

<제6주제>

## 한국전쟁이 국제법 발전에 미친 영향 - 포로송환문제를 중심으로 -

鄭 印 燮\*

### I. 서

전쟁은 파괴를 결과하지만, 반면 많은 변화와 발전의 계기가 되기도 한다. 의학이나 과학기술상의 중요한 발전 중에는 전쟁을 계기로, 또는 전쟁에 대비하는 과정 속에서 이룩된 업적이 많다. 근대 국제법 역시 전쟁과 더불어 발전하여 왔다고 말하여도 과언이 아닐 정도로 전쟁으로부터 받은 영향은 매우 광범위하다. 제2차 대전 이후 가장 대규모적 전쟁이었다고 할 수 있는 한국전쟁 역시 국제법의 변화와 발전에 적지 않은 영향을 미치었다. 그 예를 몇 가지 들어본다.

첫째, 한국전쟁을 계기로 유엔 헌장 제27조의 해석상 상임이사국의 불참하에서도 안전보장이사회의 결의가 성립될 수 있는가 라는 문제가 본격적으로 제기되었다. 한국전쟁 개전 초기 한국을 후원하는 3개의 안보리 결의가 소련의 불참하에 성립된 것에 대하여 소련이 뒤늦게 이의를 제기하였기 때문이었다.<sup>1)</sup> 당시에는 이에 관한 이론적 공방이 전개되기도 하였으나 한국전쟁시의 논란을 계기로 오늘날에는 상임이사국의 결석이 안보리에서의 결의 성립을 방해하지 않는다는 데 이론이 없다.<sup>2)</sup>

둘째, 안전보장이사회에서 한국문제에 대한 소련의 거듭된 거부권 행사에 대처하기 위한 방안의 하나로 고안된 1950년 11월 3일 유엔 총회의 “평화를 위한 단결결의(377(V)호)”는 유엔의 운영상 적지 않은 변화를 도입하게 된 계기가 되었다. 우선 평화를 위한 단결결의는 비상특별총회라는 새로운 형태의 총회 특별회기 도입의

---

\* 서울대학교 法科大學 助教授

- 1) 1946년에도 소련은 안보리 회의에 불참한 사례가 있었으나, 당시에는 상임이사국 불참의 효력에 대한 논란이 크게 제기되지 않았었다.
- 2) 박치영, 유엔 정치와 한국문제(서울대학교출판부, 1995), pp.326-328; Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia(South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970), ICJ Report (1971), para.22에서 ICJ도 안전보장이사회의 결의 성립을 저지하려면 상임이사국은 반대표를 던져야만 한다고 지적하였다.

근거가 되었다. 당초에는 이 제도의 현장상 근거가 불분명하였으나, 세월의 흐름과 더불어 유엔내에서 하나의 제도로 자리 잡았고 1950년 결의 채택시에는 현장 위반이라고 격렬히 반발하였던 소련조차 수년 후부터는 이 제도를 적극적으로 활용하기도 하였다. 한국전쟁을 계기로 도입된 이 제도로 인하여 1947년 고안되었던 이른바 소총회(Interim Committee) 제도는 유명무실하게 되었다. 또한 평화를 위한 단결결의를 통하여 국제평화와 안전에 관한 총회와 안보리간의 권한 배분문제가 명확히 확립되는 계기가 되었다. 이 결의를 통하여 안보리는 국제평화와 안전에 관한 유엔내 제1차적 책임기관이나, 독점적 책임기관은 아니며, 안보리가 그 기능을 적절히 수행하지 못할 때 총회가 제2차적 책임기관으로서의 기능을 담당할 수 있다는 현장 해석이 확립되게 되었다.<sup>3)</sup>

셋째, 한국전쟁은 유엔 기초자들이 예정하였던 현장 제43조 이하의 본래의 의미의 유엔군을 대체하는 새로운 형태의 유엔군이 탄생하는 계기가 되었다. 당시 소련과 일부 학자들은 현장 제43조 이하에 근거하지 않은 유엔의 군사조치의 허용은 현장 위반이라는 주장을 펴기도 하였으나, 그후의 국제사회는 오히려 현장 제43조 이하 규정의 활용을 포기하였고, 여타의 조항을 근거로 한 무력행사를 허용하여 왔다.<sup>4)</sup>

한국전쟁을 계기로 한 위와 같은 국제법상의 변화는 모두 채용 당시에는 합법성에 관한 논란이 적지 않았고, 격렬한 비판을 불러 일으키기도 하였으나, 오늘날에는 국제사회에 의하여 일반적으로 수용되고 있다. 이와는 별도로 한국전쟁을 계기로 크게 논쟁이 벌어졌던 사항중의 하나가 송환을 거부하는 포로들을 억류국은 강제로라도 본국으로 송환시켜야 하느냐는 문제였다. 일반전쟁에서와는 달리 한국전쟁에서는 대량의 포로가 본국귀환을 거부하였으며, 휴전협상과정에서 유엔사령부측과 공산측은 포로의 전원송환원칙과 자원송환원칙간에 치열한 공방을 벌였다. 한국전쟁에서는 중립국 송환위원회가 구성되어 귀환거부포로의 의사를 확인하여 처리하는 것으로 낙착되었지만, 제네바 협약 제118조의 정확한 의미에 대한 논란만은 완전히 잠들었다고 할 수 없다. 이에 한국전쟁을 통한 국제법의 발전이라는 제하의 본 발표는 포로송환협상에서 제기되었던 법적 쟁점을 분석함으로써 한국전쟁에서의 처리방식이 국제법발전에 미친 영향을 검토하도록 한다.

3) 박치영(상계주), pp.319-326; B. Simma ed., *The Charter of the United Nations A Commentary*(Oxford University Press, 1994), Article 10, para.34; Article 11, para.37; Article 12, para.12; Article 20, para.20 참조.

4) 예를 들어 쿠웨이트를 침공한 이라크에 대한 강제조치를 허용한 안보리 결의 제665호(1990) 및 유고지역에 대한 강제조치를 허용한 안보리 결의 제787호(1992) 등.

## II. 한국전쟁에서의 포로처리

### 1. 포로송환 협상의 진행

1951년 7월 10일 개성에서 시작된 한국전쟁 휴전회담과정에서 가장 합의를 보기 어려웠던 난제는 포로교환문제였다. 1951년 7월 26일 양측은 5개항의 휴전회담 의제에 합의하였는데, 그중 제4항이 포로에 관한 협의였다. 포로교환과 관련하여 유엔사측이 첫 번째로 부딪친 고민은 공산측으로의 송환을 원치 않던 구 대만군 출신자와 구 한국군 출신자의 처리문제였다. 당시 미육군 심리전감 A. McClure 준장은 송환 여부에 관하여 포로에게 선택의 기회를 주자고 제안하였다. 송환을 원하지 않는 구 대만군 출신 포로를 대만으로 보내도 대만을 중국의 일부라고 보면 1949년 포로대우에 관한 제네바 협약(이하 제네바 협약으로 약칭) 위반은 아니라고 해석할 수 있다고 주장하였다.<sup>5)</sup>

이 문제에 대하여 초기에는 미군 내에서도 견해가 엇갈렸다. 자유의사에 따른 송환방침을 지지하는 측에서는 동서 이념 대결의 장에서 반공포로를 공산측에 넘겨줄 수 없으며, 스스로 항복하는 자에 대하여는 안전이 제공되어야 한다는 취지에서 자원송환이 인도주의원칙에도 합당하며 자원송환원칙의 적용은 국제법의 바람직한 혁신이 될 수 있다고 보았다. 반면 이에 반대하는 측에서는 희망자만 송환하는 것은 제네바 협약 위반이며, 유엔군측 포로 복귀에 장애가 될 것이라고 우려하였다. 즉 제네바 협약의 엄격한 준수가 미국의 국익에 보다 기여할 것이라고 보았다.<sup>6)</sup>

당시 유엔군 포로수용소에는 다양한 성분과 성향의 포로가 수용되어 있었다. 북한출신으로 북으로의 송환을 희망하는 일반적인 포로 이외에도 원래 한국군 소속으로 인민군에 편입되었던 포로, 6·25 당시 38이남 거주 민간인으로 인민군에 편입되었던 포로, 북한출신자라도 송환을 거부하는 포로, 구 대만군 출신자 및 송환을 거부하는 중공군 포로 등이 있었다. 즉 상당수의 공산측 포로들이 복귀를 원하지 않고 있었다. 따라서 유엔군측은 송환협상에서 포로의 1:1 교환을 제외하되, 그 대안으로 자유의사 존중을 제시하기로 하였다.

휴전협상에서 공산측은 처음부터 포로문제 협의 자체에 적극적으로 임하지 아니하였다. 공산측은 휴전회담 의제를 합의한지 반년 가까이 지난 1951년 12월 11일이 되어서야 의제 4항 포로문제를 토의할 합동분과위원회 설치에 동의하였다. 공산측은 휴전협정후 모든 포로의 즉각 송환을 주장하였고, 유엔사측은 우선 포로명단의

5) J. Schnabel & R. Watson, *The History of the Joint Chiefs of Staff, Vol.III(Korean War), Part II*(1979), 채한국 역, 미국합동참모본부사 제3집 한국전쟁(하)(국방부전사편찬위원회, 1991), pp.110-112.(이 책은 이하 미국합동참모본부사로 약칭)

6) 미국합동참모본부사(상계주), pp.113-115.

교환과 국제적십자사측에게 포로수용소 방문을 허용할 것을 촉구하였다. 12월 18일 일단 양측은 포로명단 교환에 합의하였는데 유엔사측이 132,474명분의 명단을 수교한 반면<sup>7)</sup> 공산측은 불과 11,559명분의 명단만을 제시하였다. 이는 유엔사측이 파악하고 있는 미군 실종자 11,500명과 한국군 실종자 88,000명의 1/10을 약간 넘는 수치에 불과하였다.<sup>8)</sup> 포로숫자가 너무 적다는 지적에 대하여 공산측은 개전 초기 약 5만명에 달하는 한국군 포로들이 재교육을 받고 북한군에 편입되었는데, 이 절차가 매우 빠르게 진행되어 명단이 확보되지 않았다고 주장하였다. 포로를 자국군의 일부로 편입시키는 것은 헤이그 육전범규 위반이었으나, 협상과정에서 유엔사측은 이를 크게 문제삼지는 않았다.<sup>9)</sup>

〈표〉 공산측 포로의 송환 희망여부 조사결과

	송환희망자	송환불원자	계
북한인	62,169	34,373	96,542
중공인	6,388	14,412	20,800
남한인	4,560	11,744	16,304
민간인 역류자	9,954	26,338	36,292
계	83,071	86,867	169,938

출처: 미국합동참모본부사(전계주 5), p.278.

1952년 1월 2일 유엔사측은 포로교환방식으로 자원송환원칙을 처음으로 제의하였다. 유엔사측은 구체적으로 1)송환을 원하는 포로는 1:1의 비율로의 교환 2)송환을 원하는 나머지 공산측 포로들은 공산지역내 민간인과 교환 3)송환거부자는 포로지위에서 해방 4)모든 포로교환시 국제적십자위원회 대표가 입회하여 본인의사를 확인하는 방식을 제안하였다.<sup>10)</sup> 유엔사측보다 훨씬 적은 포로만을 확보하고 있던 공산측은 물론 이 제안에 크게 반발하였다. 그러나 당시까지는 유엔사측조차 과연 얼마만한 숫자의 포로가 공산측으로의 복귀를 거부할 것인가에 대하여는 알지 못하였다. 1952

7) 이 수치에는 포로수용소 역류자중 약 37,000명의 38이남 민간인 출신자는 제외되어 있었다, 미국합동참모본부사(전계주 5), p.130.

8) 미국합동참모본부사(전계주 5), pp.129-131.

9) J. Mayda, *The Korean Repatriation Problem and International Law*, AJIL Vol.47 (1953), p.416. 북한이 한국군 포로를 “자원”이라는 미명하에 자신의 군대에 편입시킨 행위는 유엔사측이 포로의 자원송환을 주장할 수 있는 근거가 되기도 하였다.

10) 미국합동참모본부사(전계주 5), pp.131-132.

년 6월 23일-27일간 유엔사측은 포로의 귀환 희망 여부를 조사하였는데, 169,938명의 포로중 과반수인 86,867명이 송환을 거부하여 유엔사측도 놀랄 정도였다.

협상 진행중 유엔사는 포로 가운데 우선 남한 출신 민간인 억류자중 송환거부자 26,000여명을 석방하였다.<sup>11)</sup> 또한 남한 출신 공산군 포로중 공산측으로의 복귀에 반대하는 11,000여명을 민간인으로 재분류하고 52년 10월 1일자로 석방하기로 하였다.<sup>12)</sup> 북한이 38이남 출신자를 징집한 것 자체가 전시 국제법 위반이었으므로, 이들을 송환에서 배제시키는 데는 공산측도 크게 반발하였다고는 볼 수 없었다. 그러나 자원송환원칙을 주장하는 유엔사측 방침에 대하여 공산측은 격렬히 반발하였으며, 1952년 내내 포로협상은 실질적 진전을 이룩할 수 없었다.

## 2. 포로송환협정의 체결과 이행

한국전쟁이 포로교환문제로 교착상태에 빠지게 되자 1952년 12월 3일 유엔 총회는 모든 포로의 석방·송환은 제네바 협약에 따라 실시되어야 함을 전제하며, 포로의 송환을 실시 또는 방해하기 위하여 강제력이 사용되어서는 아니된다는 결의를 채택하였다.<sup>13)</sup> 유엔 총회의 이 같은 결의는 유엔사의 입장을 강화시켜 주었다. 한편 1952년 12월 제네바의 국제적십자위원회 집행위원회는 포로문제에 대한 양측의 선의를 표시하는 방법으로 상병포로를 우선 송환하라는 결의를 채택하였다. 그 이전에 유엔사측도 같은 제안을 한 적이 있었으나, 공산측이 수락하지 않았었다. 적십자위원회에서의 결의를 바탕으로 1953년 2월 22일 유엔사측은 이 안을 다시 제기하였고, 이번에는 3월 28일 공산측이 수락의사를 표명하였다. 그 결과 1953년 4월 20일부터 5월 3일 사이 유엔군은 6,224명(북한 출신 5,194명, 중공출신 1,030명)의 상병포로와 446명의 민간인을 공산측으로 송환하였고, 공산측은 684명의 상병포로를 인계하였다.<sup>14)</sup>

상병포로의 우선송환이 합의된 직후인 1953년 3월 30일 중공의 주은래는 북경 방송을 통하여 복귀희망포로를 우선 송환하고, 나머지는 중립국으로 인도하여 신병을 처리하자는 제안을 내놓았다. 이는 1952년 12월 3일자 유엔 총회 결의와 거의 같은 내용이였다. 드디어 포로협상에 물꼬가 트이기 시작하였다.

변화된 환경을 바탕으로 1953년 4월 26일 휴전협상이 6개월만에 재개되었다. 포로협상은 주은래의 제안을 바탕으로 진행되었다. 한국측의 반대에도 불구하고 휴전

11) 미국합동참모본부사(전계주 5), p.249.

12) 미국합동참모본부사(전계주 5), p.304.

13) 총회 결의 610(VII), 인도의 제안을 바탕으로 한 이 결의에 대하여 소련은 처음부터 반대하였고, 결의 채택 직후 북한과 중공도 공식으로 반대의사를 발표하였다. 미국육군합동참모본부사(전계주 5), pp.321-322.

14) 미국육군합동참모본부사(전계주 5), p.362.

협상은 빠르게 진척되어 마침내 1953년 6월 8일 포로교환협정이 합의되었다. 포로교환협정의 요지는 다음과 같았다.

(1) 복귀를 희망하는 모든 포로는 60일 이내에 송환시키도록 하나, 그 기간에 송환을 선택하지 않은 포로의 신병은 스웨덴, 스위스, 폴란드, 체코슬로바키아, 인도로 구성되는 중립국 송환위원회로 인계한다. (2) 그 후 90일 동안 포로의 소속국 대표들은 중립국 송환위원회의 관리하에 포로들에 대하여 고국으로 복귀할 권리와 그 이후의 대우에 대하여 설명한다. (3) 90일의 설명기간이 지나도록 복귀를 희망하지 않는 포로들의 처리문제는 휴전협정 초안 제60조에 규정된 정치회담으로 넘겨 30일 이내에 이를 해결하도록 한다. (4) 그 이후에도 여전히 송환을 거부하는 포로들은 민간인 신분으로 된다. (5) 만약 그들이 중립국을 송환선으로 선택하면 중립국 송환위원회는 이에 협조한다.

한국정부는 휴전 자체에도 반대하였지만 행여 반공포로가 공산측으로 넘겨지지 않을까 우려하였다. 포로송환협정이 체결되자 한국 정부는 반공포로를 일방적으로 석방하기로 하였다. 유엔사측과 공산측간의 포로교환협정이 서명된 6월 8일 이승만 대통령은 원용덕 헌병총사령관에게 반공포로 석방명령서를 전달하고, 극비리에 작전을 수행할 것을 지시하였다. 한국군은 6월 18일 새벽에 반공포로석방을 단행하였다. 6월 18일 오후까지 25,000명이 넘는 반공포로가 수용소를 탈출하였고, 혼란통에 20일까지는 부분적인 탈출이 계속되었다. 당시 한국인들간에는 휴전반대 여론과 반공포로에 대한 동정심이 강하였기 때문에 민간인들이 반공포로를 철저히 보호하였다. 미군측은 탈출포로를 체포하려고 노력하였으나, 탈출현장 부근에서 체포된 일부를 제외하고는 포로들을 거의 발견할 수 없었다<sup>15)</sup>. 최종적으로 총 27,388명의 반공포로가 석방된 것으로 집계되었다. 한국정부의 독단적인 반공포로의 석방은 세계를 놀라게 하였고 공산측은 물론 미국측의 반발을 샀으나, 그렇다고 휴전협정 체결로의 길을 막지는 못하였다. 마침내 1953년 7월 27일 3년 이상을 끈 한국전쟁의 휴전이 성립되었다.<sup>16)</sup>

15) 치밀한 준비 끝에 한국군 헌병대는 6월 18일 전국적으로 반공포로 석방을 단행하였다. 당시 포로수용소는 미군 병참관구사령부 소관으로 미군이 관할하고 있었으며, 외곽경비만 한국군이 담당하고 있었다. 한국군에 대한 작전지휘권도 유엔군 사령부에 있었으므로 합법적인 명령계통으로는 석방작전이 불가능하였다. 원용덕 헌병 총사령관은 약 열흘간의 준비 끝에 헌병계통을 통한 작전계획을 수립하고, 6월 18일 새벽 전국적으로 전격적인 반공포로 석방작전을 거행하였다. 즉 수용소내 소수의 미군 지휘관들을 완력으로 제압하고, 수용소 철조망을 절단하여 포로들을 탈출시켰었다. 당시 미군은 포로간의 층들을 막기 위하여 반공포로와 친공포로를 각기 다른 수용소에 분리 수용하고 있었기 때문에 반공포로만의 석방이 가능하였다.

16) 반공포로의 석방과정에 대한 상세는 김행복, 한국전쟁의 포로(국방군사연구소, 1997), pp.192-232; 미국합동참모본부사(전계주 5), pp.396-411 참조.

〈표〉 반공포로 수용 및 석방 현황(1953. 7. 2 기준)

(단위: 명)

포로수용소	수용포로 총 인원	석방된 포로	사망	잔류수용인원			
				부상	체포	미탈출	계
부산지구 거제리 제2수용소	3,065	392	1		116	2,556	2,672
부산지구 가야리 제9수용소	4,027	3,930				97	97
광주 제5수용소	10,610	10,432	5	8		165	173
논산 제6수용소	11,038	8,024	2	2	336	2,674	3,012
마산 제7수용소	3,825	2,936	3	11	144	731	886
영천 제3수용소	1,171	904	1		116	150	266
부평 제10수용소	1,486	538	47	60	39	802	901
대구 제4수용소	476	232	2		180	61	241
계	35,698	27,388	61	81	931	7,236	8,248

출처: 육본, 『6·25사변후방전사』(1956), p.137, 김행복(전계주 16), p.227에서 재인용.

휴전성립에 따른 포로송환 작전은 1953년 8월 5일부터 9월 6일 사이에 진행되었다. 이 기간 중 유엔사측은 북한행을 원하는 70,183명과 중공행을 원하는 5,640명 등 총 75,823명의 포로를 공산측으로 송환하였다. 반면 공산측은 한국군 7,862명, 미군 3,597명 등을 포함한 총 12,773명의 포로를 송환하였다.

그 결과 유엔사측은 22,604명의 송환거부자를 보유하고, 공산측은 359명의 송환거부자를 보유하고 있다고 보고되었다. 이들의 신병은 9월 23일과 24일 양일간 비무장지대내에 설치된 중립국 송환위원회로 인계되었다.

1953년 10월 15일부터 중립국 송환위원회의 관리하에 송환거부자에 대한 본국측의 설명이 개시되었다. 그러나 대부분의 송환거부포로들은 정치적으로 조직화되어 공산측의 복귀설명 자체에 협조하지 않았고, 포로들의 비협조로 설명절차는 매우 느리게 진행되었다. 90일간의 설명기간이 만료되는 12월 23일까지 공산측은 22,604명의 포로중 1/7에도 못 미치는 3,190명만을 면담할 수 있었다. 그중 137명이 마음을 바꾸어 공산측으로 귀환하기로 하였다. 포로송환협정에 따르면 90일간의 설명기간이 지나면 포로의 처리는 추가로 30일간 예정으로 정치회담에 회부되도록 되어 있었다. 그러나 포로문제가 당시 진행되지도 않는 정치회담에서 해결되기를 기대하는 것은 불가능하였다. 결국 이 30일도 지나자 중립국 송환위원회는 심각한 결단을 내려야 하였다. 원래 송환협정에 따르면 120일의 기간이 지나도록 송환을 거부하는 포로들은 민간인 신분임이 선언될 예정이었으나, 그 전제가 되는 본국측 설명절차

가 제대로 진행되지 못하였기 때문에 중립국 송환위원회는 이렇지도 저렇지도 못할 입장에 처하였다. 중립국 송환위원회 의장국인 인도는 추가적인 합의가 성립되지 않는다면 포로를 원래의 억류국으로 되돌려 보낼 수밖에 없다고 판단하였다. 결국 잔여 포로들은 원래의 억류국으로 재인도되었고, 중립국 송환위원회는 1954년 2월 1일 해산하였다.<sup>17)</sup>

유엔사측으로 다시 인도된 포로들은 1954년 1월 23일 민간인 신분으로 선언되어 석방되었다.<sup>18)</sup> 한국인은 한국정부에게 인계되었고, 대부분의 중국출신자는 대만으로 송환되었다. 특기할 만한 사항은 공산포로 86명과 남한출신 포로 2명은 어느 쪽으로의 송환도 거부하고 중립국인 인도행을 선택하였다는 점이었다.<sup>19)</sup>

### 〈표〉 한국전쟁의 포로처리 결과

#### 1. 송환포로 수

국 적	상병포로교환	포로교환	계
계	6,670	75,823	82,493
북 한	5,640	70,183	75,823
중 국	1,030	5,640	6,670
계	684	12,773	13,444
미 국	149	3,597	3,746
한 국	471	7,862	8,321
영 국	32	945	977
터 키	15	229	243
필 리 핀	1	40	41
캐 나 다	2	30	32
콜롬비아	6	22	28
오스트레일리아	5	21	26
프 랑 스	-	12	12
남아프리카공	1	8	9
그 리 스	1	2	3
네덜란드	1	2	3
벨 기 에	-	1	1
뉴질랜드	-	1	1
일 본	-	1	1

17) 김행복(상계주), pp.250-252.

18) 미국은 상응하는 조치로서 공산측으로 귀환을 거부한 미군포로들을 군인신분에서 면제시켜 주었다. R. Baxter, *Asylum to Prisoner of War*, BYIL Vol.30(1953), p.495.

19) 88명의 중립국행 선택자는 1954년 2월 인도 마드라스로 이송되었다. 이들 중 60명 이상이 당초 미국행을 원하였으나, 인도정부는 미국은 한국전의 중립국이 아니므로 최종 정착지가 될 수 없다고 설명하였다. 69명은 남미로 갔고, 5명은 인도에 정착, 8명은 다시 북한과 중국으로 돌아갔다. S. Bailey, *How Wars End* Vol.1(Clarendon Press, 1982), p.314.



## 2. 송환거부 포로의 처리

## 가. 유엔군측에 의한 포로

처리	계	중국인	한국인
계	22,604	14,704	7,900
공산군측으로 귀환	628	440	188
탈출 및 실종	13	2	11
인도군의 관리중 사망	38	15	23
인도로 이송	86	12	74
유엔군측 통제로 전향	21,839	14,235	7,604

## 나. 공산군측에 의한 포로

처리	계	미국인	영국인	한국인
계	359	23	1	335
공산군측 통제로 전향	347	21	1	325
인도로 이송	2	-	-	2
유엔군측 통제로 귀환	10	2	-	8

출처: 미국합동참모본부사(전계주 5), pp.496-497.

## Ⅲ. 포로송환에 관한 국제법의 검토

## 1. 송환협상시 양측의 주장

한국전쟁에서 유례없는 규모의 송환거부 포로가 발생하였다는 사실은 한국전쟁이 내포한 이념적 충돌의 심각성을 상징적으로 보여주는 실례였다. 그런 점에서 포로의 전원송환과 자원송환간의 충돌은 본질적으로 정치적 문제였다. 그러나 휴전협상에서 포로송환문제는 국제법의 해석문제로 제기되었고, 그런 이유에서 이 문제는 법적 공방의 형태로 전개되었다.

포로의 전원송환과 자원송환이 대립되었던 송환협상에 있어서 유엔사측과 공산측이 각각 제시한 주요 논거는 다음과 같았다.

공산측은 제네바 협약 제118조에 규정된 바 같이 적대행위가 종료되면 포로는 즉각 전원송환되어야 한다고 주장하며, 그 이유를 다음과 같이 설명하였다.<sup>20)</sup>

첫째, 협약 제118조 1항은 적대행위 종료후 포로는 지체없이 석방·송환되어야

20) 포로송환에 관한 공산측 입장은 주로 1952년 11월 10일 및 24일자 유엔 총회 제1위원회(정치)에서의 소련대표 Vyshinsky의 발언을 정리한 것이다. ICRC Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949, vol. III(ICRC, 1960), pp.543-544; J. Mayda(전계주 9), pp.426-427; J. Charnatz & H. Wit, Repatriation of Prisoners of War and the 1949 Geneva Convention, Yale Law Journal Vol.72(1953), p.408 등에 인용된 내용 참조.

한다는 점과 이의 이행이 억류국의 의무라는 점을 확고한 문언으로 표현하고 있으므로(shall be released and repatriated), 포로는 무조건 전원이 송환되어야 한다. 특히 본국 송환을 원하지 않는 포로를 위한 예외 규정을 설치하자는 오스트리아의 제안이 1949년 제네바 회의에서 부결되었다는 점은 제118조가 모든 포로의 송환을 의미하는 것으로 해석되어야 함을 분명히 해주는 사실이다.<sup>21)</sup>

둘째, 포로가 귀환을 원하지 않는 경우 억류국이 송환을 유보하거나 지체시킬 수 있는 근거조항이 협약내에는 마련되어 있지 않다. 반면 제7조는 협약에 의하여 보장된 포로의 권리는 부분적으로라도 포기될 수 없다고 규정하고 있으며, 제6조는 제118조상의 권리를 침해하는 당사국간의 별도협정 체결도 금지하고 있다. 따라서 제118조가 규정하고 있는 포로의 본국귀환권은 어떠한 경우에도 포기되거나 침해될 수 없다.

셋째, 협약 일부조항에서는 포로가 송환을 거부할 수 있는 경우를 설정하고 있는데,<sup>22)</sup> 적대행위 종료후에는 그 같은 예외규정이 없으므로 결국 제118조는 전원송환을 규정하였다고 보아야 한다.

넷째, 군인은 본국에 대하여 충성의무를 지는 국가기관이므로 일반인과 달리 외국에 비호를 청구할 수 없다.

다섯째, 조약 당사국으로서의 의무는 국가간의 의무이므로, 적대행위가 종료하면 억류국은 포로의 출신국에 대하여 송환의무를 부담하며, 개개 포로의 이사는 참작될 필요가 없다.

여섯째, 과거에도 전쟁 종료후 포로는 전체로서 송환되었다.

공산측의 포로 전원 송환주장에 대하여 유엔사측은 초기에는 자원송환(voluntary repatriation)을 주장하였으나, 뒤에는 비강제송환(no forced repatriation)으로 표현을 바꾸었다. 유엔사측은 제네바 협약 개별조문의 구체적 해석론에 입각한 주장을 펴기보다는, 협약의 일반정신과 인도주의적 원칙을 강조하였다. 원하지 않는 포로를 강제로 송환시키는 것은 협약이 달성하고자 하는 인도주의 정신에 위배된다는 주장이었다. 또한 유엔사측은 공산측이 제네바 협약 전체를 준수한 것은 아니었으므로, 포로송환에 관한 조항만을 자신들이 편리한대로 해석하여 상대에게 준수하라고 요구할 도덕적 자격이 없다고 주장하였다.<sup>23)</sup>

송환협상에서 공산측이 개별조문의 구체적 해석론을 전개한데 반하여, 유엔사측은 협약의 정신만을 주로 강조하였으며, 공산측이 제네바 협약을 고의적으로 왜곡

21) 아래 주 42 및 관련본문 참조.

22) 예를 들어 협약 제109조 3항은 상병포로는 적대행위 계속중 본인 의사에 반하여 송환되지 않는다고 규정하고 있다.

23) J. Mayda(전계주 9), p.427; ICRC Commentary(전계주 20), p.544 등에서 정리.

한다는 비난도 하지 않았다. 그런 점에서 협약 해석공방에 관한 한 유엔사측이 수 세적 입장에 처하였던 것이 사실이었다.<sup>24)</sup>

## 2. 한국전쟁에 대한 제네바 협약의 적용

한국전쟁 발발 당시 1949년 제네바 협약은 아직 발효되지도 않고 있었으며,<sup>25)</sup> 주 참여국으로 전쟁기간중 협약을 비준한 국가는 없었다.<sup>26)</sup> 그렇다면 제네바 협약, 특히 제118조가 한국전쟁에도 적용되었다고 보아야 하느냐는 문제부터가 제기된다.

한국전쟁이 발발하자 남북한, 미국, 영국, 중공 등 주 참여국들은 한결 같이 제네바 협약의 원칙과 정신을 준수하겠다는 의사를 표명하였다. 1950년 7월 4일 맥아더 사령관은 무력분쟁에 관하여 문명국에 의하여 승인된 원칙이 한국전쟁에서도 준수될 것임을 천명하며, 공산측으로부터도 상응하는 대우를 기대한다는 발표를 방송하였다. 또한 7월 5일 애치슨 국무장관은 국제적십자위원회에 같은 내용의 전문을 보냈고, 주 유엔 미국대사 역시 유엔 사무총장에게 보낸 서한을 통하여 유엔사 관할 지역에서 국제적십자위원회 대표가 1929년 및 1949년 제네바 협약에 따른 인도적 임무를 수행할 수 있도록 조치하겠다고 약속하였다. 이와는 별도로 이승만 대통령 역시 7월 5일 제네바 협약 준수 의사를 공표하였다. 영국 역시 1949년 제네바 협약을 자발적으로 적용하겠다는 의사표시를 하였다.<sup>27)</sup> 북한 역시 국제적십자위원회의 독촉을 받고 유엔 사무총장에 대한 7월 13일자 서한에서 전쟁포로에 관한 기존의 국제법과 기준에 따라 포로협약을 성실하게 준수하겠다고 통보하였다.<sup>28)</sup> 1952년 초부터 자신이 한국전쟁의 당사자임을 인정한 중공은 1952년 7월 스위스 정부에 대하여 제네바 협약을 승인한다는 통보를 하였다.<sup>29)</sup>

이상에서 볼 수 있는 바와 같이 한국전쟁의 주요 관계국들은 제네바 협약의 원칙과 기준이 적용될 것이라는 의사를 표명하였다. 전쟁과정에서 제네바 협약의 당사국이 아니라는 이유로 협약의 적용을 공개적으로 거부한 국가도 없었다.

그러나 한국전쟁 참여국들이 제네바 협약의 당사국은 아니었으므로 한국전쟁에 제네바 협약이 “조약”으로서 적용되었다고는 볼 수 없을 것이다. 관계국들도 협약의 전 조문을 적용하겠다는 약속을 하지는 않았고, 협약의 원칙과 기준을 준수하겠

24) J. Mayda(전계주 9), pp.418-419.

25) 제네바 각 협약은 2개국 이상이 비준하면 6개월 후부터 발효되기로 되어 1950년 10월 21일 발효하였다.

26) 예를 들어 한국은 1966년 8월 16일, 미국은 1955년 8월 2일, 영국은 1957년 9월 23일, 북한은 1957년 8월 27일, 중공은 1956년 12월 28일 협약에 가입하였다.

27) 미국합참모본부사(전계주 5), p.110; R. Baxter(전계주 18), p.490; J. Mayda(전계주 9), pp.425-426 등에서 정리.

28) New York Times 1950년 7월 14일자, p.1. J. Mayda(전계주 9), p.424에서 재인.

29) New York Times 1952년 7월 17일자, p.1. J. Mayda(전계주 9), pp.424-425에서 재인.

다는 의사표시를 하였을 뿐이었다. 실제로도 전쟁 과정중 제네바 협약의 전 내용이 준수되었다고는 평가될 수 없다.<sup>30)</sup> 그런 의미에서 국제적십자위원회 역시 한국전쟁이 제네바 협약 적용의 선례에 해당하지는 않는다고 해석하고 있다.<sup>31)</sup>

그렇다고 하더라도 한국전쟁이 협약 제118조 해석과 관련하여 갖는 비중은 결코 낮게 평가될 수 없다. 한국전쟁은 협약 성립 이후 최초의 본격적 전쟁이었으며 포로송환협상이 협약 제118조의 해석을 중심으로 진행되었다는 점과 한국전쟁에 참여하였던 국가들의 비중 등으로 보아 한국전쟁에서의 포로처리 방식은 제네바 협약에 관한 국제사회의 반응으로 무게있게 평가되어야 한다. 또한 한국전쟁 참여국들이 후일 제네바 협약에 가입할 때 제118조의 의미에 대하여는 한국전쟁에서의 처리사례를 참작하고 가입하였다고 보아야 하며,<sup>32)</sup> 특히 미국과 영국은 1949년 협약과 유사한 내용을 갖고 있던 1929년 협약의 당사국이었으므로 포로의 강제송환 실시여부에 관한 한 한국전쟁이 사실상 당사국간의 선례에 해당한다고 보아도 크게 무리는 아니다.

### 3. 포로송환과 제네바 협약

#### (1) 포로송환조항의 제정 배경

유럽에서 근대 이전까지 전쟁에서 사로잡힌 포로들에게는 어떠한 자비도 보장되지 않았다. 많은 수가 전쟁현장 또는 전쟁 후 처형되었다. 생존자는 노예로 되거나, 속량금을 지불하여야만 풀려날 수 있었다. 일반 다자조약에 포로송환에 관한 조항이 삽입된 최초의 예는 1874년의 브뤼셀 선언이었다. 그러나 이 경우에도 포로교환은 교전국간 상호 이해에 의하여 규율된다는 간단한 내용뿐이었다.<sup>33)</sup>

1899년과 1907년 헤이그 만국평화회의의 결과 탄생한 육전법규 제20조는 평화조약 체결 이후 가급적 신속하게 포로를 송환한다는 규정을 두었다.<sup>34)</sup> 1919년의 베르

30) 예를 들어 공산측은 전쟁 초기부터 포로수용소에 대한 국제적십자위원회 대표의 방문을 거절하고, 포로 명단도 제대로 통보하지 않는 등 과연 어느 정도 협약을 준수하였는가는 별도의 논의가 있어야 한다. 또한 양측 모두 포로의 가족과의 서신연락, 가족으로부터의 소포수령권 등은 보장하지 아니하였다.

31) ICRC Commentary(전계주 20), p.546; A. Rosas, *The Legal Status of Prisoner of War*(1976), p.483 역시 ICRC의 견해를 지지하고 있다.

32) 한국이 제네바 협약에 가입할 때 “제118조 제1항의 규정을 포로를 억류하고 있는 국가가 공개적으로 자유로이 발표된 포로의 의사에 반하여 그 포로를 강제송환할 의무는 지지 아니하는 것으로 해석한다”는 해석선언을 첨부하였고, 이에 대하여 타당사국의 별다른 이의제기는 없었다.

33) 1874년 8월 27일 체결된 Declaration of Brussels의 Project of an International Declaration concerning the Laws of and Customs of War은 제23조 내지 제34조에 포로대우에 관한 규정을 두었다. 브뤼셀 선언은 최종적으로 조약으로 성립되지는 못하였다.

사이유 조약 제214조 역시 평화조약 발효후 가능한 한 신속하게 포로를 송환한다고 규정하였다. 그러나 베르사이유 조약은 휴전이 성립된지 14개월이나 지나서 발효하였으므로 포로송환에 관한 한 만족스러운 내용은 되지 못하였다.<sup>35)</sup>

포르투갈 자체만을 규율하기 위하여 최초로 성립된 조약은 국제적십자위원회 후원으로 성립된 1929년도 포르투갈에 관한 제네바 협약이었다.<sup>36)</sup> 이 협약 제75조는 평화조약 이후 포로는 가급적 신속히 송환되어야 한다고 전제하고, 제1차 대전시의 경험을 배경으로 휴전협정 체결시 포로송환에 관한 규정을 원칙적으로 삽입하라고 규정하였다. 그러나 1929년 협약도 제2차 대전후의 상황에 대처하기에는 미흡하였다. 제2차 대전은 휴전협정도 없이 무조건 항복을 통하여 적대행위가 종료되었기 때문이었다.

제2차 대전후 유럽의 전승국들은 전후복구 노동력으로 활용하기 위하여 포로들을 장기간 억류하는 사례가 많았다. 1950년까지도 약 150만명의 독일군 포로와 약 35만명의 일본군 포로가 소련에 억류되고 있었다.<sup>37)</sup> 국제적십자위원회는 포로를 포함한 전쟁 희생자를 보호하기 위한 새로운 조약체결이 필요하다고 판단하였다.

새로운 제네바 협약 준비를 위한 정부전문가회의가 1947년 제네바에서 소집되었다.<sup>38)</sup> 정부전문가회의의 참여자들은 포로송환에 관한 한 1929년 제네바 협약은 보완이 필요함에 인식을 같이 하였고, 적대행위만 종료되면 포로는 평화조약 체결 이전에 즉각 송환되어야 한다는데 합의하였다. 한편 제2차 대전 종료후 특히 소련출신 포로들이 본인의 의사에 반하여 본국으로 송환되게 되자 자살을 기도한 사례가 다수 보고된 바 있었다. 이 같은 경험을 바탕으로 국제적십자위원회는 각국 대표에게 본국으로 송환을 원치 않는 포로문제에 관한 주의를 환기하였으나, 당시 이 문제에 대한 적극적인 토의는 이루어지지 않았다. 회의 참가자들은 포로의 전원송환 원칙을 중요시하여, 협약 초안에 이 내용을 약화시킬 수 있는 예외를 명기하지 않으려 하였다. 포로에게 선택권을 인정한다면 억류국으로부터 과도한 압력이 행사될리라는 우려가 제기되었고, 억류상태에서 포로들의 자유로운 의사표시가 가능할지

34) Hague Conventions of 1899(II) & 1907(IV) respecting the Law and Customs of War on Land 제3조 내지 제20조 및 제23조가 포로대우에 관한 조항들이다.

35) 베르사이유 조약은 1919년 6월 28일 체결되었고, 1920년 1월 15일에야 발효하였다.

36) 1929년 7월 27일 Convention relative to the Treatment of Prisoners of War.

37) C. Delessert, Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities(1977), p.171. 미국은 1946년 7월 독일군 포로를 모두 송환하였으며, 영국은 1948년 7월에야 송환을 완료하였다. H. Levie, Prisoners of War in International Armed Conflict(59 U.S. Naval War College of International Studies, 1978), p.418. 소련은 심지어 종전 10년 후인 1955년까지도 독일군 포로 9,000명을 억류하였다.

38) Commission of Government Experts for the Study of Conventions for the Protection of War Victims, Geneva, 1947.4.14-26.

도 의심스러웠기 때문이었다. 예외가 설정되면 이를 핑계로 억류국이 포로송환을 거부할 수도 있으리라고 우려하였다. 또한 포로의 송환 거부를 인정하면 1차적으로 억류국이 그들을 수용하여야 한다는 사실이 각국에게는 부담스러웠다. 따라서 송환 거부자 문제는 제네바 협약에 명기하지 않는 편이 바람직하다고 생각하였다.<sup>39)</sup>

위와 같은 분위기는 제네바 협약 채택을 위한 1949년 외교회의에서도 지속되었다. 제2차 대전이 종료된지 4년이나 경과한 당시까지도 상당수의 포로가 갖가지 명목으로 억류되어 본국귀환을 하지 못하고 있었다는 점이 회의분위기를 지배하였다. 다수의 회의 참가국들은 포로의 강제적 억류연장을 방지하고 조기송환을 확보함을 가장 중요한 목표의 하나로 생각하였다.<sup>40)</sup> 이에 각국 대표들은 1)포로송환의무는 상호주의적 실행을 전제로 하지 않으며, 2)억류국측의 사정이 포로억류 계속을 정당화시킬 수 없으며, 3)적대행위 종료후 포로는 즉각 본국으로 송환되어야 한다고 생각하였다. 물론 이 같은 사고의 배후에는 포로는 당연히 신속한 본국 송환을 희망할 것이라는 전제가 자리잡고 있었으며, 일부 송환불원 포로가 있다하여도 그 숫자는 매우 적을 것이므로 이들 소수를 위하여 다수의 이익이 위협받을 수는 없다고 생각하였다.<sup>41)</sup> 당시 오스트리아는 현재의 협약 제118조 다음에 송환불원 포로를 강제적으로 본국으로 송환하는 것을 금지하는 조항의 삽입을 제안하였다. 현대전의 경우 본국의 급격한 정치·경제적 변화를 야기하여 포로가 본국으로 귀환하기를 원하지 않는 경우가 많다는 점을 그 이유로 들었다. 그러나 이 수정안에는 미국, 소련 등을 비롯한 주요 국가들이 반대하였고, 결국 채택되지 않았다.<sup>42)</sup> 1947년 정부 전문가회의에서와 같은 이유에서 억류국의 포로송환의무에 대한 예외조항설치에 반대하였기 때문이었다. 특히 소련은 포로에게 송환선택권을 주면 발틱국가나 서우크라이나 등 적지 않은 비러시아 출신의 포로들이 귀환을 거부하리라고 우려하였다.<sup>43)</sup>

이러한 배경하에 성립된 협약 제118조는 적극적인 적대행위가 종료되면 지체없이 포로를 석방·송환하여야 하며, 아울러 휴전협정에 포로송환에 관한 규정이 삽입되지 않은 경우 포로 억류국은 적대행위 종료후 즉각 송환원칙을 이행하기 위하

39) ICRC Commentary(전계주 20), p.542; C. Delessert(전계주 37), pp.168-169.; J. Gutteridge, *The Repatriation of Prisoners of War*, ICLQ Vol.2(1953), p.211; A. Rosas(전계주 31), pp.481-482.

40) ICRC Commentary(전계주 20), p.543.

41) C. Delessert(전계주 37). p.172. 협약이 제7조에 포로의 협약상 권리의 포기금지를 규정할 것도 제118조에 예외조항을 설치하지 않는 것과 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

42) Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol.II-A, p.462. ICRC Commentary(전계주 20), p.542에서 재인.

43) J. Charmatz & H. Wit(전계주 20), pp.404-405.

여 스스로 송환계획을 작성, 실천하여야 한다고 규정하였다.

결국 제118조는 송환을 희망할 다수포로를 보다 확실하게 보호하기 위하여 이에 반대하는 소수에 대한 배려를 포기한 조항이다. 포로가 본국으로 송환된 이후 받게 될 처우는 국민과 본국간의 국내법적인 문제로만 생각하였고, 제네바 협약은 이에 까지 관여하지 않으려 한 것이었다.<sup>44)</sup> 즉, 제네바 협약의 기초자들은 포로의 전원 송환을 원칙으로 상정하였다고 판단된다.<sup>45)</sup>

## (2) 협약 제118조의 해석

제네바 협약 제118조가 포로의 전원송환을 의미한다는 주장은 다음과 같은 점에서 지지근거를 찾을 수 있다.

첫째, 1949년 제네바 회의에서 포로의 송환거부권을 명시하자는 오스트리아의 수정안이 부결되었다는 사실은 협약 기초자의 의도를 잘 나타내 준다.

둘째, 강제송환이 일부 포로에게는 부정적 결과를 가져올 수 있으나, 자유송환은 절대다수의 포로에게 더 큰 부정적 결과를 가져올 우려를 내포한다. 만약 억류국이 포로잔류를 희망한다면 적대행위 진행중 억류국은 갖은 수단과 방법을 동원하여 포로의 세뇌와 회유를 시도할 것이고, 이는 모든 포로의 수용생활을 더욱 고통스럽게 만들 것이다. 이러한 과정을 거친 후의 의사표시가 과연 본인의 진정한 의사일지 담보가 되지 않는다.<sup>46)</sup>

셋째, 포로는 수용기간중에도 여전히 본국군대에 소속된다는 사실이 간과될 수 없다. 군인은 본국에 대하여 충성의무를 지며, 포로의 송환은 그가 다시 본국 군대로 복귀함을 의미한다. 따라서 포로의 석방, 송환을 단순히 개인의 권리라고만 볼 수 없다.<sup>47)</sup>

반면 협상과정에서 제시된 공산측의 주장에 대하여는 다음과 같은 비판이 가능하다.

첫째, 포로의 무조건 전원송환 주장은 제네바 협약의 성립목적에 어긋나는 해석이 될 수 있다. 제네바 협약은 그 제목에서 표시되듯이 전쟁희생자의 보호를 위한 조약이다. 그중 제3협약은 포로에게는 일정한 처우를 받을 권리를 부여하고, 억류국에게는 포로를 일정하게 대우할 의무를 부과하는 조약이다. 특히 제118조는 적대행위 종료후 신속한 귀환이라는 포로의 권리를 보호하고, 억류국에게는 이를 실천할

44) C. Delessert(전계주 37), p.194.

45) ICRC Commentary(전계주 20), p.547; C. Delessert(전계주 37), p.171; A. Rosas(전계주 31), p.483.

46) C. Delessert(전계주 37), pp.192-194; A. Rosas(전계주 31), p.483.

47) C. Delessert(전계주 37), p. 178. ICRC Commentary(전계주 20), p.547도 제118조 해석에 있어서는 이 같은 사항이 고려되어야 한다고 지적하고 있다.

의무를 부과함으로써 인도주의적 목적을 달성하려는 조항이다. 즉 제118조는 이러한 기본정신을 고려하여 해석되어야 한다. 그런데 포로의 의사와 관계없는 전원 송환은 송환거부 포로에게는 반인도주의적 결과를 낳게 되며, 이는 협약의 목적달성에 오히려 역행하는 결과가 된다.<sup>48)</sup>

둘째, 협약 제118조 제2항이 제1항에 규정된 “적대행위 종료후 지체없는 석방·송환”을 “원칙(principle)”이라고 지칭하고 있다. 원칙이라면 합당한 사유가 있는 경우 예외가 있을 수 있음을 의미한다.<sup>49)</sup> 특히 1949년 제네바 회의에서 오스트리아의 수정안이 부결된 것은 포로에게 송환거부권이 인정되는 경우 그는 어느 국가에 정착할 수 있느냐의 문제가 해결되지 않았기 때문이며, 예외적 상황의 존재 가능성이 완전히 부정된 것은 아니었음이 함께 고려되어야 한다.<sup>50)</sup>

셋째, 협상과정에서 공산측은 협약 제7조를 근거로 제118조상의 귀환권은 포로 자신에 의하여도 포기될 수 없다고 강조하였다. 물론 제118조가 포로의 권리를 보호하는 범위내에서는 포로 자신의 권리포기도 인정되지 아니하며,<sup>51)</sup> 당사국들은 포로에게 불리한 별도 합의를 하여서도 아니된다.<sup>52)</sup> 그러나 귀환불원 포로들에게 의사에 반한 송환은 결코 권리일 수가 없다. 이들에게 귀환이 포기 불가능한 권리임을 강조하는 것은 “명백히 불합리한 결과를 초래”하는 해석이 된다. 강제송환이 이루어진다면 이는 포로에게 귀환의무가 부과되는 것에 불과하다. 포로의 권리가 아닌 의무부분은 협약 제7조에 의한 포기금지 대상에 포함되지 않을 뿐더러, 제6조에 의한 불이익 변경금지 대상에도 포함되지 않는다. 따라서 협약 제6조와 제7조를 근거로 제118조가 송환불원 포로의 강제송환까지 포함한다는 주장은 제118조의 타당한 해석이 될 수 없다.

넷째, 협약 제21조와 제109조 3항 등은 석방·송환에 관하여 포로에게 선택권이 인정되는 상황을 규정하고 있는데 반하여, 제118조에 대하여는 유사한 예외조항이 없다는 점을 근거로 포로의 귀환거부가 금지되었다는 주장 역시 반드시 타당하지는 않다. 오히려 제네바 협약은 상황에 따라 포로에게 석방·송환에 관한 선택권을 부여할 수 있는 예를 인정하고 있는데, 제118조에 대하여도 명시적 금지규정은 없으므로 포로의 선택권이 인정될 수 있다는 해석 역시 가능하기 때문이다.<sup>53)</sup>

다섯째, 공산측은 포로의 전원 송환이 국제관행이었다고 주장하며, 한국전쟁에서

48) J. Charmatz & H. Wit(전계주 20), p.410; Tae Ho Yoo, *The Korean War and the United Nations*(Librairie Desbarar, 1965), p.173.

49) J. Mayda(전계주 9), p.431; Tae Ho Yoo(상계주), p.172.

50) J. Mayda(전계주 9), p.433; J. Charmatz & H. Wit(전계주 20), p.404.

51) 협약 제7조.

52) 협약 제6조.

53) J. Mayda(전계주 9), pp.433-434; Tae Ho Yoo(전계주 48), p.176.



도 포로를 상호 전원송환할 것을 주장하였다.<sup>54)</sup> 그러한 관행이 성립되어 있었다면 협약 제118조의 해석에도 중요한 고려사항이 될 수 있다. 그러나 20세기 전반 제네바 협약까지의 국제관행을 조사하여 보면 적지 않은 전쟁에서 본국송환을 원하지 않는 포로들은 송환에서 배제되었음이 발견된다.

제1차 대전후 유럽에서 체결된 26개의 전후처리조약에서 포로의 귀환거부가 인정되고 있었으며, 그중 17개 조약은 소련이 당사국인 조약이었다. 예를 들면 베르사이유 조약 제220조는 “송환을 원하지 않는 전쟁포로와 기타 독일인은 송환으로부터 배제된다. 단 연합국은 이들을 송환하거나, 중립국으로 이전하거나, 자국내 거주를 허용할 권리를 유보한다”고 규정하고 있었다. 또한 오스트리아·헝가리와의 상제르망 평화조약 제166조와 트리아농 평화조약 제150조도 동일한 내용을 담고 있었다. 기타 1918년 3월 7일 독일-핀란드 평화조약 제7조, 1919년 5월 29일 핀란드-오스트리아·헝가리 평화조약 제7조, 1919년 10월 1일 독일-폴란드 평화조약, 1920년 4월 19일 독일-러시아간 포로 및 민간인 억류자 상호송환에 관한 협정 제1조, 1920년 독일-리트비아 조약도 유사한 내용을 갖고 있었다. 또한 1921년 3월 8일 소련-터키 송환조약 제2조는 “포로의 상호송환은 당사자의 동의하에 실시된다. 강제송환은 허용되지 아니한다”고 규정하고 있었고, 1920년 2월 12일 영국-소련간 포로교환 협정 제4조와 1921년 소련-헝가리간 리가조약 역시 같은 내용을 갖고 있었다.<sup>55)</sup>

다른 지역에서의 경우를 보아도 포로송환시 본인의사를 존중한 사례는 여럿 발견된다. 남미에서의 Chaco 전쟁 후에도 중립국 대표를 과반수로 하는 특별송환위원회가 1936년 구성되어 볼리비아와 파라과이간의 포로송환업무를 담당하였다.<sup>56)</sup> 당시 6명의 파라과이 출신 포로와 71명의 볼리비아 출신 포로가 귀환을 거부하자 이들을 강제로 송환시키지 아니하였다.<sup>57)</sup> 인도네시아 독립전쟁과정에서 네덜란드에 체포된 수천명의 남몰로카군과 그 가족들은 그후 인도네시아측으로의 송환과 정착을 거부하여 결국 네덜란드로 이주하였다.<sup>58)</sup> 제2차 대전후 영국과 프랑스 등은 일부 포로에 대하여 원하는 경우 잔류하여 민간인 신분으로 남도록 허용하였다.<sup>59)</sup>

54) 1952년 10월 16일자 공산측 사령관의 유엔사령관에 대한 통지. U.S. Department of State Bulletin Vol.26(1952), p.595. J. Mayda(전계주 9), p.427에서 재인.

55) 이상은 C. Delessert(전계주 37), p.175; J. Charnatz & H. Wit(전계주 20), p.408; J. Mayda(전계주 9), p.434. 등에서 정리함.

56) Peace Conference Resolution Setting up Military Commission to Supervise Exchange of Prisoners of War, 1936년 2월 3일.

57) R. Baxter(전계주 18), pp.490-491.

58) S. Bailey(전계주 19), p.309.

59) 영국과 프랑스는 잔류포로를 전후 복구 인력으로 활용하기 원하였다. 1948년 24000명의 독일 포로가 영국 잔류를 선택하였다. 이러한 사정은 소련 역시 마찬가지였다. C. Delessert(전계주 37), p.169; J. Charnatz & H. Wit(전계주 20), p.401.

이상과 같이 20세기 들어서 포로의 희망에 따라 전후 본국으로 송환되지 않은 사례는 적지 않았다. 물론 송환에 관한 포로의 의사가 언제나 존중된 것은 아니었으며, 무조건 전원송환이 실시된 예도 적지 않았다. 그러나 종전후 포로의 전원송환만이 일관된 국제관행이었다는 주장은 성립되기 어렵다.

이상과 같이 대립되는 분석을 종합적으로 고려해 보면 제네바 협약 제118조는 포로의 전원송환원칙만을 규정한 것이고, 구체적인 적용범위는 협약 이후 국제사회의 반응과 실행에 의하여 결정되도록 열려져 있었다고 봄이 보다 정확한 해석이라고 판단된다.

#### IV. 한국전쟁 처리방식의 의의

한국전쟁의 휴전협상과정에서는 포로의 전원송환원칙과 자원송환원칙간의 대립이 첨예하였으나, 결과는 포로 본인의 희망에 따라 송환선을 결정하게 함으로써 가장 인도주의적 방식을 선택하였다. 본인 의사 확인철자의 관리를 제3자적 기관인 중립국 송환위원회에 맡기어 공정성을 담보하였고, 그 과정에서 당사국 대표들에게는 포로의 귀환설득절차를 보장하는가 하면, 포로의 제3국행까지 알선함으로써 포로처리방식에 있어서 역사상 유례가 없는 치밀하고 모범적인 사례를 남기게 되었다. 물론 송환거부 포로가 발생한 것은 한국전쟁에서만 특유한 현상은 아니었다. 종전후 포로처리과정에서 예외적인 송환거부자는 수시로 발생하였다. 그러나 과거 어떠한 전쟁에서도 한국전쟁에서만 송환거부자가 대량으로 발생하지는 아니하였고, 송환거부포로의 처리가 국제사회의 관심사로 등장하지도 않았다. 그런 의미에서 한국전쟁은 송환거부포로 처리에 있어서 가장 영향력있는 선례를 제공하게 되었다.

한국전쟁에서의 포로처리방식은 국제법상 다음과 같은 의의를 지닌 것으로 평가될 수 있다.

첫째, 한국전쟁을 계기로 제네바 협약 제118조가 송환거부포로의 강제송환까지 포함하는 의미는 아니라는 선례가 수립되었다. 한국전쟁이 법적으로는 제네바 협약의 선례를 구성할 수 없다는 주장도 타당성이 없는 것은 아니지만, 한국전쟁이 지니는 사실적 영향력은 무시될 수 없다. 특히 전쟁기간중인 1952년 12월 3일 채택된 유엔 총회 결의 610호(VII)는 포로송환이 제네바 협약 및 국제법상의 원칙과 관례에 따라 실시되어야함을 전제로 함과 동시에 포로송환이 강제적으로 이루어져서는 아니된다는 원칙을 제시함으로써 한국전쟁에서의 포로처리 방식이 국제사회의 지지를 바탕으로 성립된 것임을 뒷받침하게 되었다.<sup>60)</sup> 최근의 예로는 1991-2년의 이라크·

60) 그 이전에도 유엔 총회는 제2차 대전후 특히 소련이 포로를 장기 억류하고 있던 사태

쿠웨이트전에서는 국제적십자위원회가 포로송환업무를 담당하였는데, 이때 귀국후의 처벌을 우려한 13,418명의 이라크군 포로가 송환을 거부하였다.<sup>61)</sup>

둘째, 한국전쟁에서의 포로처리방식은 이후 본격적으로 발달한 국제인권법의 정신에 부합되는 처리로서, 국제사회의 변화의 추세에 부응한 것이었다. 협약 제118조는 포로가 된 자국군을 송환받을 국가의 권리를 보호하는 조항으로, 포로 개인의 권리는 직접 보호하지 않는다는 견해는 구시대적 사고이며, 국제인권법의 관점에서는 더 이상 타당할 수 없다. 과거의 국제법은 국민이 본국으로부터 어떠한 처우를 받는가에 대하여 관여하지 않았으며, 포로가 송환후 어떠한 처우를 받을 것인가 역시 당사국의 국내문제로만 생각하였다. 그러나 국제인권법의 발전은 포로의 처우에 관하여도 새로운 고려요소를 추가하게끔 만들었다. 특히 자국을 포함한 어떠한 국가로부터도 출국할 권리의 보장과<sup>62)</sup> 정치적 박해가 예상되는 곳으로의 송환금지는 송환불원 포로와 직접 관련을 갖는 내용이다.<sup>63)</sup> 본국으로 귀환하면 박해가 예상되고 본국으로부터의 자유로운 출국이 보장되지 않는 포로를 억류국이 무조건 송환하여서는 아니될 것이다. 이제 포로의 개인적 사정을 고려하지 않은 무조건적 강제송환은 국제적 비난에 직면할 것이며, 국제인권법에 위반되는 경우가 발생한다.

셋째, 한국전쟁은 포로처리절차에 있어서 가장 모범적인 사례를 제공하였다. 송환 거부 포로의 의사존중에 있어서 현실적 난제는 포로의 진정한 의사확인 방법의 마련이다. 한국전쟁에서는 중립국 송환위원회가 구성되어 이 작업을 담당하였다. 포로의 송환 여부를 중립국위원회에 맡긴 방식 자체는 한국전쟁에서 처음 고안된 것은 아니었으나,<sup>64)</sup> 문제의 정치적 복잡성과 미묘성은 그 유래가 없었으며, 특히 포로에게 본국 대표가 귀환후의 대우와 사정을 설명하는 기회가 최초로 주어졌다는 점과

---

를 우려하며 1950년 12월 14일 포로에게 송환의 “기회”가 부여되어야함을 결의하였다(유엔 총회 결의 427(V)호, “All prisoners should...be given an unrestricted opportunity of repatriation”). 송환의 기회가 부여되어야 한다는 표현은 강제력을 사용해서라도 포로의 전원송환을 요구하는 의미라고는 해석될 수 없었다.

61) D. Morris, *From War to Peace: A Study of Cease-Fire Agreements and the Evolving Role of the United Nations*, Virginia Journal of International Law vol. 36(1996), p.921.

62) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제12조 1항, 세계인권선언 제13조 2항 등.

63) 난민협약 제33조.

64) 한국전쟁 이전에 포로송환에 관하여 중립국 감시위원단이 설치되어 활약한 사례로는 1923년 그리스-터키간 포로와 민간인 송환을 담당하기 위하여 그리스, 터키 및 3개 중립국으로 구성된 국제위원회를 들 수 있다(Agreement between Greece and Turkey respecting the Reciprocal Restitution of Interned Civilians and the Exchange of Prisoners of War(1923.1.30) 제6조). 또한 앞서 지적된 Chaco 전쟁 처리를 위하여도 중립국 송환위원회가 포로의 송환희망 여부조사를 포함한 송환관리업무를 담당하였다. 1949년 제1차 중동전 후에는 유엔이 그 같은 역할을 담당하였다.

본국 귀환과 억류국 잔류를 모두 거부하는 포로에게는 제3국행 알선되었다는 점은 한국전쟁에서만 특징이었다.<sup>65)</sup> 실제 처리과정을 보면 본국설득절차가 예정대로 진행되지 못하여, 중립국 송환위원회의 소임 달성에 차질이 발생한 것은 사실이었으나, 한국전쟁에서 채택된 방식만은 가장 모범적 사례였음을 부인할 수 없다.

그러나 국제사회는 송환에 관하여 아직도 일부 미결의 숙제를 가지고 있다.

우선 송환거부 포로가 발생할 경우 어느 범위까지 그 의사를 존중하여야 할 것인가? 단순히 억류국에 정착하고 싶다는 이유만으로 송환을 거부하여도 이는 수용되어야 하는가? 본국 귀환시 일정한 정치적 박해가 예상되는 경우에만 강제적 송환이 금지되는가? 국제적십자위원회는 포로는 전원송환이 원칙이고, 송환이 국제인권법에 위배되는 결과를 초래할 것이 예상되는 경우에 한하여 강제송환이 금지된다고 해석하고 있다.<sup>66)</sup> 적절한 평가라고 생각되나, 현실적으로 이 기준의 고수가 용이하지는 않을 것이다.

둘째, 송환거부 포로를 어느 국가가 수용할 것이냐의 문제이다. 귀환후 박해가 예상되어 송환거부권이 인정되는 경우에도 억류국에게 그를 수용할 의무가 부과된다고는 할 수 없다. 억류국이 수용의사가 없는 경우 국제사회의 협조를 통하여만 해결될 수 있는 문제이다.

셋째, 포로의 송환거부의사가 억류국에 의하여 일방적으로 확인될 수도 있느냐의 문제이다. 억류국만의 일방적 의사확인 은 매우 위험스러운 결과를 초래 할 수도 있으므로 배제시킴이 바람직하다. 당사국간 합의가 성립되지 않는 경우 국제적십자위원회나 유엔난민고등판무관실과 같은 국제기구의 개입이라도 있어야 할 것이다.

65) P. Potter, Repatriation of Korean Prisoner of War, AJIL vol. 47(1953), p.661.

66) ICRC Commentary(전계주 20), pp.547-548.