔사령관을 지원하는 것이 법적의무처럼 둔갑했다. 합참의장은 유엔사령관의 허가없이 비무장지대에 인원을 출입시킬 수 없고, 초소에 유엔기를 게양하며, 심지어 위기시에 한국군교전규칙을 포기해야 한다.¹¹²⁾ 정전협정에 유엔사령관의 비무장지대출입 허가권이 명시되어 있으나 정전협정 서명자가 아닌 한국군으로서는 정치·도덕적으로 그같은 권한을 존중해왔다. 그러면서도 비무장지대현장의 행정을 장악하고 있는 합참의 재량적 판단

108) 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

109) 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

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

111) 1-4 f. 한국 합참의장은 정전협정의 제반조항 및 의무사항을 이행하고 실행하기 위한 유엔군사령관의 노력을 지원하고 지지하는 데 동의(agree)하였다.(UNC Reg 551-4. COMPLIANCE WITH THE KOREAN ARMISTICE AGREEMENT(2019.05.13), p.6)

112) 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)

에 의해 비무장지대출입은 허용되어 왔고 일일이 유엔사령관에게 허가나 사후보고를 하진 않았다. 유엔사 역시 그같은 권한을 실행할 행정력을 갖고 있지 않았기 때문에 신의성실의 원칙에서 벗어나지 않는 한 묵인되었다. 그런데 유엔사가 통일부장관, 사단장조차 출입을 불허함으로써 자신이 보유한 행정력을 뛰어넘는 통제를 하기 시작했다. 또한 유엔기계양도 한국군이 준수할 이유가 없는 의무인데 유엔사규정을 통해 의무사항이 되었다. 국군교전규칙의 적용을 불허한 것은 군사주권에 대한 침해가 아닐 수 없다. 그간 국군은 유엔사교전규칙과 별개의 교전규칙을 운용해 왔고 일정한 역할분담을 추진해왔다. 그러나 유엔사규정은 이를 모두 부정하였다. 유엔사는 자신들의 권한을 언제든 변경할 수 있다.

예외적 권력이 예외상태를 통해 얻는 결과이다. 정전협정준수를 자임하는 순간 한국정부는 헌법 밖의 예외상태를 인정하는 수모를 겪어야 했다. 이러한 주권의 예외상태를 인정하지 않고 자 한다면 한국에게 정전협정은 부존재 한다.

3) 정전협정 효력의 무효

일반적으로 정전협정 종료방법은 협정문에 정전기간이 명시되거나, 중대한 위반이 발생하거나, 평화조약이 체결될 때이다. 한국정전협정은 정전기간을 정하지 않았다. 대신 정치회의에서 한국문제의 평화적 해결이 달성되었을 때 종료하는 것으로 되어 있으며 동협정의 종료는 이 경우만을 상정하고 있다.

협정문에는 명기되지 않았으나 1907년 헤이그육전규칙 제40조에서 '당사자의 일방에 중요한 휴전협정위반이 있을 경우에는 타의 일방은 협정파기의 권리를 가질 뿐만 아니라 긴급의 경우에는 즉각 전투를 개시할 수 있다'고 규정하고 있다. 「브뤼셀선언」제51조에도 같은 취지의 규정이 있다. 미국의 1863년 「육전훈령」(General Order No.100 April 24, 1863)에서 Lieber는 '당사자의 일방이 명규된 조건에 위반하였을 때에는 타일방은 그 휴전조약의 무효를 선언할 수 있다'고 명시하였다. 「브뤼셀선언」과 「육전훈령」에 의하면 경미한 조건위반에 의해서도 정전협정의 파기권이 발생하게 된다. 1898년 미서전쟁에서의 산디아고 휴전에서 원칙적으로 교전국 쌍방은 그 행동이 현실적 적대행위가 아닌 이상 자기편으로 가장 유리하게 휴전을 이용할 수 있다는 것을 인정하고 있다.

이리하여 1899년 제1차 헤이그평화회의에서는 상대방의 사소한 위반을 구실로 협정파기권을 인정하는 것은 적당치 않다는 이유에서 파기권의 발생은 중대한 위반의 경우에 한정시키고 별도로 긴급의 경우에만 전투개시의 권리까지도 인정하기로 개정되었다. 이것이 1907년 제2차 헤이그평화회의에 계승되어 육전규칙40조의 성립을 보게 된 것이다.¹¹³⁾ 그러나 여전히 남은 문제는 어떤 표준으로서 「중대한 위반」과 「긴급의 경우」를 판정할 수 있는냐하는 것이다.

1969년 조약법에 관한 비엔나협약 제44조 제3항 c는 당사자 일방에 의한 조약의 폐기가 조약 전체의 종료사유가 된다. 하지만 잔여부분의 계속적 이행이 부당하지 않은 경우에는 예외로 하고 있다.¹¹⁴⁾ 공산측의 협정위반 및 유엔측의 협정일부파기에도 불구하고 어느 일방당사자가 협정전체의 파기를 명시적으로 선언하거나 또는 적대행위를 재개할 때까지 정전협정의 효력은 계속하는 것으로 간주된다. 94년 5월 29일 인민군은 군사정전위폐쇄를 통보했다. 그리고 조선인민군판문점대표부를 설치했다. 같은 해 12월 17일 실수로 월북했다 격추된 미군헬기

113) H. S. Levie, "The Nature and Scope of the Armistice Agreement", *The American Journal of International Law* Vol.50, (1956), pp.901-902; 이한기, 「한국휴전협정의 제문제」, 『國際法學會論叢』Vol.3, (대한국제법학회 1958) p.64

114) 최철영, 「전후법으로서의 정전협정의 역할과 한계」, 『민주법학』43권, (2010.7), p.180

조종사송환을 조건으로 미국은 북·미군사접촉을 열었다. 유엔사는 정전협정 25항 ㄱ목의 예외 규정을 찾아냈다. 군정위의 역할 중 쌍방 사령관의 통신을 중개하는 기능이 있는데 이는 다른 방법을 사용하는 것을 배제하지 않는다는 것이다. 유엔사는 이로서 폐기된 협정의 잔여부분의 계속적 이행을 의도한 셈이다. 1998년 6월 23일 유엔사-인민군간 장성급회담이 이루어졌다. 그러나 이는 정전협정의 군사정전위를 대신한 것이 아니다. 소통채널일 뿐이다. 그나마 2002년 9월 12일을 마지막으로 판문점장성급회담마저 중단되었다. 유엔사군정위는 군정위의 잔여 부분이 아니다. 원심력이 없으면 구심력도 없듯이 정전협정에서 군정위는 쌍방에 의해서만 성립되도록 규정되어 있다. 따라서 유엔사군정위는 군정위와 무관한 효력무효의 기구인 것이다. 한국으로서도 북과 문제를 해결하기 위해 유엔사군정위를 통하는 것이 아무런 실익이 없다. 최철영은 정전협정에서 준수되고 있는 것은 군사분계선과 판문점의 비행장과 서해5도정도에 불과하다며 정전협정의 준수요구를 통해 한반도의 평화를 모색하는 것은 어불성설이라고 한다. 오히려 한반도에서 군사적 역지력이 아닌 법적으로 보장된 평화의 모색은 현재의 정전협정의 폐기로부터 시작되어야 한다고 주장한다.¹¹⁵⁾ 정전협정의 효력요건이 소실되어 무효화해야 한다는 것이다. 정전협정은 체결주체가 국가가 아니라 국가에 속한 기관으로서의 군대이다.¹¹⁶⁾ 그리고 그 기관장인 사령관이 서명자이다. 국가는 조약에 의해서만 주권의 제약을 받으며 기관간 약정에 불과한 정전협정에 의해 그 주권을 제약받지 않는다. 헌법에 의해 체결·공포된 조약이 아니기에 국내법과 같은 효력을 갖지 않는 것이다. 즉 체결당사자에게조차 법적권리와 의무를 발생시키지 않는다. 제3자인 한국에겐 더 말할 나위없다. 한국은 현정전협정의 종료방법을 고민할 필요도 이유도 없다. 70여년이란 시간은 법적효과를 뛰어넘는 그 무엇을 정전협정에 부여했고 그것은 자유보다 억압으로 작용했다. 평화협정이 체결되지 않았기 때문에 정전협정을 유지하는 것이 아니라 정전협정을 유지하려 하기에 평화협정이 체결되지 않는 것이다.

단 현 정전협정을 무시할 시 정전체제를 어떻게 관리할 것인가가 현실적인 문제로 나선다. 우리는 2018년 9.19군사합의서를 통해 남북이 주체가 되어 정전체제를 관리할 법적 대안을 성립시켰다. 2018년 9.19군사합의서가 정전협정을 대체할 것인가, 보완할 것인가가 문제된다. 남북기본합의서는 정전협정 준수를 전제하여 정전협정에 대한 보완적 성격을 가졌다. 그러나 2018년 9월 19일 「역사적인 「판문점선언」 이행을 위한 군사분야합의서」는 기존정전협정 준수를 전제하지 않았고 정전협정이란 단어조차 사용되지 않았다. 남북정전협정의 성격을 갖는 이 문서는 기존정전협정을 보완하는 성격이 아니라 대체하는 성격을 갖고 있음이 분명하다. 기존정전협정은 한국이 서명자도 당사자도 아니다. 그러나 「역사적인 「판문점 선언」 이행을 위한 군사분야합의서」는 우리가 직접 서명자이고 당사자이다. 판문점 선언은 국제법적 창출효과를 의도하였다고 봄이 타당하기에 조약으로 보아야 한다. 또한 양 국가원수에 의한 직접체결이란 점에서 비준을 필요로 하지 않는 조약에 해당한다.¹¹⁷⁾ 예컨대, 1812년의 영국과 스웨덴 평화조약(Treaty of Peace between Great Britain and Sweden)은 영국과 스웨덴의 국왕이 직

115) 최철영, 「남북간 군사적 합의와 한국정전협정의 효력」, 『성균관법학』Vol.16 No.2, (성균관대학교비교법연구소 2004), p.488

116) 조약의 체결주체는 국가로서 당사자(Parties)로 명기된다. 조약이 아닌 정부기관 간 약정이나 교환공문등은 측, 서명자(Sides, Signatories)로 명기한다. (외교통상부 조약국, 『알기쉬운 조약업무』, (외교통상부, 2006), p.58) 정전협정엔 당사자란 단어가 어디에서도 사용되지 않았다.

117) Robert Jennings and Arthur Watts(eds.), *Oppenheim's International Law*, Vol.1, 9thed. (London: Longmans, 1992), p.1229; Gerald Fitzmaurice, "Do Treaties Need Ratification?," *BYIL*, Vol.15, 1934, p.127

접 서명하고 비준서의 교환이 없었다.¹¹⁸⁾ 1815년 9월 26일에 서명된 신성동맹조약(Holly alliance Final Act of the Congress of Vienna)은 오스트리아 황제, 러시아 황제, 페르시아 왕이 직접 서명했고 비준서의 교환이 없었다.¹¹⁹⁾ 그럼에도 대통령은 국회비준동의를 구하기로 하였다. 9.19군사합의는 판문점선언을 이행하기 위한 기관간 약정의 성격을 가지므로 쌍방국 방장관의 서명으로 발효된다. 9.19군사합의서가 발효되었으므로 기존정전협정과 더불어 두 개의 정전관리체제가 병존하게 되는 셈이다. 이는 기존정전협정의 심각한 결여를 대체하거나 보완할 것이다. 9.19군사합의서 관리체제가 정착할수록 한국의 평화협정체결 당사자자격도 공고해질 것이다. 남북미평화협정이 체결된다면 남한은 미국과 동등한 당사자자격을 인정받을 수 있을 것이다.

(3) 대책

다음으로는 유엔사의 부존재가 야기한 예외상태를 정상상태로 돌리기 위한 실천적 대책을 영역과 주체별로 간단히 제시하고자 한다.

1) 대유엔외교

1. 비정부기구:

유엔경제사회이사회에 유엔사문제에 대한 비정부기구 보고서제출

유엔헌장 제71조에 의하면 ‘경제사회이사회는 그 권한 내에 있는 사항과 관련이 있는 비정부 기구와의 협의를 위하여 적절한 약정을 체결할 수 있다. 그러한 약정은 국제기구와 체결할 수 있으며 적절한 경우에는 관련 유엔회원국과의 협의 후에 국내기구와도 체결할 수 있다.’

이에 경제사회이사회(ECOSOC)는 UN헌장 제71조를 근거로 NGOs와의 실질적인 협력관계를 명시하면서, 1996/31결의에서 구체적으로 이들의 역할을 제시하였다. NGOs는 협의자적 위치에서 그들의 단체 성격과 관련하여 전문적인 의견을 제시해야하며 이사회는 그들의 제출된 보고서를 바탕으로 그들의 활동을 정기적으로 검토하고 그들의 협의자적 위치를 기본으로 일반적인 지위 혹은 특별한 지위를 부여한다.¹²⁰⁾ 앰네스티는 정부의 도움없이 유엔총회의 선언을 거쳐 고문협약을 이끌어내는데 성공했다. 1967년 경제사회이사회 카테고리 B자문그룹지위¹²¹⁾를 획득한 국제민주법률가협회(IADL)가 현재 유엔사무국에 유엔사에 대한 문제를 제기하고 있다. 2001년 협의지위자격을 획득한 민변도 가짜유엔사해체국제캠페인에 참여하고 있다. 이들 비정부기구는 유엔사 법적지위의 부존재에 대해 정밀한 보고서를 경제사회이사회를 통해 총회에 제출할 수 있다. 그리고 이 보고서가 유엔총회를 거쳐 안보리에 권고안이 상정되도록 해야 한다.

2. 외교부:

118) Clive Parry, "The Law of Treaties," in May Sorensen (ed.), *Manual of Public International Law*, (London: Macmillan, 1968), p.191.

119) Stephan Verosta, "Holly Alliance", *EPIL*, Vol.7, 1984, p.273.; 김명기, 「한일합방조약의 부존재에 관한 연구」, 『法曹』Vol.60 No.4, (법조협회, 2011), p.29

120) Economic and Social Council, Resolution 1996/31, "Consultative relationship between the United Nations and non-governmental organizations", 49th plenary meeting 25 July 1996, part2, para 1-3, 9-10, 55-57.

121) 카테고리 A자문그룹은 이사회 대부분의 활동에 자문할 수 있고 카테고리 B 자문그룹은 이사회 일부활동에 대해 특별한 전문성을 가지고 자문할 수 있다. 활동력이 인정되면 A그룹으로 승격될 수 있다.

유엔총회안건으로 안보리에 유엔기사용승인철회 권고안 상정

유엔사무국은 안보리가 유엔기사용승인을 결정하였으므로 안보리가 바로잡을 수밖에 없다는 입장을 보였다. 현재 한국은 안보리이사국이 아니므로 총회를 통해 안보리에 권고안을 제출할 수 있다. 총회는 매년 2월 15일 그해 총회에서 다룰 안건을 접수하므로 그때를 맞추어 안건을 제출해야 한다.

유엔사무총장직권으로 유엔기사용금지명령 촉구

유엔사무총장이 유엔기발법 승인권한을 갖고 있으므로 사무총장에게 유엔기발사용금지를 명령하도록 촉구해야 한다. 이미 부트로스 부트로스 갈리총장이 성명한 바 있다.

유엔총회안건으로 안보리에 무력사용승인부존재 확인 권고안 상정

미국이 유엔사해체회피의 명분으로 안보리가 무력사용을 승인철회하지 않았음을 들고 있다. 헌장39조의 권고만으로는 무력사용승인이 인정되지 않으므로 안보리가 무력사용승인의 부존재를 확인하도록 유엔총회를 통해 권고해야 한다.

2) 대미국외교

1. 외교부:

미 국무부와 유엔사명칭사용금지 약정체결

유엔사무국은 유엔사명칭이 잘못된 이름임을 확인했다. 그러므로 이 이름을 도용한 미국무부와 명칭사용금지 약정을 체결해야 한다.

미 국무부와 유엔사해체 약정체결

유엔사무국과 유엔사무총장의 성명은 유엔사해체의 책임이 미국에 있다는 것이다. 헨리 키신저 역시 1976년 1월 1일부로 유엔사해체를 약속한 바 있다. 미 국무부에 유엔사해체를 요구해야 한다.

미 국무부와 유엔사의 38선이북통치권 부존재에 관한 양해각서교환

유엔총회결의에 의해 언커크가 해체되었고 유엔사에 대한 통치권 위임기간도 애초 한달 만에 종료되었음을 확인하는 양해각서를 미국무부와 교환해야 한다.

2. 국방부:

유엔사와 유엔사명칭사용금지 각서교환

유엔사명칭을 사용한 제1주체는 유엔사이므로 미국정부와 달리 유엔사에 유엔사명칭사용금지를 직접 요구하고 각서로 교환한다.

3) 대일본외교

1. 요시다-애치슨교환공문상 한국에서의 유엔조치부존재를 확인하는 양해각서체결

민간외교를 통해 유엔사후방사령부의 법적근거인 요시다-애치슨교환공문의 부존재를 확인하고 폐기하는 운동을 벌여야 한다. 이는 모든 대책에서 공통된다. 외교부에서는 일본 국내법의 변경을 요구하지 않는 선에서 정부기관 간 설득을 통해 교환공문의 전제인 한국에서의 유엔조치가 부존재 함을 확인하는 양해각서를 체결해야 한다.

2. 주일유엔군지위협정(SOFA)상 한국에 유엔군부존재를 확인하는 양해각서체결

주일유엔군소파의 주체인 유엔군대와 주한유엔사가 불일치하며 한국에서의 유엔조치가 부존재 함을 확인하는 한일외교부간 양해각서를 체결한다.

3. 일본-유엔군참가국간 방문군지위협정(VFA)추진 저지운동

미-필리핀방문군지위협정이 중단되면서 일본 역시 주춤해진 상태이다. 아직 진행 중인 사안이기 때문에 정부 측 문제제기는 부적절 할 수 있으므로 일본 호주등 관련국 시민단체차원의 공동캠페인을 펼쳐야 한다.

4. 일본 내 7개 유엔사후방기지와 유엔사후방사령부 철수 요구

한국에서 유엔사령부가 거부될 경우 사령부를 일본으로 재이전할 가능성이 농후하므로 이에 대한 경각심을 일으키기 위한 일본시민단체와의 공동캠페인을 펼쳐야 한다.

4) 한국주권차원

1. 경기도·강원도 38이북지역에 대한 주권회복선언

54년 38이북지역행정권이양이 있었고 지금은 실효적으로 주권이 회복되었지만 행정권이양외 입법사법권에 대한 이양은 없었다. 그러나 유엔사로부터 행정권을 이양받은 것 자체가 유엔사의 점령권통치권을 추인해 준 효과가 있었으므로 주권회복선언을 통해 유엔사의 점령통치권을 소멸시켜야 한다. 필요하다면 유엔사와 지방정부간 양해각서나 기록각서를 교환할 수 있다.

2. 대성동마을에 대한 주권회복선언

1962년 대성동마을에 대한 행정구역편입을 시도했다가 유엔사와의 충돌로 좌절된 사례가 있다. 2004년 이후 판문점경비대가 한국군으로 교체되어 실제 행정을 장악하고 있으므로 대성동에 대한 행정권을 비롯, 완전한 주권을 회복하는 절차에 들어가야 한다. 대성동에서 성공해야 비무장지대 평화평화지대사업이 가능해진다.

3. 유엔기사용금지 선언과 행정조치

강원도 경기도를 비롯 전국 유엔군참전비와 충혼시설등에 유엔기가 게양되어 있다. 유엔사기지에 게양된 깃발은 유엔과 미국의 관할이지만 이들 유엔사관련 유엔기는 오직 잘못된 상식에 의해 형성된 상징으로서만 게양되어 있는 것이다. 충혼시설에 대한 관리권을 가진 지방정부가 시민단체와 함께 여론형성과 교육을 통해 유엔기사용금지를 선언하고 유엔기를 내리는 행정조치를 취해야 한다.

4. 유엔명칭사용금지 선언과 행정조치

충혼시설등에 유엔기와 함께 사용된 유엔명칭에 대해 사용금지 선언과 함께 행정조치해 나간다.

5. 비무장지대초소에 게양된 유엔기하강조치

비무장지대초소에 게양된 유엔기는 「유엔사규정551-4」규정에 근거할 뿐이다. 국방부가 유엔사규정을 준수할 이유는 없으므로 국방부 직권으로 유엔기를 하강해야 한다.

6. 정전시작전권환수에서 제외된 정전시위기관리권 환수

전작권전환과정에서 94년 정전시작전권환수에서 누락된 위기관리권을 완전히 환수해야 한다. 그래야 한국군이 주체적으로 교전규칙을 운용할 수 있다.

7. 「역사적인 「판문점선언」이행을 위한 군사분야합의서」에 의한 정전협정대체선언

9.19군사합의서가 발효되었으므로 성실한 이행으로 기존정전협정을 대체하여 남북정전관리체제를 공고히 해나가야 한다.