

---

오늘의 문제

---

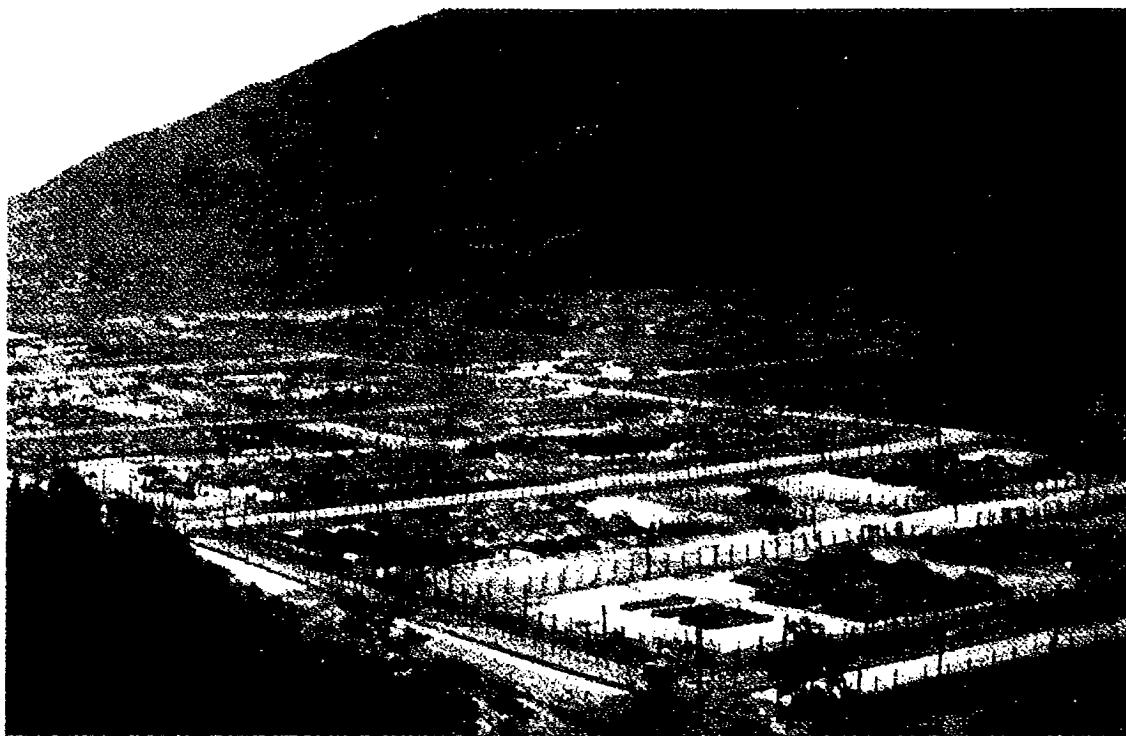
# 국군포로의 송환과 유해의 발굴 · 인도문제에 대한 국제인도법적 검토(상)



김명기 / 명지대 교수

## 1. 서론

한국전쟁 발발 50주년을 맞는 오늘 포로의 송환문제와 유해의 발굴 · 인도문제가 전쟁법을 외면한 채 국제법의 외연에 방기되어 있다. 1950년 6월 25일에 북한군의 대남 무력공격으로 시작된 한국전쟁으로 수많은 전쟁포로가 각기 상대방의 세력에 억류되게 되었고, 수많은 전사자의 유해가 각기 상대방의 세력내에 방치되어 있다. 1951년 6월에 시작된 휴전회담이 1953년 7월 27일까지 2년이라는 세월동안 계속되어야 했던 것은 포로송환문제에 관해 양측의 주장이 쉽게 합의점을 찾을 수 없었기 때문이었다. 국제연합군 측의 주장은 본국으로 송환되기를 거부하는 포로를 송환하지 아니하겠다는 것이었고, 공산측의 주장은 본국으로 송환되



한국전쟁 당시에는 유엔은 물론 북한이나 중국도 1949년의 제네바 협약의 당사자가 아니었다. 사진은 거제도 포로수용소 전경.

기를 거부하는 포로도 송환해야 한다는 것이었다. 이 상반되는 주장은 결국 포로의 송환문제를 이데올로기에 결부시킨데서 연유되는 것이었다고 할 수 있다. 따라서 냉전체제의 산물인 한국전쟁에서 포로의 송환에 관한 국제연합군 측과 공산군측의 주장의 대립은 각기 그의 이데올로기를 포기하지 않는 한 쉽게 타협점을 찾기 어려울 수밖에 없다고 본다.

1980년대 말부터 공산권이 붕괴되고 중국과 남한간에 그리고 러시아와 남한간에 국교가 정상화되어 동서 이데올로기를 중심으로 한 냉전적 양극체제가 탈냉전적 극체제로 변이되게 됨에 따라 망각의 산에 묻었던 미귀환 국군포로의 송환문제가 새롭게 제기되게 되었다.

그러나 북한의 폐쇄적 사회주의 체제의 잔존으로 냉전적 양극체제와 탈냉전적 다극체제가 2중적으로 공존하는 한반도의 모순적 구도 속에서 미귀환 국군포로의 송환문제는 난제일 수밖에 없는 것이다.

우리 정부는 1998년 4월 30일 국가안전보장회의를 개최하여 국군포로에 대한 문제를 논의하여 다양한 대책을 강구하고 이를 추진하기로 했다고 발표한 바 있으며, 또한 우선 남한지역에 매장된 유해를 발굴할 사업을 수립하여 2000년 4월부터 시행한다고 발표한 바 있다.

이와 같이 미귀환 국군포로의 송환문제와 유해의 발굴·인도 문제는 남한과 북

한간의 현안문제로 부각되어 있다.

뿐만 아니라 국내의 인권시민단체들도 미귀환 국군포로의 송환문제를 해결하기 위한 시민운동을 전개하고 있다.

이 글은 한국전쟁에 있어서 국제법, 특히 전쟁법의 적용측면에서 미귀환 국군포로의 송환문제와 유해의 발굴·인도문제를 검토해 보고, 이에 대한 몇가지 대책을 제시해 보려는 것이다.

## 2. 한국전쟁에 있어서 전쟁법의 적용

### 1) 전쟁법의 적용이론

#### 가. 1907년의 헤이그협약의 적용

##### (1) 헤이그협약의 국제관습법화

조약은 체결 당사자만을 구속하고 제3자는 구속하지 못한다는 국제법상 원칙에서 볼 때 국제연합은 물론이고 북한과 중공국도 1907년의 헤이그협약의 당사자가 아니므로 동 협약이 이들에게 적용될 수 있는지의 문제가 제기된다. 만일 한국전쟁의 주체를 일방을 대한민국과 16개 참전국, 타방을 북한과 중국으로 보는 견해에 입각하면 문제는 더욱 복잡해진다. 특히 헤이그협약에 규정된 “추가입조항”을 고려하면 이상 어느 입장에 입각해도 헤이그 협약이 적용될 가능성은 없어지게 된다.

조약은 그 조약의 당사자만을 구속한다는 것은 확립된 국제법의 원칙이다. 그러나 조약의 내용이 조약체결후에 국제관습법화될 경우 또는 기존의 국제관습법을 조약이 성문화할 경우에는 그 조약은 조약의 당사자의 범위를 넘어 제3자에게도 효력이 미치게 된다. 물론 이는 조약 그 자체의 효력이 당사자의 범위를 넘어 제3자에게 미치는 것이 아니라, 제3자는 국제관습법의 구속력을 받는데 불과한 것이다. 이러한 조약의 대표적인 예가 바로 1907년의 헤이그 협약이다.

1946년 뉴렌베르그 국제군사재판소는 헤이그협약에 관해 “...이 협약에 규정된 이들 제규칙은 1939년까지 모든 문명국에 의해 승인되었으며, 이는 전쟁법과 관습의 선언으로 간주된다”고 판시했으며, 이와 같은 입장은 1948년 동경 국제군사재판소에서도 동일하게 반복되었다. 즉 “...협약은 어떤 주어진 상황에서 적용될 관습법을 결정하는데 있어서 다른 모든 가용할 수 있는 증거와 같이 재판소에 의해 관습국제법의 중요한 증거로 남아있다.” 이와같은 이유에서 뉴렌베르그 국

제군사재판소는 비록 체코슬로바키아가 1970년의 헤이그협약의 당사자가 아니었으나 동 협약은 그에게 적용될 수 있다고 판시했다. 헤이그협약은 국제 관습법이라는 판례는 “German High Command Trial”에서도 “1907년의 헤이그규칙과 1929년의 포로에 관한 제네바협약은 실질적으로 세계 문명 제국에 의해 수락된 국제법의 표현이다”는 입장이 취해졌고, 또 1948년 “Krupp Trial”에서도 동일한 견해가 설시되었다. 따라서 뉴렌베르그 국제군사재판소는 선결문제로서 “총가입조항”의 문제를 결정할 필요가 없었다.

The Mowe Case(1915)에서, 그리고 The Blonde and Other Shipp's Case(1922)에서 영국 법원은 총가입조항의 적용을 배제했다.

미국의 ‘육전법’은 “헤이그협약은 전쟁관습의 선언으로 모든 국가가 당사자이다”라고 규정하고 있으며, 영국의 “육전법”에도 “헤이그규칙과 육전의 관습규칙은 국제적 성격을 가진 어떤 무력충돌에도 적용될 수 있다”라고 명시되어 있다.

1945년 2월 독일이 전쟁법에 관한 몇몇 국제협정을 폐기할 때 “독일군국제작전 참모국”의 제1급비밀보고에 의하면 다음과 같이 기술되어 있다.

금세기의 전쟁에 있어서 제국의 관행에 의하여 일방적으로 폐기할 수 없는 “국제관행”이 존재한다. 이는 전쟁의 인도적 행위의 최근 원칙을 포함한다. 이들은 성문화되지 있지 않다. 따라서 독일이 전쟁법에 관한 협약을 폐기하여도 결코 전쟁법의 기본적 의무로부터 자유로울 수 없다.

이와 같은 헤이그 전쟁법 특히 “육전규칙”은 국제관습법이라는 주장은 G. Schwarzenberger, H. S. Levie, M. Akehurst, W. R. Harris, I. Brownlie, G. J. Mangone, H. Lauterpacht, D. P. O'Connell, W. W. Bishop, M. Greespan, L. C. Green, N. Singh, H. Kelsen, M. S. McDougal, D. W. Bowett, 등 다수의 학자의 의해 지지를 받고 있다.

요컨대 1907년 헤이그협약은 국제관습법을 성문화한 것이다. 그것이 국제관습화되어 그 협약의 당사자가 아닌 국제법의 주체를 구속한다. 그것은 조약이 당사자 이외의 제3자에게 효력이 미치는 경우가 아니다. 국제관습법의 효력이 모든 국제법의 주체에 미치는 경우이다. 헤이그협약이 그 전문에서 “전쟁의 일반법과 관습을 개정하기 위하여...” 동 협약이 시도된 것이라고 명시하고 있는 바와 같이 헤이그협약에 표시된 전제규칙은 그것이 체결될 당시에 존재하는 국제법을 상회하는 것을 명문화한 것임에 틀림없다. 그러나 1939년까지 동 협약에 규정된 이들 규칙은 모든 문명국에 의해 승인되고 전쟁법과 관습의 선언으로서 인정된 것이다.



한국전쟁 초기 유엔 사무총장 및 유엔군 사령관과 공산군 측은 제네바 협약의 적용을 수락하는 선언을 했다. 사진은 1954년 제네바회의 모습.

## (2)헤이그협약의 국제연합에의 적용

따라서 헤이그협약에 직접 가입하지 않은 북한 중국은 물론 국제연합도 관습법인 헤이그협약의 적용을 받는다. 문제는 국제연합군도 관습법의 적용을 받는가인데 “국제연합은 국제연합의 목적과 원칙에 합치되는 방법으로 행동하지 않으면 안된다. 따라서 무력충돌을 인도화하기 위한 일반적 국제적 규범을 표시한 전쟁법의 원칙을 준수하지 않으면 안된다. 국제연합군도 전쟁법의 구속력을 받는다는 것은 J. Stone, K. Skubiszewski, M. S. McDougal, R. r. Baxer, J. L. Kunz, L. Caflisch, D. Bindschedler Robert 등 다수의 학자에 의해 긍정되고 있다.

## 나. 1949년의 제네바 협약의 적용

### (1)제네바협약의 비국제관습법화

1949년의 제네바협약은 1907년의 헤이그협약과 달리 아직 일반국제관습법화되었다고 보기 어렵다. 따라서 조약은 당사자만을 구속하고 제3자에게 구속력이 미치지 아니한다는 원칙이 제네바협약에 대해 그대로 타당하게 된다.

1950년 동란당시에는 국제연합은 물론 북한이나 중국도 1949년의 제네바협약의 당사자가 아니었다. 그러나 금일에 있어서는 북한정권도 중국도 모두 동 협약

에 가입하였으므로 이들에게 오늘 제네바협약이 적용되느냐는 논의의 여지가 없게 되었다. 국제연합이나 국제연합군사령부는 모두 제네바협약에 가입하지 않았으므로 국제연합군에게 동 협약이 적용되느냐의 문제가 남아 있다.

## (2) 제네바협약의 국제연합군에의 적용

국가간에 체결된 전쟁법이 국제연합군에게 적용될 수 있느냐의 일반론이 논의되고 있다. 제네바협약은 모두가 “States”인 계약당사자에 의해 채택되고 동 협약의 명시적 규정에 의해 “Powers”의 가입이 개방되어 있다. 또 각 협약 제2조 제3항에 동 협약의 당사자들 “States”로 표시하지 않고 “Powers”로 명시하고 있는 것은 국가 이외의 충돌당사자도 동 협약의 당사자가 될 수 있음을 의미한다. 따라서 국제기구나 사령부도 동 협약에 가입할 수 있다. 1945년의 국제연합헌장이 발효한 후에 1949년의 제네바협약이 체결된 것이므로 동 협약은 국제연합군에 의한 무력충돌도 고려한 것이다. 따라서 국제연합 뿐만 아니라 북대서양조약기구 등도 이에 가입할 수 있다. 그러나 지금까지 국제연합 자체는 물론이고 어떠한 국제연합군사령부도 제네바협약에 가입한 바 없다.

1960년 콩고사태 이후 국제적십자위원회는 국제연합 사무총장에게 국제연합은 협약에 가입할 수 없는가? 또는 국제연합 총회는 제네바협약을 준수한다는 공식적인 선언을 할 수 없는가?를 질의한 바 있다. 이에 대해 국제연합은 그 자신의 군대를 보유하고 있지 않다는 것을 이유로 부정적 의사를 표시해 왔다. J. Stone도 국제연합군은 전쟁의 조약규칙에 구속되지 않으며 전쟁의 관습규칙에만 구속된다고 한다. 그러나 국제연합은 조약체결 능력이 있고 위에서 고찰한 바와 같은 이유로 보아 제네바협약에 가입할 수 있다고 본다.

요컨대 국제연합 자체는 제네바협약의 당사자가 아니므로 제네바협약이 당연히 국제연합군에게 적용되는 것은 아니다. 따라서 국제연합군이 제네바협약의 적용을 받기 위해서는 국제연합이 제네바협약에 가입하든지 아니면 국제연합군이 설치될 때마다 국제연합총회나 안전보장이사회의 결의 또는 사무총장이나 군사령관에 의한 제네바협약의 적용을 수락하는 선언이 필요하게 된다. 비록 국제연합에 의한 제네바협약 가입, 또는 국제연합안전보장이사회 · 총회 · 사무총장 또는 군사령관에 의한 제네바협약의 적용선언이 없다 할지라도 국제연합군의 체결정은 사실상 병력제공국에 의해 이루어지며 또 그 병력은 국제연합의 지휘와 제공국 자체의 지휘하에 있으므로 병력제공국이 제네바협약의 당사자인 경우는 당연히 제네바협약이 적용된다. 그러므로 국제연합군의 병력제공이 제네바협약의

당사자가 아닌 경우에만 위와 같은 가입·선언이 의미를 갖게 된다. 물론 병력제공국이 제네바협약의 당사자인 경우도 국제연합의 이름으로 권리·의무를 주장하기 위해서는 국제연합의 기관에 의한 제네바협약의 수락선언이 필요하다.

한국전쟁 초기에 국제연합 사무총장 및 국제연합군사령관은 제네바협약의 적용을 수락하는 선언을 했으며, 공산군측도 이를 수락하는 선언을 한 바 있다. 따라서 국제연합군의 병력제공이 제네바협약에 당사자이나 아니냐를 불문하고 그들에게 제네바협약이 적용된다.

## 2) 전쟁법의 적용실제

### (1) 국제연합군측

한국전쟁이 발발하자 1950년 6월 26일 국제적십자위원회는 제네바협약에 포함된 전쟁 희생자의 보호에 관한 인도적 원칙의 적용가능성을 검토하기 위해 대표자를 파견할 준비가 되어 있다는 동일한 내용의 전문을 남한정부와 북한정부에 각각 보냈다.

1950년 7월 4일 D. MacArthur 장군은 억류하게 될 북한의 인원에 대해 인도주의의 원칙에 따라 대우하겠다고 다음과 같이 선언했다.

한국에서 수행하고 있는 병력에 의해 억류되거나 수중에 들어온 북한의 기타 인원은 문명제국에 의하여 적용되고 승인된 인도주의의 원칙에 따라 대우될 것이다.

상기 선언은 ① 헤이그협약과 제네바협약을 구별하지 아니하고 “인도주의의 원칙”을 따른다는 것과 ② “억류되거나 수중에 들어온” 인원, 즉 포로에 대한 것에 한정한다는 것을 내용으로 하고 있다.

1950년 7월 13일 한국정부는 국제적십자와 협조하고 포로에 관한 제네바협약을 준수하겠다는 공식문서를 국제적십자위원회에 송부했다.

1950년 9월 23일 제네바주재 영국대표는 국제적십자위원회에 북한당국에 대해 영국군은 포로와 상병자에 대한 인도적 대우를 준수하겠다는 것을 통보해 줄 것을 요구했다.

1950년 11월 국제연합군사령관은 제8차 보고서에서 체포전에 전쟁범죄를 범한 포로는 소추·처벌된다는 공식적 정책을 표명했으며, 제9차 보고서에서 주한 미8군 사령부에 “전쟁범죄과”를 설치했다고 보고했다.

1951년 7월 5일 국제연합 안전보장이사회에서 미국대표 Warren R. Austin

은 사무총장에게 보낸 서약에서 미군은 국제연합군이 언제나 헤이그협약과 제네바협약의 규정을 준수하기 위한 지시하에 있다고 했다.

## (2) 공산군측

1950년 7월 13일 북한외무성은 국제연합 사무총장에게 제네바협약의 원칙을 준수하겠다는 다음과 같은 내용의 메시지를 보냈다.

7월 12일자 귀하의 전문에 따라 본인의 조선인민군의 전쟁포로에 관한 제네바협약의 제원칙을 엄격히 준수하고 있다는 사실을 귀하에게 통보하는 바이다.

상기 통보는 “전쟁포로에 관한 제네바협약의 제원칙”이라고 표현하여 ① 준수의 대상을 전쟁포로로 한정하고 있고, ② 준수 규범을 “제네바협약의 제원칙”으로 한정하고 헤이그협약의 적용여부에 관해서는 언급을 하고 있지 않다.

1950년 9월 7일 제497차 안전보장이사회에서 소련대표는 1907년의 헤이그협약과 특히 육전규칙 제25조를 인용하여 미국의 포격이 불법적인 것이라고 비난했으며, 북한정권에 의한 비난도 동일하게 행하여 졌다.

1952년 7월 16일 중공의 외무성장은 스위스정부에 대해 중공정부는 1949년의 제네바 협약을 승인하기로 결정했다고 통보했다.

요컨대 1907년의 헤이그협약은 국제관습법으로 동 헤이그협약의 체결당사자 이외에게도 구속력을 가지며, 이에 대해 한국동란당시에 쌍방당사자는 헤이그협약의 위반에 관해 상호책임을 추궁함이 없이 1953년 정전협정에 서명했다. 물론 이러한 묵시적 합의는 정전협정체결 이전의 헤이그협약에 대한 위반행위에 관한 것이며 그 이후의 것에까지 확장될 수 있는 합의는 아니다. 따라서 정전이후 오늘의 남북간에는 일반국제법인 헤이그협약이 적용된다. 그리고 위의 여러 선언은 “선언적 효력”이 있는 것에 불과하며, 그 선언에 의해 비로소 헤이그협약에 구속되는 “창설적 효력”이 있는 것이 아니다.

그리고 1949년의 제네바협약에 관해서도 국제연합군측과 북한정권측이 이의 준수를 상호 선언 요구했다. D. W. Bowett가 지적한 바와 같이 한국의 경험은 쌍방이 비준하지 않은 상황하에서도 제네바협약이 적용될 수 있다는 것을 실증하였다. 정전협정의 체결 후에 북한정권은 1957년 8월 27일에 중공은 1956년 12월 28일에 각각 제네바협약에 가입했다. 국제연합군사령관에 의한 제네바협약의 준수선언은 동선언에 의해 비로소 제네바협약이 국제연합군에게 구속력을 갖게 되므로 이는 창설적인 것이며 헤이그협약의 준수선언처럼 선언적인 것이 아니다.

〈다음호에 계속〉 ㉠