일감법학 | 제49호
2021년 8월 323-368쪽
건국대학교 법학연구소

Ilkam Law Review
Vol.49, Aug., 2021. pp.323-368
The Institute of Legal Studies, Konkuk Univ.

제주4·3항쟁론과 자결권*

The Jeju 4·3 Resistance Thesis and the Right of Self-determination

이 재 승**
Lee, Jaeseung

목 차

Ⅰ. 4·3항쟁론에 대한 법적 검토
Ⅱ. 자결권과 제주4·3항쟁
Ⅲ. 불법점령과 저항권
Ⅳ. 주한미군정의 법령과 정책
Ⅴ. 화해와 상생의 법

이 글의 목적은 주한미군정의 법령과 정책이 국제점령법과 자결권에 부합하는지를 밝힘으로써 4·3항쟁론을 보강하는 데에 있다. 이 글은 점령이 법적인 현상인 한에서 점령군과 점령지 주민 사이에 근본적인 대칭성이 존재해야 한다는 사고에서 출발한다. 연합국은 카이로선언(1943년)에서 일본과 한국을 분리하고 한국을 적절한 시기에 독립시키기로 공약하였다. 연합국의 한국점령은 보존주의 원칙에 의해 엄격하게 통제받는 전시점령과는 다른 변형적 점령으로 분류된다. 한편, 변형적 점령에서 점령국은 국제적으로 합의된 점령목적에 따라 점령지의 정치경제적 기반을 광범위하게 개혁할 수 있다. 다른 한편, 식민지 해방 후 군사점령에서 점령지 주민에 의한 자유로운 정치제도의 형성을 지원할 신성한 신탁이 점령국에게 부과된다. 그런데 미국과 소련은 각자의 점령지역에서 정치적 평정을 단행하고 자국에게 우호적인 정부를 편향적으로 수립함으로써 이러한 신탁을 배반하였다. 이와 같은 배신행위를 문책할 적절한 국제법적 수단이 점령지 주민에게 존재하는지는 명확하지 않다. 점령정책을 통제할 법적 수단이 당시에 존재했다고 하더라도 그러한 장치는 한국 문제에 대해 실제로 작동하지 않았다. 더구나 통제장치로서 역할하리라고 기대된 국

https://doi.org/10.35148/ilsilr.2021..49.323
투고일: 2021. 7. 13. / 심사의뢰일: 2021. 8. 9. / 게재확정일: 2021. 8. 27.
* 이 논문은 2020학년도 건국대학교 연구년 교원 지원에 의한 것임.
** 건국대학교 법학전문대학원 교수
Professor, School of Law, Konkuk University

제연합은 냉전구도 속에서 미국과 소련의 현실정치를 기정사실로 수용함으로써 점령을 둘러싼 문제점들을 덮어버렸다. 나아가 2001년 헌법재판소는 제주4・3특별법의 시행에 즈음하여 4・3봉기 당시에 아직 정립되지 않은 자유민주적 기본질서와 대한민국의 정체성과 같은 기준을 소급적으로 투입함으로써 이러한 국제법적인 핵심쟁점을 회피하였다. 그럼에도 불구하고 4・3봉기에 합당한 명분이 존재했다는 점을 현재적으로 확인하는 작업은 4・3항쟁을 둘러싼 법적 파행을 극복하는 데에 기여할 것이다. 이러한 규범적 파행은 이행기 정의의 시각에서만 적절하게 해결할 수 있기 때문이다.

[주제어] 국제점령법, 자결권, 불법점령, 저항권, 제주4・3항쟁, 제주4・3사건

Ⅰ. 4・3항쟁론에 대한 법적 검토

제주4・3특별법 제2조는 해방공간의 제주도에서 발생한 저항과 그 후 민간인의 대량 살상을 '제주4・3사건'으로 모호하게 개념화한다. 제주4・3사건에 대한 정명(正名) 작업은 희생자들에 대한 역사적인 애도에 선행하는 규범적 평가활동이다. 한국현대사에서 지배적인 견해는 제주4・3사건을 남로당의 무장반란이나 공산폭동으로 규정하고 집단 희생을 진압작전의 부수사정으로 접근하였다.[1] 해외연구자 존 메릴도 특별한 이데올로기적 평가 없이 제주도의 저항적인 민란 전통 안에서 4・3사건을 '제주도 반란'으로 불렀다.[2] 80년대 이후의 연구들은 4・3봉기와 선거거부[3]를 민중항쟁[4]이나 통일운동[5]으로 강조하거나 집단학살을 제노사이드나 인도에 반하는 죄[6]로 규정함으로써 대항적 시각을 제공해왔다.

이 글의 목표는 군정기에 발생한 4・3항쟁을 포함해 전국각지의 민중항쟁을 조명할

1) 교과서포럼, 대안교과서 한국 근・현대사, 기파랑, 2008, 144쪽.

2) 메릴, 존, "제주도의 반란", 梶村秀樹 외, 김동춘 엮음, 한국현대사연구Ⅰ, 이성과현실사, 1988, 135-204쪽.

3) 5.10 선거거부는 미군정 당국자들에게는 점령의 실패로 여겨져 강경진압의 배경으로 작용하였다. 허호준, 4・3, 미국에 묻다, 선인, 2021, 16쪽.

4) 박명림, "제주도 4・3민중항쟁에 관한 연구", 고려대학교 대학원 석사학위논문, 1988; 송광성, 미군점령4년사, 한울, 1993, 75쪽 이하.

5) 양정심, "1947년 3월 1일, "통일독립전취" 목소리가 울려 퍼졌다", 오마이뉴스, 2018.3.13., <http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002413359>, 검색일: 2021.7.30.

6) 오윤석, "제주4・3사건에 관한 국제법적 고찰", 법학연구 제15집 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2004, 299-331쪽; 오승진, "국제법상 제노사이드금지하 국가의 책임-제주4・3사건에 대한 미국의 책임을 중심으로", 국제법학회논총 제61권 제4호, 대한국제법학회, 2016, 121-141쪽; 이춘선, "해방직후 미군정에 대한 국제법적 검토-한국의 국가성과 제주4・3사건을 중심으로", 국제법학회논총 제62권 제2호, 대한국제법학회, 2017, 177-199쪽.

규범적 얼개를 제시하려는 것이다. 태평양미육군사령부 총사령관 맥아더는 포고 제1호(1945년 9월 7일)로 한국민에게 "주민은 본관 또는 본관의 권한 하에 발포한 명령에 즉각 복종할 것. 점령군에 대하여 반항행위를 하거나 질서보안을 교란하는 행위를 하는 자는 용서없이 엄벌에 처함"을 단호히 선포하였다. 사령관의 엄명에 따라 한국민이 점령군의 명령과 지시에 무조건적으로 복종해야 하는지는 의문이다. 이러한 의문을 품고 미군정의 법령 및 정책이 국제점령법(국제인도법)[7]과 민족자결권[8]의 원칙에 부합하는지를 살펴볼 것이다. 법적인 것의 본질이 법적 관계의 대칭성에 있다고 할 때[9] 점령국과 점령지 주민 사이에도 대칭성은 존재해야 한다.[10] 법적 관계의 대칭성이 파괴되었을 때 이를 회복시키는 법과정은 필수적이다. 이러한 법과정이 부재할 때 법적 관계를 회복하려는 대칭성의 의지가 아래로부터 작동한다.

이 글은 점령이 한갓 권력사실이 아닌 법적 현상이라는 통찰에서 출발한다. 우선 점령체제를 탈신비화하기 위해서는 널리 퍼져있는 입장들, 즉 점령을 무력한 민족의 기구한 운명으로 안주하는 태도, 외국군대의 점령을 사갈시(蛇蝎視)하는 반식민주의, 미군정 3년을 축복으로 여기는 반공주의, '소련군은 해방군이고 미군은 점령군'이라는 편향적 시선 등을 경계해야 한다. 한국민에게 해방공간은 롤즈의 용어로 말하면 '원초적 상황(original position)'이다.[11] 원초적 상황은 누구든지 또는 어떠한 정치세력이든지 해방공간에서라면 자유로이 사회의 설계과정에 동등한 주체로서 참여할 수 있어야 한다는 사회계약적 사고를 가리킨다. 이는 해방공간에서 한국민이 자결권이라는 집단적 권리를

---

7) 점령군의 법령이 국내법으로서 점령법이라면, 국제점령법은 유엔헌장, 유엔 및 안보리의 결의, 개별조약, 헤이그협약(1907), 제네바협약(1949) 및 동협약에 대한 제1추가의정서(1977)와 국제관습인도법 중 점령상황을 규율하는 법을 가리킨다. 제네바협약에 대한 제2추가의정서(1977)는 점령법은 아니지만 1948년 8월 15일 이후 상황에 고려할 규범이다. 국제인권법도 오늘날에는 점령상황을 통제하는 규범이라는 점에 의문이 없다.

8) 이 글에서는 민족자결권 또는 간단히 자결권이라는 개념을 사용한다. 그러나 유엔헌장, 자유권규약, 지역적 인권규약 등은 자결권(right of self-determination)의 주체를 민족(nation)이 아닌 인민(people)으로 규정한다. people은 역사적 전통, 인종적 또는 민족적 정체성, 문화적 동질성, 언어적 통일, 종교적 이데올로기적 친연성, 영토적 결집, 공통의 경제생활, 일정 수준의 인구규모까지 포함하는 인구집단을 의미한다. McCordale, Robert, "Self-determination: A Human Rights Approach", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43(1994), p.857(n. 52).

9) 상호성과 대칭성에 대해서는 풀러, 론, 박은정 옮김, 법의 도덕성, 서울대학교 출판문화원, 2015, 48쪽 이하; 이재승, "대칭성 법학", 민주법학 제61호, 민주주의법학연구회, 2016, 11-48쪽; 대칭성 사고에 대해서는. Matte-Blanco, Ignacio, *The Unconsciousness as infinite Sets: An Essay in Bi-logic*, Kamack, 1975.

10) Campanelli, Danio, "The law of occupation put to the test of human rights law", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90(No. 871), 2008, pp.666-668.

11) 롤스, 존, 황경식 옮김, 정의론, 이학사, 2003, 52쪽 이하.

자율적으로 행사하는 것을 의미한다. 그러나 점령국들은 한반도에서 체제의 형성을 한 국민 전체의 자율에 맡겨두지 않았다. 만일 한반도에서 시행된 점령군의 정책이 점령 목적, 국제점령법, 유엔헌장의 자결권과 신탁에 부합했다면 점령군에 맞선 주민의 폭력적 저항이 군정법령에 따라 단죄되는 것은 합당하다. 이와 반대로 그러한 점령정책이 점령 목적과 국제법원칙을 전반적으로 침해하였다면 주민의 불복종과 항거는 저항권의 행사로 옹호되어야 한다.

국제점령법과 자결권 사이에, 국제법과 국내법 사이에, 점령시점의 법과 점령종료 후의 법 사이에 현격한 차이가 존재한다. 이 격차는 이행기 정의의 프리즘을 통해서만 가교할 수 있다. 해방공간에서 자결권을 침해한 점령국들에게 책임을 추궁할 방편이 당시에 존재했는지가 우선 문제이다.[12] 점령정책을 통제할 사법장치로 말하자면 점령지 통상재판소, 점령군 군사재판소, 나아가 점령군의 본국 법원이나 국제사법재판소 등을 상정해볼 수 있다. 우선 앞의 두 유형의 재판소는 점령정책의 집행기구이지 점령당국에 대한 통제장치가 아니다. 미국 대법원도 전통적으로 외국에서 발생한 미군의 불법행위에 대해 미국 수정헌법(인권조항)의 적용을 배제해왔기 때문에 통제기구로 볼 수 없다. 반공주의 선풍 속에서 국가안보법(Internal Security Act of 1950)까지 제정하던 미국의 정치도 점령정책을 통제할 역량을 결여하였다. 국제사법재판소도 70년대 이후 비로소 외세의 점령을 통제하는 논리로서 자결권을 주목하였다. 그러므로 당시에 미군정의 점령정책에 대한 효과적인 통제장치가 부재하였다고 결론지을 수 있다. 한편, 점령체제가 종식되고 70여년의 세월이 흐른 지금 점령국들에게 법적 책임을 추궁하려는 시도가 적절한지도 의문이다. 오히려 향후 분단을 극복하는 국면에서 점령국들의 역사적 부채를 활용하는 방안이 필요해 보인다. 다른 한편, 점령을 둘러싼 책임을 내부화하는 작업이 더욱 필요해 보인다. 2001년 헌법재판소는 제주4・3특별법의 적용을 앞두고 4・3봉기의 불법성을 전제하면서 봉기 주도세력에게 희생자의 지위를 거부한 바 있다.[13] 헌법재판

12) 주한미군정기의 사법체계에 대해서는 김병화, 한국사법사(현세편), 일조각, 1978, 15-28쪽; 안진, 미군정과 한국의 민주주의, 한울, 2005, 223-250쪽; 송기춘, "미군정하 군정재판에 관한 소고", 공법학연구 제12권 제5호, 한국공법학회, 2006, 275-300쪽; 점령당국의 조치에 대한 사법적 통제의 국제적인 사례들에 대해서는 Benvenisti, Eyal, *The International Law of Occupation*, Oxford U. P., 2012, pp.318-347.

13) "수괴급 공산무장병력지휘관 또는 중간간부로서 군경의 진압에 주도적・적극적으로 대항한 자, 모험적 도발을 직・간접적으로 지도 또는 사주함으로써 제주4・3사건 발발의 책임이 있는 남로당 제주도당의 핵심간부, 기타 무장유격대와 협력하여 진압 군경 및 동인들의 가족, 제헌선거관여자 등을 살해한 자, 경찰 등의 가옥과 경찰관서 등 공공시설에 대한 방화를 적극적으로 주도한 자와 같은 자들은 '희생자'로 볼 수 없다." 제주4・3사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법의결행위취소등 (2001. 9. 27. 2000헌마238・302(병합) 전원재판

소는 4・3봉기 당시에 확립되지 않은 '자유민주적 기본질서'와 '대한민국의 정체성'이라는 기준을 소급적용함으로써 국제법적 쟁점들을 다시 봉합하였다. 헌법재판소는 한국전쟁을 통해 맹위를 떨친 정오의 규범을 여명의 시간에 관철시켰다. 지금 우리에게 필요한 것은 억압과 저항, 전쟁과 학살로 점철된 역사를 끌어안을 황혼의 규범이다.

만회과정으로서 과거청산은 규범적 유토피아를 상정한다. 그렇지 않으면 사회는 정치적 변곡점마다 역사전쟁을 격정적으로 반복할 따름이다. 시민사회는 제주4・3사건의 70주년이 도래하던 시점에 맞추어 정명(正名) 논쟁의 물꼬를 텄지만 그 매듭을 짓지 못했다. 범국민위원회는 정명을 확립하기 전에는 제주4・3사건에서 '사건'이라는 단어를 떼어내고 '제주4・3'으로 부르자고 제안하였다. 아마도 이데올로기적 상극구조가 암류(暗流)로 작용하는 한 정명은 도달할 수 없는 목표일지도 모른다. 과거청산은 역사와의 대면을 통해서 인간행위의 다양한 뿌리들을 합당한 것으로 획득하는 과정이다. 또한 과오의 시정과 책임추궁을 넘어서 성원들을 함께 살아가는 존재로 변모시키는 과정이다.

이 글은 한반도의 점령을 국제점령법과 자결권에 비추어 검토함으로써 민중항쟁론에 접근할 또 다른 통로를 모색하고자 한다. 이 글의 막바지에서 전쟁정치의 폐허를 극복하기 위해 공존을 향한 내적인 국제법을 상상하고자 한다. 전쟁이든 비국제적인 무력충돌이든 대규모 민중항쟁이든 산발적인 적대행위이든 정치적 견해차에서 비롯된 모든 폭력적 충돌을 극복하는 데에는 현실의 국제법보다 더 좋은 법을 상상해야 한다. 폭력과 갈등 이후의 사회에서 상상적 법은 원한과 복수의 법이 아니라 화해와 상생의 법일 것이다.

Ⅱ. 자결권과 제주4・3항쟁

1. 자결권

자결권은 이미 인디오의 정복을 둘러싸고 1550년 스페인 궁정에서 벌어진 바야돌리드 논쟁에서 원주민의 자연적 권리로 등장했다. 당시 궁정고문관 주세페 세풀베다가 원주민이 야만인이고 이교도이고 정신이상자들이므로 스페인이 원주민을 정복할 권리를

부); 헌법재판소의 결정에 대해서는 이경주, "'제주 4・3 특별법 의결취소'에 관한 헌재결정에 대한 비판적 고찰", 민주법학 통권22호, 민주주의법학연구회, 2002, 295-309쪽.

가진다고 강변하였던 반면, '인디오의 옹호자' 라스 카사스 신부는 문명과 야만의 이분법을 거부하고 원주민도 자체정부에 대한 권리를 가지며 오히려 원주민이 스페인 사람들을 축출하기 위해 전쟁을 개시할 권리가 있다고 주장하였다.[14] 이러한 자결권은 나폴레옹의 정복전쟁 이후 19세기 유럽세계에서 비로소 의미를 갖기 시작하였고 20세기에 이르러 국제질서의 지도관념으로 작동하였다. 제1차세계대전 말미에 자결권 논의는 레닌과 윌슨 같은 정치지도자들을 통해 활성화되었다. 러시아 혁명과정에서 채택된 '러시아 제민족의 자결권(1917년)'은 제국 러시아 아래 제민족의 억압상을 지적하고 이들의 연합을 통해 반혁명적 기도를 분쇄하고자 제2차 소비에트 회의에서 러시아 제민족의 평등과 주권, 자결권, 러시아 영토에 거주하는 소수민족이나 민족 집단의 자유로운 발전을 표방하였다.[15] 제3세계 식민지에 대한 영향력에서 소련에게 기선을 제압당한 윌슨이 제1차 세계대전 직후인 1918년 전후처리지침(14개조)[16]에 자결의 원칙을 도입함으로써 자결권은 향후 국제질서에 새로운 자장을 형성하였다.[17] 14개조의 주요 내용은 국제연맹규약 제22조에서 구체화되었다. 윌슨은 의회에 보낸 교서에서 "민족적 열망은 반드시 존중받아야 한다. 민족은 이제 스스로 동의한 경우에만 지배와 통치를 받을 수 있다. 자결은 공연한 말에 그치지 않고 행위의 필수원칙"[18]이라고 강조하였다.

제1차세계대전과 제2차세계대전 사이에 자결권은 관념으로서 널리 확산되었지만 그 실제적인 효과에서는 패전국의 점령지나 식민지에 한정되었다. 일찍부터 다민족국가인 오스만 제국과 오스트리아 제국은 제민족의 독립운동을 억제해야 했으며, 미국, 독일, 이태리, 일본도 자국의 영토를 확장하려고 했다. 그리하여 제1차세계대전 후 성립한 베르사유조약에서 자결권은 유럽지역에서는 정치적 재조정원리로 작용했지만 제3세계

14) 라스 카사스의 인권론에 대해서는 Tierney, Brian, "Tuck on Rights: Some Medieval Problems", *History of Political Thought*, Vol. 4(1983), pp.429-441.

15) 제1차세계대전 이전 자결권을 둘러싼 볼세비키적 관념과 오스트로-마르크스주의적 관념의 대립상에 대해서는 Bowring, Bill, "Positivism versus Self-determination: the contradiction of Soviet international law", Marks, Susan(ed.), *International Law on the Left*, Cambridge U. P., 2008, pp.133-168.

16) Woodrow Wilson's fourteen points, 8 January 1918, <http://avalon.law.yale.edu/20th_century/wilson14.asp.>, 검색일: 2021.7.30.

17) Hannum, Hurst, "Rethinking Self-Determination", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 34(1993), pp.1-69; 상해에서 신한청년당을 결성한 여운형은 1918년 <신한청년> 창간호에서 "윌슨 미국 대통령에게"라는 글에서 민족자결의 원칙을 거론하며 조선독립을 동양평화와 세계평화의 전제라고 밝혔다. 여운형, 조선독립의 당위성(외), 범우, 2004, 27-33쪽.

18) President Wilson's Address to Congress, Analyzing German and Austrian Peace Utterances, 11 February 1918, <http://www.gwpda.org/1918/wilpeace.html>, 검색일: 2021.7.30.

의 민족들에게는 여전히 열망에 머물렀다. 사회주의자들은 자결권의 잠재력을 다른 방향으로 활용하였다. 코민테른은 부르주아 계급이 발전함에 따라 민족적 차이가 장기적으로 소멸할 것으로 예상하거나 자결권을 보편적 권리의 증진으로 나아가는 디딤돌로 이해하였다. 레닌은 부르주아 계급의 독립된 국가가 프롤레타리아 계급의 힘을 역설적으로 배양한다고 보았던 까닭에 전략적 연대의 관점에서 접근하였고 이러한 배경에서 소련은 제3세계의 민족해방투쟁을 지원하고 나섰다.

자결의 원칙은 국제법의 주체로서 각 민족의 "새로운 국가 창설"[19]을 지향한다. 자결권은 완전하게 주권을 행사하지 못하는 상태에 있는 민족들이 자신의 운명을 결정할 권리를 의미한다.[20] 제1차세계대전 말미에 새로운 사조로 등장한 자결주의는 식민지배 아래에 놓인 한민족에게 해방의 복음으로 다가왔다. 1917년 신규식, 박은식, 조소앙 등은 상해임시정부의 이념적 초안이 될 '대동단결선언'[21]에서 자결권과 민족주권을 표방하였다. 이들은 한민족(韓民族)의 주권을 한민족의 고유한 사항으로 못 박고 경술년(1910년)에 이루어진 순종의 주권이양을 무효로 선언하고 이제 주권이 한민족 전체에게 복귀했음을 천명하였다. 이들은 이미 정부(왕)와 국가를 구분하고 인민(민족)을 주권의 주체로 파악함으로써 민주공화국의 원리를 수용하였다. 이러한 주권 사상은 무오독립선언(1918년)과 기미독립선언(1919년)에서도 드러났다. 승전국 일본의 식민지에서 발생한 3・1운동은 국제사회로부터 외면당했지만 한민족은 외세를 배격하고 자주독립국을 수립할 이데올로기로서 자결권을 내면화하였다. 그런 점에서 1919년 3월 1일의 기미독립선언은 한민족의 주권선언으로서 대한민국의 이념적 기원이라고 볼 수 있다. 1948년 한국헌법도 전문에서 "우리들 대한국민은 기미 삼일운동으로 대한민국을 건국하여"라고 시작함으로써 대한민국의 역사적 기원을 밝힌다.[22]

제2차세계대전 후 유엔헌장(1945년)은 제민족의 평등과 자결의 원칙(제1조 및 제55조)을 국제사회의 기본질서로 제시하고 이러한 원칙을 비자치지역(제73조)과 신탁통치지역(제76조)의 주민에게도 확장하고 있다.[23] 이와 같이 약소민족의 환상과 꿈이자 '국제정

19) Crawford, James, "Some Conclusions", Crawford(ed.), *The Rights of Peoples,* Oxford U.P., 1988, p.162.

20) Berman, Nathaniel, "Sovereignty in Abeyance: Self-determination and International Order", *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 7(1988-1989), pp.52-106.

21) 조동걸, "임시정부 수립을 위한 1917년의 「대동단결선언」", 한국학논총 제9권, 국민대학교 한국학연구소, 1987, 123-48쪽.

22) 헌법전문에 대한 해설로는 강경선, 헌법전문주해, 에피스테메, 2017, 74쪽 이하.

23) 자결권의 역사적 전개에 대해서는 Cristescu, Aureliu, *The Right to Self-Determination: Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments*, Untied Nations, New York, 1981.

치질서의 요청"[24]이었던 자결권이 유엔헌장에서 정립된 것이다. 세계인권선언의 채택과정에서 사회주의국가들은 자결권을 명시하려고 하였으나 식민지 종주국들의 반대로 도입되지 못했다. 그러나 1966년 자유권규약과 사회권규약 제1조는 공통적으로 자결권을 규정하고 정치적 지위를 결정할 권리, 경제적 사회적 문화적 발전을 추구할 권리, 천연자원에 대한 권리, 비자치지역 및 신탁통치지역에서 자결권의 실현을 촉진하고 이러한 권리를 존중할 의무 등을 자결권의 내용으로 부연하였다.[25] 자결권은 제2차세계대전 후 국제질서의 정치적 법적 기초로 이해되었고 1960년대에는 제3세계 민족해방운동의 지도적 원리가 되었다. 자결권은 식민상태에 처한 민족 또는 점령상태와 신탁통치 아래 놓인 민족에게도 타당할 뿐만 아니라 독립되었으되 분단의 치욕을 떨쳐버리지 못한 한민족에게는 통일과 관련해 미래적 의미가 남아 있다.

2. 4·3항쟁과 자결권

제주도의 1947년 3·1절 기념식에서 발생한 3·1사건(군정경찰의 발포로 인해 10여 명의 사상자가 발생한 사건)은 제주4·3사건의 도화선이 되었다. 3·1절은 군정체제 아래서도 한민족의 자주독립권과 자결권을 현시하는 중요한 정치적 의례였다. 미국과 소련에 의해 분점된 1946년 3월 1일, 좌우정파들은 서울에서 3·1절 기념행사를 별도로 거행하였지만 좌우를 막론하고 3·1절을 새로운 독립국가의 출발점으로 사고하였다.[26] 점령 초기에 제주도의 정치지형이나 분위기는 서울과 사뭇 달랐다. 제주지역에서는 타 지역에 비해 지주나 소작인보다 자작농의 비율이 높았고 이들의 강한 독립성향으로 지역정치는 좌익으로 기울었다. 미군이 다른 지역보다 제주도에 늦게 도착하여 군정체

24) Cassese, Antonio, *Self-determination of peoples*, Cambridge U. P., 1995, p.11.

25) 제1조
1. 모든 사람은 자결권을 가진다. 이 권리에 기초하여 모든 사람은 그들의 정치적 지위를 자유로이 결정하고, 또한 그들의 경제적, 사회적 및 문화적 발전을 자유로이 추구한다.
2. 모든 사람은, 호혜의 원칙에 입각한 국제적 경제협력으로부터 발생하는 의무 및 국제법상의 의무에 위반하지 아니하는 한, 그들 자신의 목적을 위하여 그들의 천연의 부와 자원을 자유로이 처분할 수 있다. 어떠한 경우에도 사람은 그들의 생존수단을 박탈당하지 아니한다.
3. 비자치지역 및 신탁통치지역의 행정책임을 맡고 있는 국가들을 포함하여 이 규약의 당사국은 국제연합헌장의 규정에 따라 자결권의 실현을 촉진하고 동 권리를 존중하여야 한다.

26) 정인보, "광복 선열의 영령 앞에 삼천만 다함께 머리 숙이자", 동아일보, 1946년 3월 1일; 조선공산당, "민주주의 조선의 건설-3.1운동 27주년 기념문", 1946년 3월 1일. 두 문서 모두 <http://egloos.zum.com/jayouropen/v/4687614>, 검색일: 2021.7.30.

제를 제대로 정비하지 못한 상황에서 촘촘히 조직된 인민위원회가 제주도의 통치기능을 수행하였고 미군정도 점령초기에 인민위원회에 대해 수용적 태도를 보여주었다.[27]

미군정은 1946년 들어서 서울을 시작으로 전국 각지에서 좌익과 인민위원회를 배제하는 정책을 실시하였다. 이러한 우경화정책은 1946년 대구의 10월항쟁을 비롯하여 전국 도처에서 총파업과 민중항쟁을 유발하였다. 미군정은 제주도를 1946년 도(道)로 승격시키고 난 다음 우경화정책을 제주도에서도 관철시켰다. 미군정은 인민위원회의 정치적 지위를 박탈하고 인민위원회에 속한 인물들을 각 기관에서 해고하고 그 자리를 우익인사로 채워나갔다. 이에 제주도의 청년학생들은 군정정책에 항의하는 집회를 연일 개최하였고 미군정은 3・1절 옥외행사를 (전국적으로) 금지하였다. 이러한 상황에서 민주주의 민족전선(민전) 제주도 위원회는 3・1절 기념행사를 강행하였다. 제주도 민전 안세훈 의장은 기념사에서 '3・1혁명 정신을 계승하여 외세를 물리치고 조국의 자주통일 민주국가를 세우자'고 기염을 토하며 독립선언서를 낭독하였다. 제주도 역시 성공하지 못한 3・1혁명의 파고 속에서 요동쳤다. 1947년 3・1절 기념행사는 군정경찰의 발포사건으로 피로 얼룩졌다. 군정당국이 3・1사건에 대해 제주도민이 제시한 사태수습안[28]을 거부하고 육지의 응원경찰과 서북청년회를 대거 투입하여 시위주동자들을 색출하고 도민에 대한 폭력적 탄압을 지속했던 까닭에 제주도민은 이듬해 4・3봉기로 나아갔다.

제주4・3특별법은 4・3사건의 기점을 제주도 남로당 청년당원들이 봉기한 1948년 4월 3일이 아닌 1947년 3월 1일로 잡았다.[29] 1947년 3월 1일은 3・1절 시위행사에서 발생한 군정경찰의 발포사건(이른바 3・1사건)을 가리킨다. 이러한 시각에 따르면 4・3봉기는 3・1사건, 경찰의 탄압, 서북청년회의 만행 등 미군정의 폭력에 맞선 대항폭력으로 파악할 수 있다. 그러나 3・1사건을 4・3항쟁의 도화선으로 강조하는 방식은 4・3항쟁의 의미를 제주도의 우발적 사건으로 국지화할 우려도 존재한다.[30] 오히려 4・3항쟁

27) 브루스 커밍스, 김자동 옮김, 한국전쟁의 기원, 일월서각, 1986, 345쪽 이하; 양정심, 제주4・3항쟁-저항과 아픔의 역사, 2018(2008), 선인, 27쪽 이하.

28) 당시 동맹휴업에 참여한 중고등학생들은 다음과 같은 조건을 내걸었다. "발포한 책임자 강동효 및 발포한 경관을 살인죄로서 즉시 처형하라. 경찰관계의 수뇌부는 인책 사임하라. 피살당한 유가족에 대한 생활을 전적으로 보장하며 피상자(被傷者)에게 충분한 치료비와 위로금을 즉시 지불하라. 경찰의 무장을 즉시 해제하라. 경찰내의 친일파 민족반역자를 즉시 축출하라. 3・1 사건에 관련되어 피검된 인사를 즉시 무조건 석방하라. 경찰의 학원간섭을 절대 하지 말라." 김종배, "4・3도화선이 된 3・1절 발포사건", 제주의 소리, 2003.12.1., <http://www.jejusori.net/news/articleView.html?idxno=386>, 검색일: 2021.7.30.

29) 제주4・3특별법 제2조 1. "제주4・3사건"이란 1947년 3월 1일을 기점으로 1948년 4월 3일 발생한 소요사태 및 1954년 9월 21일까지 제주도에서 발생한 무력충돌과 그 진압과정에서 주민들이 희생당한 사건을 말한다.

30) 냉전구도 아래 제주4・3사건에 접근하려는 시도는 허호준, 앞의 책, 23쪽 이하.

을 1946년 가을[31] 이래로 남한 전역에서 미군정의 우경화정책에 맞서 일어난 민중항쟁의 마지막 국면으로 주목할 필요가 있다. 물론 미군정이 제주도의 민심동향을 제대로 파악하여 친일경찰을 파면하고 사태를 적절하게 수습했더라면 4·3항쟁은 돌발하지 않았을 수도 있었다. 또한 미군정이 4·3봉기 이후 무장대장 김달삼과 국방경비대 연대장 김익렬 사이에 맺어진 1948년 4월 28일의 평화협상을 단호하게 지켰다면 비극적인 희생[32]을 막을 수 있었을지도 모른다. 그러나 이러한 회고적 가정도 미군정의 불가역적인 우경화정책을 주목할 때 망상일 따름이다.

친일파의 재등용, 공산당 및 남로당의 배제, 중도좌익을 포함하여 혁명적 민족주의자에 대한 억제, 친미 부르주아의 중용, 강제공출과 미국식 자본주의 경제의 수립은 해방 후 한민족으로서는 수용하기 어려운 편향적인 조치들이었다. 미군정의 점령정책에 대한 대규모 항의로서 1946년 9월 총파업, 1946년 대구 10월항쟁, 1947년 3월 총파업 등에 가담한 사람들을 전시반역죄[33]나 폭동죄로 처벌한 것은 점령군의 시각에서는 자족적일 수 있으나 점령지 주민의 자결권의 관점에서는 정치적으로 의문스러운 것이었다. 물론 선험적으로 자유민주주의 체제가 정당하다는 시각에서 또는 분단을 기정사실로 수용하는 현실주의적 입장에서 미군정의 정책을 불가피한 것으로 옹호할 수는 있다. 그럼에도 불구하고 해방공간에서 항쟁가담자들에게 저항할 합당한 명분이 법적으로도 존재했다는 점도 간과할 수 없다.[34] 당시 양식을 가진 기록자에 따르면 미군은 해방자라기보다는 점령자로서 행동했으며 야만적인 경찰국가를 구축하여 민중을 억압했다.[35]

제주4·3항쟁은 한국민의 자결권을 침해하고 민중의 열망을 외면한 미군정에 대한 저항이었다. 제주4·3사건에 대한 미국의 책임을 논할 때 흔히 제주4·3사건 또는 초토작전에 대한 미군의 개입을 강조한다.[36] 그러나 민중항쟁론에서 볼 때 4·3사건의 근본

---

31) 1946년 가을에 발생한 민중저항에 대한 미군정의 무력진압이 전쟁을 방불케 한다는 관찰은 게인, 마크, 편집부 옮김, 해방과 미군정 1946.10-11, 까치, 1986, 65쪽 이하.

32) 2021년 7월 31일 현재 4·3위원회의 공식집계에 따르면 제주4·3사건의 희생자(사상자 및 실종자)는 14,533명에 이른다. 희생자중 8할이 군경 및 토벌대에 의한 피해이고, 나머지는 무장대에 의한 피해로 추정하고 있다.

33) 미국의 군형법을 근간으로 국방경비법이 도입되었는데 국방경비법상 간첩죄와 구원통신이적죄가 49년 6-7월의 제주4·3군사재판에 적용되었다. 이 죄목의 기원에 대해서는 Winthrop, William, *Military Law and Precedents*, Vol.1, Government Printing Office, 1920, pp.629-635.

34) 대구시의회는 대구지역의 저항을 "10월항쟁"으로 정명하는 조례를 제정하였고, 대구시는 2020년에 희생자를 위해 위령탑을 건립하였다.

35) 게인, 앞의 책, 110쪽.

36) 정부보고서도 다음과 같이 지적한다. "4·3사건의 발발과 진압과정에서 미군정과 주한미군사고문단도 자유로울 수 없다. 이 사건이 미군정 하에서 시작됐으며, 미군 대령이 제주지구 사령관으로 직접 진압작전을

적인 원인은 한국민 전체의 이익을 옹호하는 통합적인 정부를 수립해야 한다는 신탁을 무시하고, 정치적 자결권을 침해하고 남한에서 특정한 정파들의 정치활동을 원천적으로 봉쇄한 미국의 점령정책에서 찾을 수밖에 없다. 물론 오늘날 국제강행규범의 지위를 확보한 자결권[37]이 1945년 해방공간에서는 법적 권리로서 아직 미성숙한 관념이었다고 낮추어 볼 수도 있다. 그러나 자결권은 1945년 유엔헌장(제1조 제2항, 제55조)에 명문화되었고 식민지 인민이나 비자치지역(제73조)과 신탁통치지역(제76조)의 주민에게도 인정되었다는 점에서 자결권에 입각한 주장들을 마냥 시제법(時際法)의 문제로 제쳐둘 수는 없다. 자결권은 어느 시대에나 약소민족에게는 약속된 미래로서 아득한 과거부터 존재해온 규범적 보고이자 아래로부터의 국제법이었다.[38]

Ⅲ. 불법점령과 저항권

1. 불법점령과 점령의 불법성

제2차세계대전 직후 연합국에 의한 독일점령이 전시점령(occupatio bellica)인지, 아니면 다른 형태의 점령, 즉 복속(debellatio)인지가 학자들 사이에서 논의되었다.[39] 나치독일의 환골탈태와 새로운 출발을 바라던 학자들은 연합국이 아예 주권국가처럼 독일영토를 병합하거나 분할할 수 있어야 한다는 생각에서 낡은 복속이론까지 동원하였다.[40] 이에 비해 다수의 독일학자들은 국가로서 독일은 여전히 존속하며 연합국도 헤이그협약을

지휘했다. 미군은 대한민국 수립 이후에도 한미간의 군사협정에 의해 한국군 작전통제권을 계속 보유하였고, 제주 진압작전에 무기와 정찰기 등을 지원하였다. 특히 중산간마을을 초토화시켰던 9연대의 작전을 '성공한 작전'으로 높이 평가하는 한편 군사고문단장 로버츠 준장이 송요찬 연대장의 활동상을 대통령의 성명 등을 통해 널리 알리도록 한국정부에 요청한 기록도 있다." 제주4·3사건진상규명및피해자명예회복위원회, 제주4·3사건진상조사보고서, 2003, 539쪽; 양조훈, 4·3 그 진실을 찾아서, 도서출판 선인, 2015, 83쪽 이하.

37) 자결권의 대세적 의무에 대해서는 East Timor (Port. v. Austl.), 1995 I.C.J. 90, 102 (June 30).

38) Mutua, Makau, "What is TWAIL?", *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, Vol. 94(2000), pp.31-38.

39) 독일의 법적 지위를 설명하는 데에 전시점령(occupatio bellica), 복속(debellatio), 무주지(terra nullius), 신탁통치(trusteeship), 개입점령(occupatio interveniens), 혼성점령(occupatio mixta) 등 다양한 용어가 등장하였다. Schweisfurth, Theodor, "GERMANY, OCCUPATION AFTER WORLD WAR II", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law,* Vol. II(1995), p.588.

40) Kelsen, Hans, "The International Legal Status of Germany to be Established Immediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law,* Vol. 38(1944), pp.518-526.

준수해야 한다는 견해를 고수하였다.[41] 논의의 중심문제는 연합국이 헤이그협약(1907년), 특히 제43조[42]의 구속을 받는지였다.[43] 헤이그협약에 나타난 점령법은 점령국이 피점령국의 정치경제적 하부구조를 변경시키지 않고 점령지를 점령의 목적(항복, 배상, 전쟁책임자처벌, 평화협정 등)을 달성한 시점에 피점령국에 반환한다는 19세기 자유방임주의와 유럽식 세력균형론을 배경으로 한다.[44] 점령이 일시적이어야 하고, 점령국은 점령지의 주권을 취득하지 않으며, 절대적 지장이 없는 한(군사적 필요성이 없는 한) 점령국은 점령지의 현행법과 질서를 존중해야 한다는 방침을 학자들은 '보존주의 원칙'[45]으로 부른다. 베를린 선언(Declaration of Berlin, 1945년 6월 5일)은 연합국이 독일의 최고권력을 인수하지만 이 사실이 독일의 합병을 초래하지 않는다고 밝혔다. 그러나 연합국들은 국제회의를 통해 확보한 광범위한 권력을 기반으로 나치청산을 추진함으로써 보존주의 원칙을 초과하였다. 그런 까닭에 이러한 점령은 고전적인 전시점령(belligerent occupation)과는 다른 변형적 점령(transformative occupation)'[46]으로 분류되었다.

미국과 소련에 의한 한국점령도 변형적 점령으로 논의된다. 한반도는 점령국들에게는 적대국의 식민지로서 신탁통치에 관한 유엔헌장 제77조 제1항 (나)의 "제2차 세계대전의 결과로서 적국으로부터 분리될 수 있는 지역"에 해당한다.[47] 무조건항복 후 일본이 1945

41) v. Laun, Kurt, "The Legal Status of Germany," *The American Journal of International Law*, Vol. 45(1951), pp.267-285.

42) 헤이그협약(1907) 육전규칙 제43조
정당한 권력이 사실상 점령군에게 이관되면 점령군은 절대적인 지장이 없는 한 점령지의 현행법을 존중하며, 가능한 한 공공의 질서 및 안녕을 회복하고 확보하기 위하여 권한 내에 있는 모든 조치를 취하여야 한다.

43) 이기범, "'국제점령법' 체계에서 1907년 헤이그 육전규칙 제43조의 실효성", 국제법평론 제40호, 국제법평론회, 2014, 97-123쪽.

44) Benvenisti, Eyal, "The Security Council and the Law of Occupation: Resolution 1483 on Iraq in Historical Perspective", *IDF Law Review*, Vol. 1(2003), pp.20-22.

45) 보존주의 원칙이라는 용어는 폭스가 처음 사용하였다. Fox, Gregory, "The Occupation of Iraq", *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 54(2005), p.263; 안준형, "'변형적 점령'과 국제점령법의 적용", 국제법평론 제51호, 국제법평론회, 2018, 95-128쪽: Gross, Aeyal, *The Writing on the Wall*, Cambridge U. P., 2017, p.18.

46) Roberts, Adam, "Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights", *American Journal of International Law*, Vol. 100(2006), p.580.

47) 프랭켈은 현대국제법에서 무주지 개념이 불가능한 것이지만 한반도에 자체 정부가 존재하지 않았다는 특수성(식민지)으로 인해 한국을 무주지(terra nullius)로 부른다. 그러나 프랭켈의 주권이해는 해당지역의 주민보다는 국가와 정부에 편향되었다고 볼 수 있다. Fraenkel, Ernst, "Korea-ein Wendepunkt im Völkerrecht?(1951)", *Ernst Fraenkel Gesammelte Schriften Band 3: Neuaufbau der Demokratie in Deutschland und Korea*, Nomos, 1999, p.494; 김득중, "제2차세계대전후 미국의 군사점령논리와 냉전-에른스트 프랭켈의 국제법적 분석을 중심으로-", 동북아시아역사논총 제51호, 동북아시아 역사재단, 2016, 93-123쪽.

년 9월 2일 일본의 영토를 현재와 같은 주요도서로 한정한 포츠담선언(1945년 7월 26일)을 수용함으로써 남한에 대한 주권은 미국과 주한미군정에 귀속되었다.[48] 주한미군정의 책무는 미영중소에 의한 신탁통치가 시행되기 이전 단계에서 일본군의 무장을 해제하고 점령지의 정치경제적 인프라구조를 개혁하고 공공질서를 관리하는 것이었다. 이러한 목표는 당시 '민주화(democratization)'[49]로 불렸으며 최근에는 곧잘 '해방(liberation)'으로 불린다. 미국과 소련은 제2차세계대전 중 국제회의를 통해 확보한 권력에 기초해 점령정책을 시행하였기 때문에 한반도에서 시행된 점령정책의 국제법적 정당성을 둘러싼 시비는 찾기 어렵다. 더구나 미국과 소련의 점령체제가 조기에 종식되고 곧이어 한국전쟁과 같은 초대형 사건이 발발했던 까닭에 점령체제의 법적 쟁점들은 덮여 버렸다. 점령체제의 종료 후 전쟁이나 내전의 발발 또는 구체제의 복귀는 점령정책의 근본적 잘못을 시사한다. 따라서 점령국의 일방통행식 정책을 배제하고 모든 점령이 국제점령법(국제인도법)과 국제인권법의 통제를 받아야 한다는 견해가 오늘날 힘을 얻고 있다. 60년대 제3세계의 민족해방운동, 이스라엘에 대한 팔레스타인 점령, 미국주도의 이라크 점령과 아프가니스탄 점령을 배경으로 장기점령이나 점령지의 인프라구조에 대한 과도한 개입을 국제법의 시각에서 의문시하는 견해들이 백출함으로써 한국점령의 국제법적 쟁점들도 비판적으로 검토할 계기가 마련되었다.

불법점령(illegal occupation)이나 점령의 불법성에 관한 평가 틀은 논자에 따라 상당한 편차를 보인다. 정당한 점령사유가 존재하는지 여부에 대한 공방, 이른바 점령사유법(jus ad occupation)과 점령기간에 점령당국의 조치들이 국제법에 부합하는지에 대한 공방, 즉 점령조치법(jus in occupation)을 구분하는 것이 우선 필요하다. 이는 정전법(jus ad bellum)과 교전법(jus in bello)의 구분 혹은 식민화의 범죄(crimes of colonization)와 식민체제 하의 범죄(crimes under colonial regime)의 구분과도 상응한다.[50] 중첩의 여지도 존재하

48) 프랭켈, 에른스트, "주한미군정의 구조", 梶村秀樹 외 지음, 김동춘 엮음, 한국현대사연구Ⅰ, 이성과현실사, 1988, 93-107쪽; 이춘선, 앞의 글, 187쪽; 안준형, "해방직후 주한미군정의 국제법적 성격-주류적 견해에 대한 비판적 접근", 서울국제법연구 25(2), 서울국제법연구회, 2018, 51-88쪽.

49) Friedrich, Carl J., *American Experiences in Military Government in World War Ⅱ*, Reinhardy & Company, 1948, pp.3-22.

50) 일제의 식민지배와 관련해서 보자면 식민화의 범죄는 민족의 주권을 박탈하는 죄(강제병합)를 의미하고, 식민체제 하의 범죄는 식민체제 아래서 강제동원, 독립운동 파괴와 같은 반인도적 범죄 등 식민지 잔혹행위(colonial atrocities)를 가리킨다. 이재승, "식민주의와 과거극복의 정치", 법과사회 제49호, 법과사회이론학회, 2015, 11-16쪽. 강제동원과 관련하여 일본의 식민지배를 '불법적 강점' 또는 '불법적 식민지배'로 규정한 판결은 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결; 대법원 2012.5.24. 선고 2009다22549 판결; 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결; 대법원 2018. 11. 29. 선고 2015다45420 판결; 대법원 2018. 11.

지만 합법성 또는 정당성의 문턱이 높은 데에서 낮은 순서로 평가 틀을 제시하면 다음과 같다. 첫째, 점령은 자결권과 상충하므로 본래적으로 불법적이라는 엄격한 견해이다.[51] 이러한 견해도 점령이 필요한 최소한의 기간에 그치고 적국의 공격을 물리치기 위한 방편인 경우에는 점령을 제한적으로 정당화한다. 둘째, 정당한 점령사유가 존재하지 않은 경우 불법적인 점령에 해당하고 점령사유를 구비했다고 하더라도 점령조치들이 국제점령법 또는 확정적 국제규범을 위반한 때에는 불법적이라고 보는 견해이다.[52] 식민지배와 아파르트헤이트와 같은 수준에 도달한 외세의 점령을 불법시하는 견해도 여기에 해당한다.[53] 다수의 국제적인 문서들은 대체로 이와 같이 총체적인 방식으로 불법점령을 거론한다. 셋째, 정당한 점령사유가 존재하지 않은 점령만을 불법적으로 보는 견해이다.[54] 이러한 견해에 따르면 자위전쟁에 입각한 점령은 부수적인 후발적인 사정으로 불법점령이 되지 않는다. 넷째, 국제법은 점령국에게 특정한 행위를 금지할 뿐이라는 이유로 점령체제의 불법성 자체를 다투지 않는 현실주의적 입장이다.[55]

첫 번째 견해는 국제인도법이나 유엔헌장을 과도하게 좁힌다는 점에서, 세 번째 견해는 점령국과 점령지 주민 사이에 균형을 상실하고 점령정책의 구체적인 문제점을 묻지 않는다는 점에서, 네 번째 견해는 점령국의 편의에만 봉사한다는 점에서 각각 규범적 약점을 안고 있다. 점령군과 점령지 주민 간의 관계를 법적 관계로 이해할 때 양자 사이의 대칭성을 적절하게 고려하는 두 번째 견해가 타당하다. 따라서 정당한 점령사유를 갖추지 못한 점령뿐만 아니라 국제점령법(국제인도법)이나 국제인권법, 특히 자결권의 주요 원칙을 현저히 침해하는 점령도 불법적이다. 점령사유의 결락으로 인한 불법점령과 점령조치의 결함으로 인한 불법점령을 구분하는 방식은 주해학파 바르톨루스 사소페라토가 제시한 무자격의 폭군(tyrannus ex defectu tituli)과 타락한 폭군(tyrannus ex parte exercitii)의 구분에 상응한다.[56] 무자격의 폭군은 왕위계승권이 없는 찬탈군주를, 타락한

29. 선고 2013다67587 판결.

51) Cassese, Antonio, 앞의 책, 99쪽.

52) Ben-Naftali, Orna & Gross, Aeyal & Michaeli, Keren, “Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 23(2005), pp.551-614.

53) Benvenisti, Eyal, “The Security Council and the Law of Occupation: Resolution 1483 on Iraq in Historical Perspective”, *IDF Law Review*, Vol. 1(2003), p.33.

54) Zemach, Ariel, “Can Occupation Resulting from a War of Self-Defense Become Illegal?”, *Minnesota Journal of Internationl Law*, Vol. 24(2015), pp.313-350.

55) Gross, Aeyal, *The Writing on the Wall. Rethinking the International Law of Occupation*, Cambridge U. P., 2017, p.2 참조.

56) Woolf, Cecil N. Sidney, *Bartolus of Sassoferrato: His Position in the History of Medieval Political Thought*,

폭군은 왕위계승권을 갖추었지만 권한을 남용하여 폭군으로 전락한 군주를 가리킨다. 저항권과 폭군시해론의 역사에서 이러한 폭군들은 제거해야 할 공적(公敵)으로 간주되었다.

침략행위[57]나 유엔헌장과 양립하지 않는 무력행사에 따른 점령은 점령사유를 갖추지 못한 점령으로서 불법적이고, 점령사유를 갖추었다고 하더라도 국제인도법(1907년 헤이그협약과 1949년 제네바협약, 1977년 제네바협약 제1추가의정서 및 관습국제인도법)과 국제인권법의 주요원칙을 침해하는 점령도 불법적이다. 국제인도법과 국제인권법뿐만 아니라 점령에 대한 유엔총회나 유엔안보리의 결의도 점령체제의 불법성을 판단하는 데에 중요한 기준이 된다.[58] 국제사법재판소는 핵무기 사건, 팔레스타인 점령지의 장벽 건설 사건, 콩고 사건에서 전쟁과 점령에 대해 국제인권법의 적용가능성을 인정하였다.[59] 그러나 점령을 규제하는 틀로서 국제인권법을 고려할 것인지에 대해서 국가관행은 상당한 차이를 보인다. 미국은 전통적으로 국제인권법을 자국의 영토 바깥이나 국제적인 무력충돌에 적용하지 않는다. 국제인도법과 국제인권법이 독자적인 법역이기 때문에 두 가지 법을 동시에 적용할 수 없다는 태도를 취한다.[60] 해방공간에서 주한미군정의 조치에 대해 당시 한국인이 인권침해를 이유로 미국대법원에 제소했다고 하더라도 미국 헌법의 보호를 기대하기 어려웠을 것이다. 영국법원은 국가행위이론에 따라 전통적으로 소극적인 태도를 취했으나 이라크에서 영국군의 조치에 대한 이라크인의 청원에 대해 유럽인권협약(ECHR) 및 영국인권법을 기준으로 영국의 대법원이 심사할 수 있다는 입장을 보여주었다.[61]

국제적십자는 1907년 헤이그협약(제42조부터 제52조까지), 1949년 제네바 제4협약(제27조부터 제34조까지, 제47조부터 제72조까지), 1977년 제네바협약 제1추가의정서와 관습국제인도법을 국제점령법의 주요한 법원으로 인정한다.[62] 점령당국이 취한 조치들이

Cambridge U. P., 2013(reprint), p.163.

57) Definition of Aggression, United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX). 14 December 1974.

58) Resolution 1483, S/res/1483(2003)

59) ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, para. 25.; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2000m para.106; ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, Judgment, ICJ Reports 2005, para. 216.

60) Al-skeini Case. Benvenisti, Eyal & Keinan, Guy, "The Occupation of Iraq: A Reassessment", *International Law Studies*, Vol. 86(2010), p.274.

61) Benvenisti, 앞의 책, 326-327쪽.

62) 적십자사는 대체로 다음과 같은 규범을 점령법의 원칙으로 제시한다. ① 점령국은 점령지에 대한 주권을 취득하지 않는다. ② 점령은 일시적인 상황에 불과하며 점령국의 권리는 점령기간에 한정된다. ③ 점령군은

특수하고 경미한 사항을 위반한 때에는 점령체제를 불법적이라고 규정하기는 어려울 것이다. 헤이그협약 제43조의 보존주의 원칙을 규범적으로 재정립함으로써 팔레스타인 점령지(OPT)에 대한 이스라엘의 점령을 불법점령으로 규정하는 입장도 있다.[63] 영토를 사실상 분할하거나 병합하려는 점령, 장기적인 점령, 점령지에 새로운 정착촌을 건설하기 위하여 원주민을 강제로 소개하고 자국민이나 다른 민족을 이주시키는 조치, 특정한 세력에 대한 조직적인 탄압과 박해, 점령지 인프라구조를 과도하게 변경하는 조치 등은 점령을 불법적으로 만드는 요인이다.

점령의 불법성을 판단하는 데에는 민족의 집단적 권리로서 자결권이 관건적이다. 유엔헌장은 자결의 원칙을 선언하고 자유권규약과 사회권규약도 자결권을 규정하고 있다. 자결권은 오늘날 강행규범의 지위를 차지한다. 아랍인권헌장은 자결권 이외에도 국가적 주권과 영토적 완전성에 대한 권리를 선언하고 외국의 점령과 지배를 인간존엄과 민족의 근본적 권리에 대한 침해로 인식한다.[64] 자결권의 발전과정에서 인권위원회(HRC)나 인종차별철폐위원회(CERD)[65]보다 유엔총회의 역할이 주효했다.[66] 또한 자유

점령지의 안전에 위해를 야기하고 국제점령법의 적용에 장애가 되는 경우를 제외하고 점령지의 현행법을 반드시 존중해야 한다(군사적 필요). ④ 점령군은 가능한 한 공공질서와 안녕을 회복하고 확보하기 위한 조치를 반드시 취해야 한다. ⑤ 점령군은 이용가능한 수단을 최대로 활용하여 점령지 주민에게 충분한 위생 및 공중보건 조치 및 식량의 제공과 의료적 배려를 반드시 확보해야 한다. ⑥ 점령지 주민은 점령국의 군대에 징집될 수 없다. ⑦ 점령지 안에서 그리고 점령지 외부로 주민의 집단적 또는 개별적 강제이동은 금지된다. ⑧ 강제적이든 자발적이든 점령국의 민간인을 점령지로 이동시키는 것은 금지된다. ⑨ 집단처벌은 금지된다. ⑩ 인질의 획득은 금지된다. ⑪ 피보호자나 그의 재산에 대한 보복은 금지된다. ⑫ 점령국에 의한 사유재산의 몰수는 금지된다. ⑬ 적대행위 중 군사적 필요에 의해 절대적으로 요구되는 경우를 제외하고는 적산의 파괴나 취득은 금지된다. ⑭ 문화재는 반드시 존중하여야 한다. ⑮ 범죄로 기소된 사람에게는 국제적으로 승인된 사법적 보증책들(체포이유의 고지와 공정한 재판을 존중하는 법절차가 제공되어야할 것이다. ICRC, Occupation and international humanitarian law: questions and answers, 2 August 2004, <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/misc/634kfc.htm>, 검색일: 2021.7.30.

63) Ben-Naftali & Gross & Michaeli, 앞의 글 참조.

64) 아랍인권헌장 제1조
① 모든 민족은 자결권, 자신의 부와 천연자원에 대하여 통제할 권리를 가지며, 정치체계를 자유로이 선택하고 자신의 경제적, 사회적, 문화적 발전을 자유로이 추구할 권리를 가진다.
② 모든 민족은 국가적 주권과 영토적 완전성에 대한 권리를 가진다.
③ 모든 형태의 인종주의, 시온주의, 외국의 점령과 지배는 인간존엄에 대한 침해이며 민족의 근본적 권리들의 행사에 주요한 장애물이다. 이러한 모든 관행들은 반드시 비난받아야 하고 이를 제거하기 위한 노력이 반드시 경주되어야 한다.
④ 모든 민족은 외국의 점령에 저항할 권리를 가진다.

65) HRC General Comment No. 12; CERD General Recommendation No 21; 자유권규약위원회(HRC)는 자결권(제1조)이 집단적 권리이므로 제1선택의정서상 개인통보대상으로 보지 않는다. Ivan Kitok v. Sweden, Communication No. 197/1985 (1988).

권규약 제4조는 생명의 자의적 박탈 금지(제6조), 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌의 금지(제7조), 노예상태, 노예제도, 노예매매의 금지(제8조), 채무불이행으로 인한 구금의 금지(제11조), 죄형법정주의(제15조), 법 앞에서 인간으로 인정받을 권리(제16조), 사상·양심·종교의 자유의 보호(제17조)를 전쟁과 점령과 같은 비상사태(public emergency)에서 침해할 수 없는 절대적 권리로 제시한다. 자유권규약은 시제법이므로 1945년부터 1948년까지의 해방공간에 직접 적용할 수 없다고 볼 수 있지만 이러한 권리보호가 국제인도법과 국제인권법의 공통사항이라는 점은 분명하다.[67] 제네바협약의 공통 3조와 중대한 위반행위(grave breaches), 제네바 제4협약 제31조부터 제34조도 자유권규약 제4조와 유사한 원리를 이미 반영하고 있다.

1949년 제네바협약과 1977년 제네바협약 제1추가의정서는 한반도에서 점령체제가 종식된 이후에 성립한 시제법인 까닭에 이러한 조약과 추가의정서를 한반도의 점령에 직접 적용할 수 있는지도 문제된다. 하지만 1907년 헤이그협약은 더욱 완전한 법전을 편찬하기 전까지 민간인과 전투원이 문명국가의 법원칙, 공공양심, 인도주의의 법에서 유래하는 국제법원칙의 보호와 통제 아래 놓여 있음을 체약당사국이 천명하는 것이 적절하다고 간주한다(마르텐스 조항).[68] 뉴른베르크에 설치된 국제군사재판소는 헤이그협약이 최소한 제2차세계대전의 발발(1939년) 전에는 이미 국제관습법의 지위를 얻었다고 판결하였다.[69] 제2차세계대전 후 미국의 잭슨 판사(국제군사재판소의 미국측 수석검사)도 마르텐스 조항의 인도주의의 법을 원용하면서 인도에 반하는 죄를 정당화하였

66) GA resolution 1514 (XV), 2145 (XXI), 2625 (XXV), 2649 (XXV), 2955 (XXVII), 3070 (XXVIII), 3314(XXIX), 3236 (XXIX), 3246 (XXIX), 3281(XXIX), 3382 (XXX).

67) 국제점령법과 국제인권법의 교차지대에 대해서는 Dinstein, Yoram, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge U. P., 2009, p.81; Campanelli, 앞의 글, 662쪽.

68) 마르텐스 조항에 대한 언급은 조시현, "노근리 학살사건과 국제인도법", 성신법학 제1호, 성신여자대학교 법학연구소, 2001, 84-85쪽; 티세허스트는 마르텐스 조항의 취지를 세 가지로 해명한다. 최협의로, 조약이 채택된 이후에도 국제관습법은 계속 적용되어야 한다. 광의로, 무력충돌에 관한 조약이 완전하지 않기 때문에 조약에 의하여 명시적으로 금지되지 않는 행위라도 당연히 허용되지는 않는다. 최광의로, 무력충돌에서의 행동은 조약이나 관습뿐만 아니라 마르텐스 조항이 언급하고 있는 국제법의 원칙들에 따라 평가되어야 한다. Ticehurst, Rupert, "The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, No. 317, 30 April 1997, <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jnhy.htm>, 검색일: 2021.7.30.

69) "그 협약(1907년 헤이그협약)에서 표현된 육전규칙들은 채택 당시 현존하는 국제법에 대하여 하나의 전진을 명확히 표현하였다. 그러나 헤이그협약은 동협약이 당시에 현존하는 것으로 승인하였던 '전쟁의 일반적 법과 관습을 수정하려는' 시도였다는 점을 분명히 선언하였지만, 1939년까지는 이 협약에 규정된 이러한 규칙들은 모든 문명국가들에 의해 승인되었고, 헌장 제6조(b)에서 거론되는 전쟁의 법과 관습을 서술한 것으로 간주되었다." IMT Judgement: The Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity", <http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawre.asp>, 검색일: 2021.7.30.

다. 따라서 한반도점령에서도 점령국은 국제인도법과 자결권의 원칙에서 벗어날 수 없었다.

2. 점령지 주민의 저항

현대 국제인도법의 골격은 1874년 브뤼셀회의, 1899년 헤이그회의, 1907년 헤이그회의를 통해 탄생하였다. 1874년 브뤼셀선언이 채택되는 과정에서 강대국과 약소국들 간에는 근본적인 입장차가 존재하였기 때문에 조약으로 성립하지 못했지만 이 선언은 대체로 헤이그협약에 반영되었다. 강대국들은 점령지 주민을 보호한다는 명분 아래 점령지 주민의 복종의무를 확립하고자 했다면, 약소국들은 주민의 애국적 동기를 활용하여 점령군에 대한 무장저항을 일으키고자 했기 때문에 주민의 복종의무를 부인하였다.[70] 그러나 점령의 사실이 점령지 주민에 대한 최고권력을 점령국에게 이관하기 때문에 점령국은 점령지 주민의 복종을 사실상 강제한다. 보드웰은 점령군이 질서와 안녕을 보존하려고 노력하는 한에서만 주민의 복종의무를 인정하고 점령군이 이를 위반하는 경우에는 점령지 주민도 복종의무에서 해방된다고 말한다.[71] 이에 비해 오펜하임은 복종의무가 국내법이나 국제법에서 유래하지 않고 오로지 점령군의 권력에서 나온다고 지적한다.[72] 제1차세계대전 중 독일에 의해 점령당한 벨기에의 대법원은 점령군의 명령이 불법적인 경우에도 점령지 주민은 점령군에 복종해야 한다고 판결하였다.[73] 물론 불법적인 명령의 법적 결과는 전후 책임문제를 발생시킬 것이다. 어쨌든 헤이그협약은 점령군에 대한 점령지 주민의 복종의무를 전제하지 않는다. 헤이그협약 제43조는 점령

70) Baxter, Richard, "The Duty of Obedience to the Belligerent Occupant", *British Yearbook of International Law* Vol. 27(1950), pp.235-266; Mallison, W. T. & Jabri, R. A., "Juridical Characteristics of Belligerent Occupation and the Resort to Resistance by the Civilian Population: Doctrinal Development and Continuity", *George Washington Law Review*, Vol. 42(1974), pp.185-221; Dowdeswell, Tracy Leigh, "The Brussels Peace Conference of 1874 and the Modern Laws of Belligerent Qualification", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 54(2017), pp.805-850.

71) Bordwell, Percy, *The Law of War between Belligerents: A History and Commentary*, Callaghan, 1908, p.300; 할렉과 피오레도 보호와 복종의 교환관계라는 계약적 사고에서 복종의무를 의제한다. Longobardo, Marco, *The Use of Armed Force in Occupied Territory*, Cambridge U. P., 2018, p.135.

72) Oppenheim, L., *International Law: An Treatise*, Vol.Ⅱ, The Lawbook Exchange, 2005, p.238. 이 이론은 법철학에서 실력설로 불린다. 그러나 실력은 복종의 필연을 낳을 수 있지만 복종의 의무를 확립하지 못한다. 일찍이 루소는 정당한 힘만이 권리를 만든다고 설파하였다. Rousseau, Jean-Jacques, Victor Gourevitch(ed.), *The Social Contract and other later political writings*, Cambridge U. P., 1997, p.44.

73) 제2차세계대전기까지의 학자들의 논의상황에 대해서는 The Judge Advocate General's School, *Law of Belligerent Occupation*, Ann Arbor, 1944, pp.82-86.

군에 대한 적대행위를 군사적 필요에 의해 점령군이 금지하거나 처벌하는 것을 허용할 뿐, 점령지 주민에게 어떤 의무를 직접적으로 부과하지 않는다.[74] 오히려 헤이그협약은 점령지 주민을 점령국의 군사작전에 동원하거나 주민에게 충성서약을 강요하는 것을 금지한다(제44조, 제45조).

점령군에 저항할 권리가 점령지 주민에게 있는가? 점령국에 대한 점령지 주민의 무장저항은 금지되는가 또는 허용되는가? 실제로 강대국들은 점령과정에 한정하여 주민의 무장저항을 허용하고 이러한 저항에 참여한 민간인들에게 포로대우를 인정하고 그 대신 이미 점령된 지역의 주민의 무장저항을 용납하지 않으려고 했다. 점령된 지역의 주민의 무정저항을 허용할 경우 점령이 장기전쟁의 늪에 빠지는 것을 우려하였기 때문이다. 이에 비해 약소국들은 점령국을 상대로 주민의 집요한 저항을 꾀하기 때문에 일반적으로 주민의 무장저항을 옹호했다.[75] 현대 국제인도법의 탄생 이전에 주민의 무장저항을 최초로 규정한 법전은 리버 코드이다. 나폴레옹을 상대로 한 라이프치히 해방전쟁과 그리스 독립전쟁에 참여하였던 독일인 프란츠 리버는 미국으로 이주한 후 콜럼비아 대학에서 전쟁법을 강의하다가 법전을 사찬(私撰)하였다. 대통령 링컨은 남북전쟁기인 1863년 일반명령 100호로 이를 미합중국의 군법으로 채택하였다. 리버의 군법 제52조[76]는 점령과정에서 적군에 저항하는 의용군과 이미 점령된 지역의 저항자를 구분하고 전자에게만 포로대우를 인정하고 후자를 전쟁범죄자[77]로 규정하였다. 전쟁법의 논의과정(브뤼셀회

74) Longobardo, 앞의 책, 141쪽.

75) 나불시는 주민의 무장저항과 관련된 국제인도법의 사상사를 상론한다. 그는 현대 전쟁법의 탄생에 영향을 끼친 입장을 상무주의(martialism), 공화주의, 그로티우스주의로 구분한다. 상무주의는 전투원과 민간인의 구별 위에서 군사적 영광을 추구하고 민간인의 저항을 철저하게 배제하려는 입장이고, 공화주의는 모든 시민이 방어적인 전쟁에서 시민군으로서 참여할 수 있어야 한다는 입장이다. 그로티우스주의는 일정한 범위의 민간인의 저항을 허용하는 중간적 입장으로 국제인도법에서 가장 큰 반향을 남겼다. 나불시에 따르면 블룬츨리, 리버, 마르텐스가 그로티우스주의를 대변하였다. Nabulsi, Karma, *Traditions of War: Occupation, Resistance, and the Law,* Oxford U. P., 1999; 나불시의 논의에 대한 간결한 개요는 Clarke, Ben, The Juridical Status of Civilian Resistance to Foreign Occupation under the Law of Nations and Contemporary International Law", *University of Notre Dame Australia Law Review*, Vol. 7(2005), pp.1-22.

76) U.S. War Department, General Orders No. 100(1863) 제52조
어떠한 교전자도 체포된 의용군(man in arms of levée en masse)을 반도나 폭도로 취급한다고 선언할 권리를 갖지 못한다. 군대에 의해 이미 점령된 나라 또는 그 일부의 주민으로서 군대에 맞서 봉기한 자는 전쟁법의 위반자이므로 보호를 받지 못한다.

77) 전시반역(war treason)이나 전시반란(war rebellion)은 실상을 제대로 반영하지 못하는 개념이다. 점령군에 대한 저항, 봉기, 태업, 항의시위, 정보수집은 자국과 자민족에 대한 점령지 주민의 충성심의 발로이기 때문에 전시반역이나 전시반란이라는 개념이 어울리지 않는다. Oppenheim, L., "On War Treason", *Law Quarterly Review*, Vol. 33(1917), p.266. 점령군에 저항한 민간인을 전쟁범죄자나 전시반역자 또는 전시반란자로 규정하

의)에서 약소국들은 내전을 전제로 점령지 주민의 저항을 범죄로 간주하는 리버의 견해를 국가 간의 전쟁에서는 적용할 수 없다고 판단하였다. 결과적으로 1874년 브뤼셀선언이나 1907년 헤이그협약은 조직적인 저항운동(resistance movements)을 포함해 민병(militia) 및 의용병단(volunteer corps)에 가담한 민간인에게 일정한 조건 아래서 포로지위를 부여하였다. 헤이그협약은 부하에 대한 지휘통제의 존재, 멀리서 식별할 수 있는 특수한 휘장의 부착, 공공연한 무기휴대, 작전수행에 있어서 전쟁의 법과 관습의 준수를 포로지위의 인정요건으로 규정하였다(제1조). 나아가 적이 접근하는 상황에서 아직 점령되지 않은 지역의 주민으로서 제1조에 따라 조직할 시간이 없어 스스로 무기를 들고 침략군에 대항하는 사람도 전쟁의 법과 관습을 준수할 경우 교전자(belligerent)로 인정하였다(제2조). 1949년 제네바 제3협약(포로협약)은 점령된 지역의 주민에게도 앞의 요건을 갖춘 경우 포로지위를 추가적으로 인정하였다(제4조 제1항 나). 국제사회는 제2차세계대전 중 레지스탕스의 중요한 활약을 목격하였기 때문에 저항운동의 의미는 국제법적으로 전혀 위축되지 않았다.

헤이그협약을 비롯해 국제점령법은 이러한 요건을 갖춘 민병과 의용병단을 교전자로 인정하고 이들에게 포로지위를 보장한다. 그러나 점령군은 점령과정에서 또는 점령상태에서 이와 같이 조직된 무장저항 이외에도 산발적인 무장저항, 폭동뿐만 아니라 총파업, 태업, 항의시위, 비폭력적 저항 등 시민불복종에도 직면한다. 한국점령과 관련해서 보자면 미소 점령군은 한국을 식민지배로부터 해방시키는 군대로 이해되었기 때문에 처음에는 점령지 주민의 적대행위에 봉착하지 않았다. 그러나 점령군의 정책이 주민의 일반적인 이익이나 자결권에서 점차 멀어짐에 따라 점령군은 평화적 저항뿐만 아니라 폭력적 저항에 맞닥뜨리게 되었다. 제주4·3봉기는 점령군에 대한 산발적이지만 폭력적인 저항의 거의 유일한 사례라고 볼 수 있다. 헤이그협약은 이와 같은 점령지 주민의 저항을 정당화하지도 않고 불법시하지도 않는다.[78] 국제점령법은 이상적인 국내헌법처럼 저항의 정당성이나 정당화가능성을 완벽하게 체계화하려는 법전이 아니기 때문이다. 따라서 저항의 정당성은 포로대우의 요건을 규정한 헤이그협약이나 제네바협약에 의해 판정되지 않는다. 정당한 저항은 국제점령법에 있어서는 초법적인 사안으로서 허용의 법(lex

---

는 것은 오로지 점령국의 국내법상의 기술적인 규정일 뿐 국제법적인 사안이 아니다. Joenniemi, Pertti & Roberts, Adam, “Civil Resistance and the Military Occupation”, *Instant Research on Peace and Violence*, Vol. 4(1974), p.42.

78) Roberts, Adam, “Resistance to Military Occupation: An Enduring Problem in International Law”, *American Journal of International Law,* Vol. 111(2017), *AJIL Unbound*, pp.45-50.

permissiva)에 속한다. 물론 국제인도법은 일정한 요건을 갖춘 저항자에게 포로의 지위를 인정함으로써 어떤 측면에서는 저항의 정당성을 시사한다고 볼 수 있다.[79] 국제점령법은 어쨌든 점령국에게 주민의 정당한 무장저항조차 무력으로 제압할 권한을 부여한다. 이 경우 일정한 요건을 갖춘 무장저항자는 포로지위를 인정받지만 그렇지 못한 저항자들도 마르텐스 조항에 따라 보호를 받는다. 제주4・3항쟁을 1948년 8월 15일의 주권 교체를 기준으로 고찰한다면 8월 15일 이전 미군정과 점령지 주민 간의 충돌은 국제적인 성격을 지닌 점령법의 문제이지만, 그 이후 충돌은 정부와 봉기세력 간의 순전한 국내법적인 사안이다. 제네바협약 제2추가의정서(1977년)는 일반적으로 비국제적인 성격을 지닌 무력충돌을 규율하려는 국제인도법전이다. 제주4・3항쟁을 산발적 적대행위나 폭동으로 본다면 제주4・3항쟁은 제1추가의정서뿐만 아니라 제2추가의정서의 적용대상도 아니다. 그러나 두 의정서가 공히 이러한 유형의 저항자를 보호할 필요성을 밝힌다는 점을 주목해야 한다. 제1의정서는 "본 의정서 또는 다른 국제협정의 적용을 받지 아니하는 경우에는 민간인(civilians) 및 전투원(combatants)은 확립된 관습, 인도주의 원칙 및 공공양심의 명령으로부터 연원하는 국제법원칙의 보호와 권한 아래 놓인다(제1조 제2항)"고 규정하며, 제2의정서는 "현행법에 의해 규율되지 않는 경우에 인간(the human persons)은 인도주의 원칙 및 공공양심의 명령의 보호 아래 놓임(전문)"을 상기시킨다.

불법점령에서 억압받는 민족은 최후의 수단으로서 저항권을 가진다.[80] 국제점령법이나 국제인도법은 저항권의 문제를 직접적으로 거론하지 않는다. 세계인권선언은 전문에서 "폭정과 억압에 대항하는 최후의 수단으로서 반란에 호소하도록 강요받지 않으려면, 인권이 법의 지배에 의해 보호되어야 함이 필수적"이라고 확인하면서 저항권(반란권)을 시사한다. 저항권과 관련해서 유엔총회와 유엔기구들은 자결권을 식민지배와 점령상태하의 민족(인민)의 권리로 강조해왔다.[81] 국제사법재판소도 나미비아 사건(1971년), 동티모르 사건(1995년), 팔레스타인 점령지구 사건(2004년)에서 점령에 대한 자결권의 적용가능성을 인정하였다.[82] 유엔총회는 저항권을 명시적으로 인정하지는 않지만 "모든

79) Longobardo, 앞의 책, 149쪽.

80) Mishra, Poorna, "The right to resist in occupied Palestine: denial and suppression", 16 March 2015, <https://www.opendemocracy.net/en/north-africa-west-asia/right-to-resist-in-occupied-palestine-denial-and-suppression/>, 검색일: 2021.7.30.

81) 대표적으로는 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations. A/RES/2625 (XXV), 24 October 1970

82) Advisory Opinion on the Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, International Court of Justice (ICJ), 21 June 1971, para. 52-53; East Timor (Port. v. Austl.), ICJ, 30 June 1995,

인권의 완전한 향유를 위한 명령으로서 자결, 국민주권, 영토보전에 대한 제민족의 권리 및 식민지국가와 민족에 대한 독립의 신속한 인정의 보편적 실현의 중요성"과 "가능한 모든 수단을 활용하여 독립, 영토보전, 국민적 통일 및 식민지배와 외국의 지배, 외국의 점령으로부터 해방을 위한 제민족의 투쟁의 정당성"을 거듭 확인하였다.[83] 아프리카 인권헌장은 모든 수단을 활용하여 식민지배에서 해방될 민족의 권리를 인정한다.[84] 저항권은 개인의 권리라기보다는 민족의 자결권으로 이해된다. 아랍인권헌장도 자결권과 저항권을 같은 조항에서 민족의 권리로 규정한다.[85] 지역적 인권규범은 이와 같이 저항권을 민족의 권리로 인정하지만 자유권규약은 저항권을 규정하고 있지 않다. 전쟁, 테러리즘, 폭력행사를 억제하려는 국제인도법도 저항을 권리로 규정하지 않는다.[86] 그럼에도 불구하고 1977년 제네바협약 제1추가의정서는 "유엔헌장 및 <유엔헌장에 따른 국가간의 우호관계와 협력에 관한 국제법원칙의 선언>에 의하여 보장된 자결권을 행사하기 위하여 식민통치, 외국의 점령(alien occupation) 및 인종차별체제에 대항하는 무력충돌(제1조 4호)"에 의정서를 적용한다고 규정함으로써 자결권에 입각한 무장투쟁도 고려한다. 저항권 자체가 국제인도법에 명시되지 않았다고 하더라도 저항권은 부인되지 않는다. 개별국가의 헌법이 저항권을 명문화하지 않은 경우에도 학자들은 철학적 전통이나 정치적 관행에 의해 저항권을 초법적-자연적인 권리로 널리 승인해 왔기 때문이다.

3. 점령의 시간과 해방의 시간

저항권이 명문화되어 있고 저항행위가 실질적으로 정당하다고 하더라도 저항권은 현존체제와 모순대당의 관계에 있기 때문에 권리로서 현시성(現時性)을 갖지 못한다. 저항권 또는 저항행위는 점령체제의 종료후 또는 구체제의 붕괴 후 비로소 법적 승인을 획득할 수 있는 시차적(時差的)인 권리이다. 점령지 주민은 침략전쟁이나 불법점령의 상황에서 애국적인 동기로 침략군에 저항을 감행한다. 점령군은 관례적으로 점령지의

---

para. 29-30; Advisory opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ, 9 July 2004, para. 88, 155-156.

83) General Assembly A/RES/2649, 30 November 1970; General Assembly A/RES/37/43, 3 December 1982.

84) 아프리카 인권헌장 제20조
② 식민지배와 억압 아래 있는 민족은 국제공동체가 인정한 모든 수단을 활용하여 지배의 속박에서 스스로를 해방시킬 권리를 가진다.

85) 앞의 주(64) 참조.

86) Razmetaeva, Yulia, "The Right to Resist and The Right of Rebellion", *Jurisprudence*, Vol. 21(2014), pp.758-783.

법이나 점령국의 법(포고)에 따라 저항자를 전시반역죄나 폭동죄로 처벌한다. 점령체제가 지속하는 동안 점령지 주민의 '권리'로서 저항권과 점령군의 권력 간의 충돌은 피할 수 없다. 실제로 국제점령법에 의하면 점령지 주민의 저항은 금지되지 않으며 그 자체로 전쟁범죄에 해당하지도 않는다. 이상적으로 점령군은 점령체제가 종료할 때까지 붙잡힌 저항자를 포로처럼 억류하거나 구금해야 하지만,[87] 현실적으로 점령군은 모든 저항자들에게 무력으로 대응하고 엄히 처벌한다. 점령군에게 유리한 국제점령법의 틀과 저항자에게 유리한 초법적 정당성의 틀 사이에 존재하는 근본적인 시차(視差)는 점령기간 동안에는 결코 해소되지 않는다. 해방의 시간이 도래해야 근본적 시차(視差)는 극복된다.

점령사유법(jus ad occupation)과 점령조치법(jus in occupation)은 논리적인 차이와 시간적 차이를 함께 내포한다. 점령종료후법(jus post occupation)만이 점령의 시간에 존재하던 근본적 시차(視差)를 사후적으로 해소한다. 제2차세계대전의 종결 후 설치된 전후청산법정이 과거에 박해받은 저항자들의 문제를 처리하는 방식을 살펴보자. 프랑스의 레지스탕스들은 나치독일의 침략과 점령에 법적으로 도덕적으로 저항할 권리를 가지며 실제로 무장저항을 감행하였다. 나치점령군은 이러한 저항자들을 법과 정상적인 사법절차에 따라 처벌하기도 했지만 대체로 이들을 초사법적 약식절차로 처형하였다. 군사점령이 종식된 후 설치된 연합국의 전범재판소는 즉결처형이나 약식처형을 전쟁범죄로 처벌하고, 심지어 저항자들을 독일의 수용소로 이송하여 약식으로 처형하게 하는 밤안개포고를 기초한 법조인도 처벌하였다.[88] 점령종료후법은 통치질서를 회복한 피점령국에 의해서도 실현된다. 해방된 프랑스는 전쟁범죄를 처벌함과 동시에 프랑스인 나치협력자나 반역자를 국치죄(l'indignité nationale)로 소급 처벌하였다.[89] 나아가 프랑스는 레지스탕스 지도자였던 장 물랭이나 베를린 근교의 라벤스브뤼크 수용소에서 생환한 레지스탕스 운동가 제르멘 틸리용을 팡테옹에 안장함으로써 저항의 정신을 드높였다. 제2차세계대전 후 독일을 점령한 연합국들은 나치악법을 폐지하고 유대인과 외국인에 대한 가혹하고 졸속적인 재판을 전쟁범죄로 처벌하였으며, 나치에 저항한 사람들에 대한 유죄판결도 무효화하는 조치를 단행하였다.[90] 1998년에도 독일정부는 나치불법판결청산법을 제정

87) 제네바 제4협약은 점령군에 대해 비교적 경미한 범죄를 범한 사람에게 억류(internment)나 단순구금(simple imprisonment)을 예정한다(제68조).

88) 이재승, "법조인소송", 일감법학 제44호, 건국대학교 법학연구소, 2019, 137, 149, 156쪽; 사법절차에 관한 관습국제인도법상 원칙들에 대해서는 Henckaerts, Jean Marie & Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. Ⅰ, Cambridge U. P., 2005, pp.352-371; Henckaerts, Jean Marie & Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. Ⅱ, Cambridge U. P., 2005, pp.2363-2493.

89) 국치죄 도입에 관한 명령(1944년 8월 26일), 협력행위 처벌에 관한 명령(1944년 6월 26일)

하여 저항자들과 희생자들에 대한 유죄판결을 포괄적으로 청산하였다.[91] 점령조치법(jus in occupation)은 점령의 시간에 점령국(침략국)의 합법적 조치를 허용했지만, 점령종료후법(jus post occupation)은 점령체제의 합법성에서 탈피하면서 저항자의 초법적 권리를 사후적으로 승인한다. 독재체제 아래서 처벌받은 저항자가 민주화 이후 상황에서 명예를 회복하듯이, 점령체제 아래서 전시반역죄나 폭동죄로 처벌받은 주민도 점령체제의 종료 후 명예를 회복한다.[92]

4. 미군정의 법령에 대한 한국헌법의 규범적 효력

연합국의 점령체제가 종료된 후 주권을 회복한 피점령국이 이제 앞의 논리에 따라 연합국의 점령조치들을 소급적으로 번복할 수 있는지가 문제된다. 점령법(포고, 군정법령, 조치)은 기본적으로 점령기간에 한정되기 때문에 법적으로는 한시법(限時法)이다. 새로운 헌법 아래서 점령법의 계속적용(Fortgeltung) 여부에 대해서는 대체로 점령체제의 공식적인 종료 시점에서 점령국(연합국)과 피점령국 간의 조약(주권이양조약)으로 규율되며, 조약이 특별히 정한 바가 없다면 피점령국이 점령법의 장래효를 원칙적으로 변경할 수 있다. 한국정부도 점령체제의 종료와 동시에 군정법령에서 자유로이 이탈할 수

90) 통제위원회법률 제1호(나치악법폐지건, 1945년 9월 20일), 통제위원회법률 제10호(전쟁범죄처벌법, 1945년 12월 20일), 미국의 점령지에서는 뷔르템베르크-바덴 법률 제29호(형사재판에서 나치불법청산에 관한 미군정법률 1946년 5월 31일) 참조.

91) Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile(25. August 1998).

92) 이러한 논리에 들어맞지 않은 이례적인 사례도 존재한다. 노르웨이 고등법원과 대법원 간에 두 차례 핑퐁판결 후 오슬로의 즉결처형재판소장과 그 배석판사들이 무죄로 방면되었다. 즉결처형재판소(Standgericht)는 경찰이 사법권을 행사하는 미증유의 예외법원으로서 나치법무장관 오토 티어락이 1945년 2월에 도입한 것이다. 나치 점령지인 노르웨이의 오슬로 보안경찰대사령부에 설치된 즉결처형재판소의 소장인 헬무트 라짜는 관구사령관의 지시에 따라 재판소를 설치한 당일 나치를 반대하며 태업을 주도한 저명인사 4인과 이를 알고도 당국에 신고하지 않은 경찰 1인을 체포하여 변호인의 입회 없이 하루 만에 재판을 마치고 다음날 사형을 집행하였다. 나치패망 후 노르웨이 고등법원은 이른바 헤이그협약의 마르텐스 조항을 원용하면서 이러한 재판이 문명국가의 법적 보장을 요구하는 국제법에 명백하게 반하는 범죄로 판단하였다. 그러나 노르웨이 대법원은 즉결처형재판소의 설치가 점령군의 안전을 해치는 행위를 처벌할 수 있게 하는 국제법에 위반하지 않는다는 점, 해당사건의 법적용이 독일의 국내법적용 관행에서 크게 벗어나지 않는다는 점을 들어 무죄로 방면하였다. 대법원의 판결은 제2차세계대전 후 확립된 전범재판소의 판결관행과도 일치하지 않으며, 독일이 즉결처형재판소의 판결을 모두 무효화하였다는 점에 비추어보면 매우 이례적인 판결이다. CASE No. 86(Trial of Hans Paul Helmuth Latza and two others, by the Eidsivating Lagmannsrett (Court of Appeal) and the Supreme Court of Norway, 18th. February, 1947-3RP December, 1948), United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 14, 1949, London, pp.49-85.

있었고,[93] 아울러 1948년 헌법 제100조는 군정법령의 헌법저촉성(위헌성) 여부에 따라 점령법의 장래효를 결정하도록 하였다.[94] 그러나 이러한 조건에도 불구하고 상당한 제약이 존재한다. 예컨대, 피점령국은 명시적인 점령목표로 설정된 전범의 처벌이나 사회경제적 인프라구조에 대한 연합국의 조치와 같은 국제법적 사안(경성점령법)을 임의로 변경할 수는 없다. 특히 소급적으로 변경하는 데에는 법이론의 측면에서나 국제질서의 측면에서 심각한 난점이 존재한다. 1950년대 독일이나 일본 정부에 의한 전범 석방도 연합국의 승인을 거쳤다는 점을 주목해야 한다. 그러나 점령질서 자체를 유지하기 위한 국내법적 사안(연성점령법)과 관련해서는 합당한 사유가 존재한다면 피점령국은 연합국의 법령을 소급적으로도 변경할 수 있을 것이다.

최근 일제강점하강제동원피해진상규명위원회는 식민지 강제동원 체제를 고려하여 이례적으로 연합국의 군사재판소에서 B.C급 전범으로 처벌된 조선인 포로감시원 다수를 강제동원희생자로 결정하였다.[95] 이러한 결정은 연합국의 유죄판결을 번복하지 않으면서 제2차세계대전에 대한 제3세계의 차별적인 경험을 반영한다. (이와 같이 판결의 효력 자체를 부인하지 않은 가운데 독립유공자나 민주화유공자로 인정하는 우회방식이 국내에서도 널리 활용되어왔다.) 제주4·3항쟁과 관련해서 군정기 법원에 의해 태평양미군사령부 포고 제2호와 군정법령 제19호 위반으로 유죄판결을 받은 피해자들의 유족이 제기한 재심청구는 더욱 이목을 끈다. 진실화해법 제2조 제1항 제4호도 1945년 8월 15일 이후에 발생한 인권침해사건을 진실규명대상으로 규정하고 특별히 미군정의 조치를 진실규명대상에서 배제하지 않는다. 그러나 미군정의 모든 조치를 한국정부의 시정대상으로 판단할 수 있는지는 의문스럽다. 군정의 포고나 법령 위반에 대한 유죄판결과 같이 점령군의 안전과 공공질서를 유지하기 위한 국내법적인 사안(연성점령법)이라면 시정의 대상으로 삼을 수 있겠지만 도쿄 재판소나 뉘른베르크 재판소의 판결과 같은 국제법적인 사안(경성점령법)은 그러한 대상에 속하지 않는다고 본다. 따라서 한국의

93) 대한민국정부와 미합중국정부 간의 재정 및 재산에 관한 최초협정(1948년 9월 20일) 제11조
대한민국 정부는 미군정청 및 남조선과도정부의 모든 현행법, 군정법령, 법률, 규칙 등을 계속 시행하는 데에 동의한다. 그러나 대한민국정부는 이를 폐지 또는 개정할 수 있다.

94) 이재승, "법효력의 계속과 차단", 법철학연구 제6권 제1호, 한국법철학회, 2003, 27-50쪽. 미군정기의 사건은 아니지만 여순사건과 관련된 판결에 대한 재심에서 최근 법원은 당시 적용된 포고령 제2호가 죄형법정주의를 위반하므로 위헌무효라고 판단하였다. 이는 헌법의 소급적용이 아니라 새로운 헌법 아래서 현행법의 장래효에 관한 판단이다. 광주지방법원 순천지원 2020.1. 20 선고, 2013재고합5.

95) 대일항쟁기강제동원피해조사및국외강제동원희생자등지원위원회, 조선인 BC급 전범에 대한 진상조사-포로감시원 동원과 전범처벌 실태를 중심으로-, 진상조사보고서 2010.12.23. 의결, 30-48쪽.

법원은 연성점령법에 관한 사항에 대해서는 미군정의 판결을 간단히 선행정부의 판결로 취급하고 재심사유의 존재 여부를 판단하면 될 것이다. 이는 헌법을 소급적으로 적용하려는 것이 아니라 국제정의와 이행기 정의를 동시에 고려하는 방식이다.

2021년 헌법재판소는 1945년 8월 9일 이후 이루어진 적산거래를 무효로 하고 1945년 9월 25일자로 적산을 미군정에 귀속시키는 군정법령 제2호(1945년 9월 25일) 제4조(무효조항)와 군정법령 제33호(1945년 12월 6일) 제2조 전단 일부사항(귀속조항)이 한국헌법상 소급입법금지 원칙을 위반했는지를 심사하였고 결과적으로 군정법령의 합헌성을 인정하였다.[96] 이 결정에 대한 논평에서 윤진수는 독일의 논의를 차용하여 점령국으로서 미국의 주권에 해당하는 법령에 대해 한국 헌법재판소의 위헌심사권 행사 자체에 반대의견을 표명하였다.[97] 1948년 8월 15일 이전(군정기)에 완결된 사태를 대한민국이 소급적으로 변경할 수 없다는 것이다. 물론 윤진수는 라드브루흐 공식으로 표현된 '참을 수 없을 정도로 부정의한 법률'에 대해서는 예외를 인정한다. 그러나 추축국으로서 독일에게 부과된 국제법적 핸디캡이 한국의 헌법체제에 동일하게 작동하지 않기 때문에 군정법령 일체를 위헌심사에서 범주적으로 배제하는 독일의 접근법을 답습해야 하는지는 의문이다. 또한 한국의 헌법재판소와 같이 해당법령의 위헌 여부가 당해사건의 재판의 전제가 되기만 하면 어떠한 점령법도 위헌심사의 대상으로 삼을 수 있다는 입장도 국제질서의 시각에서는 문제적이다. 경성점령법(국제회의를 통해 설정된 점령목적을 직접적으로 실현하는 사항)과 연성점령법(점령질서를 유지하기 위한 사항)에 대해 차별적으로 접근하는 것이 필요하다고 여겨진다. 결론적으로 적산귀속[98]과 전범처벌과 같은 경성점령법에 대해서는 원칙적으로 위헌심사가 불가능하고 연성점령법에 한해서 위헌심사가 가능하다고 본다.

96) 헌법재판소 2021.1.28. 선고 2018헌바88 결정.

97) 윤진수, "헌법재판소가 군정법령의 위헌 여부를 심사할 수 있는가?", <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Info?serial=167881>. 검색일: 2021.7.30.

98) 독일통일과정에서 도입된 <재산법>이 소련군정청이 점령주권에 기하여 동독에서 시행한 사회주의적 몰수조치의 대상이 된 100ha이상의 대토지에 대해 반환이나 손실보상의 예외로 정한 것도 통일국가에 대한 체제 핸디캡으로 파악할 수 있을 것이다. 독일헌법재판소는 반환 및 손실보상의 예외원칙(재산법 제1조 제8항 제1호)를 보장한 헌법 제143조(구동독지역 및 베를린에 대한 특수규정) 제3항이 합법적이라고 결정하였다(B*VerfG*. 1991. 4. 23).

Ⅳ. 주한미군정의 법령과 정책

1. 정치질서와 자결권

식민지 해방후 군사점령에서 헤이그협약의 보존주의 원칙과 자결권은 상관적이다. 한반도의 장래를 결정한 카이로선언(1943년 11월 27일)과 모스크바 3상회의(1945년 12월 27일)도 이러한 민족자결의 원칙을 반영하였기 때문에 보존주의 원칙은 바로 이러한 자결권을 중심으로 회전한다. 이라크 점령에서도 보존주의 원칙의 연결고리는 배제된 구정부가 아니라 이라크 국민이라는 점이 부각되었다.[99] 한반도 점령에서도 보존주의 원칙과 자결권은 퇴각한 일본이 아니라 한국 또는 한국민에게 직결된다. 동시에 식민지 해방 후 한반도 점령에서 점령국은 한국민의 자유로운 정치과정을 조력하여 민주적인 국가를 수립하도록 해야 할 신성한 책무를 부담한다. 이 경우에도 자결권이 결정적이다. 해방공간에서 국가나 정부가 부재하였지만 주권의 잠재적 주체로서 한국민과 그 현재적인 정치적 구심체들이 엄연히 존재하였기 때문에 자결권은 이러한 구심체들과 관련해서 구체적인 의미를 가진다. 그러나 주한미군정은 대한민국 임시정부를 인정하지 않았고, 해방전야에 여운형이 주도한 건국동맹이나 그 후 결성된 건국준비위원회나 인민공화국도 백안시하였다. 주한미군정은 자결권과 현상존중의 원칙을 무시한 것이다. 미국정부는 1946년 1월 16일 맥아더에게 하달된 '한국 내 민사행정에 대한 초기기본지령'(SWNCC 176/8)에서 이러한 정치적 구심체들을 공식적으로 승인하지 않도록 지시하였다.[100] 소련점령군은 왕성한 조직활동을 전개한 인민위원회를 북한지역에서 정치적으로 활용한 반면, 주한미군정은 인민위원회를 공산주의자들의 트로이목마라고 속단하였다.[101] 미군정은 당시 사회개혁을 향한 한국인의 열망을 공산주의와 연계된 위험으로

99) Cohen, Jean L., "The Role of International Law on Post-Conflict Constitution-Making: Toward a *Jus Post Bellum* for interim Occupation," *New York Law School Law Review*, Vol. 51(2006/07), pp.498-532; Benvenisti, 앞의 책, 272쪽; Saul, Matthew, "The Impact of the legal Right to Self-determination on the Law of Occupation as a Framework for Post-conflict State Reconstruction", N. Quenivet and S. Shah(eds.) *INTERNATIONAL LAW AND ARMED CONFLICT*, T.M.C Asser Press, 2010, pp.398-416.

100) 9. 정치활동
g. 귀관은 어떠한 자칭 한국임시정부나 유사한 정치조직들도, 비록 …… 그러한 단체들의 존재, 조직과 활동을 허가할지라도, 공식적으로 승인하지 않고 정치적 목적들을 위해 활용하지 않을 것이다. 귀관은 적절한 때 그러한 단체들의 구성원을 해당 기관에 확약 없이 개별적으로 활용할 것이다.

101) 미드, 그란트, 안종철 옮김, 주한미군정연구, 공동체, 1993, 85, 92쪽.

파악한 것이다.[102]

1945년 12월 모스크바 3상회의는 미영중소 연합국이 오스트리아와 유사하게 한반도에서도 공동으로 관리하는 방안을 구상하였다. 그런데 이 구상은 돌연 자결권을 부인하는 신탁통치안으로 정파적으로 매도되면서 현실화되지 못했다. 연합국은 오스트리아에서는 좌우합작의 정치[103]를 허용하고 오스트리아인들의 정치적 자결권을 존중하면서 통일국가를 수립하도록 했던 반면, 한국에서는 분단을 추구하고 상극체제를 형성하였다. 미소양국이 건국준비위원회, 인민공화국, 전국적인 인민위원회를 새로운 국가의 구심점(임시정부)으로 삼거나 미국이 김규식・여운형의 좌우합작노선을 일관되게 후원했더라면, 한반도 전체에서 혹은 남한에서만이라도 오스트리아식 정치체제가 출현했을지도 모른다.[104] 그러나 미군정은 좌우합작의 결과가 오스트리아식 자본주의 체제를 성립시킬 가능성이 희박하다고 보았던 까닭에 이 방안을 선호하지 않았다고 한다.[105] 미국은 한반도 전체에서 반공국가를 수립할 수 없다면, 남한지역에 한정해서라도 반공체제를 수립하고자 하였다. 소련은 북한을 사회주의 블록에, 미국은 남한을 반공블럭에 편입시키려는 목표 아래 편향적인 점령정책을 관철시켰다.[106] 미국은 처음에 남한지역에서

---

102) 1946년 8월 미군정이 한국인 8천여명을 대상으로 실시한 여론조사의 결과를 보면, 정치형태에 대해서는 대중정치(대의정치) 85%, 계급독재 3%, 체제에 대해서는 사회주의 70%, 자본주의 14%, 공산주의 7% 등의 선호도가 각각 드러난다. 여기서 사회주의는 공산주의와는 다른 광범위한 사회개혁론이라고 할 수 있다. 서중석, "해방정국 좌우합작지지 많았다", 한겨레신문, 2003.11.28., <https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=103&oid=028&aid=0000034590>, 검색일: 2021.7.30.

103) 연합국은 1943년 11월 1일자 모스크바 3국선언에서 오스트리아를 히틀러의 침략전쟁의 최초의 피해국가로 규정하고 그 해방을 약속하였다. 동시에 1938년 나치의 오스트리아 합병을 무효로 선언하였다. 1945년 3월 오스트리아에 선착한 소련군 사령관 표도르 톨부킨은 사민주의자 카를 레너와 회담을 가진 후, 오스트리아 공산당원들로 오스트리아 정부를 구성하려던 스탈린의 원래 계획을 수정하고 1945년 4월 20일 카를 레너로 하여금 오스트리아 임시정부를 구성하도록 허용하였다. 영국은 임시정부를 탐탁지 않게 여겼으며 미국은 오스트리아 임시정부에 대한 승인을 거부하였다. 그러나 1945년 11월 실시된 선거에서 카를 레너가 이끈 국민당-사민당 연합은 90퍼센트의 압도적인 지지를 획득함으로써 독립국가의 기틀을 용이하게 확보하였다. 카를 레너는 이 선거에서 5퍼센트를 득표한 공산당에게도 내각의 문호를 개방함으로써 좌우합작정치를 성공적으로 이끌었다.

104) 1947년 당시 제2차미소공위의 준비 및 실행단계에서 미국무부가 제안한 '중도파 중심의 정치세력 동향'과 '광범위한 사회경제적 개혁' 방안(국무성 경제고문 번스)이 아마도 가장 그럴듯한 탈출구였다. 번스는 공위가 성공하여 전국적 임시정부를 수립하는 경우, 공위가 실패하여 남한만의 임시정부를 수립할 경우, 공위가 실패하더라도 민주적인 통일정부 수립이라는 미국적인 목표가 달성될 때까지 계속 주둔하는 경우를 상정하고, 미소공위가 실패하더라도 '비공산 중도 연립정부'를 수립하기 위하여 좌우합작세력에 대한 지원, 사회경제적 개혁정책의 수립과 미국의 재정적 지원, 군정의 자유주의적 개혁, 이를 위한 점령권력의 구조개편을 제안하였다. 박찬표, 한국의 국가형성과 민주주의, 후마니타스, 2007, 199쪽.

105) 梶村秀樹, "해방3년사", 梶村秀樹 외, 김동춘 엮음, 한국현대사연구Ⅰ, 이성과현실사, 1988, 56쪽.

공산당을 배제한 가운데 좌우합작을 지지하다가 미소간의 대결이 본격화되자 좌우합작 운동에 대한 지지도 철회하고 우익세력을 일방적으로 후원하였다. 1947년 7월 19일 여운형이 피살되고 2차 미소공위가 결렬되자 미국은 한반도 문제를 유엔으로 이관시켰다.[107] 소련은 한반도문제가 승전국들의 결정사항(모스크바 3상회의)이라며 유엔의 관여에 반대하였다. 유엔총회는 유엔감시하의 총선거를 실시하자는 미국의 제안과 소련의 동시철군안 사이에서 미국안을 채택하고 이어서 단독선거의 시행을 추인하였다.[108] 이로써 유엔총회는 분단에 대한 미소양국의 국제법적 책임을 해제함과 동시에 그 책임성을 유엔과 국제사회로 전염시켰다.

오늘날 일부 학자들은 외국군대의 점령 아래 이루어진 선거가 다른 주권국가에 대한 강박, 공갈, 위협을 금지하는 국제법원칙[109]을 위반한 것이므로 불법선거라고 주장한다.[110] 점령상태 아래서의 선거가 모두 불법적이라는 데에는 동의할 수 없지만 정치적 자결권을 본질적으로 침해한다면 그 불법성은 무시할 수 없는 것이다. 1960년 유엔의 발전권선언에 따르면 "외국의 예속, 지배, 착취에 대한 제민족의 복속은 근본적인 인권의 부정에 해당한다. … 민족의 통일과 한 나라의 영토보전에 대한 부분적 또는 총체적 파괴를 목적으로 하는 어떠한 시도도 유엔헌장의 목적 및 원칙과 양립하지 않는다."[111] 미국과 소련은 적절한 시점에 통일정부를 수립할 임무를 신탁하였지만[112] 한민족의

106) 박찬표, 앞의 책, 426쪽.

107) 미군정은 국무부가 원래 구상하였던 순서(점령, 신탁통치, 신생 유엔기구의 활용)에 따라 점령의 최종목표에 도달하였다. 커밍스, 앞의 책, 164쪽.

108) Resolution of General Assembly, November 14, 1947, 112 (II); Resolution of General Assembly, December 12, 1948, A/RES/293.

109) 강박금지의 원칙은 국제관습법으로 볼 수 있으나 조약법은 이 원칙을 명시하고 있다. 조약법에 관한 비엔나 협약 제52조 참조.

110) 어떤 학자는 서방국가들이 러시아군의 주둔 아래서 시행된 크리미아 지역의 국민투표(우크라이나 공화국에서 탈퇴하여 러시아에 재가입하려는 투표)를 불법이라고 주장하면서 미국이나 서방연합국이 점령한 독일, 일본, 한국, 팔레스타인, 아프가니스탄, 이라크 등에서 시행된 선거에 대해서는 함구한다며 서방국가의 이중기준을 비판한다. Nasri, Reza, "The West's Illegal "Transformative Occupations"", *The National Interest*, 2 April 2014, <https://nationalinterest.org/commentary/the-wests-illegal-transformative-occupations-10172>, 검색일: 2021.7.30.; 이라크선거에 대한 유사한 문제제기는 Bennis, Phyllis, *Iraq's Elections*, Institute for Policy Studies, 20 December 2004, <https://www.tni.org/en/article/iraqs-elections>, 검색일: 2021.7.30.

111) Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, U.N. Doc. A/59/565(Dec. 14, 1960); 프랭켈은 한국의 분단은 지속가능한 해법이 아니며 카이로선언에 담긴 기본원칙과 양립하기 어렵다고 지적한다. Fraenkel, 앞의 글, 493쪽.

112) 프랭켈은 미국과 소련이 남북한에서 시행한 점령을 사실상 신탁통치(de-facto trusteeship)로, 모스크바 3상회의가 예정한 미영중소 4개국 공동관리방안을 법률상 신탁통치(de-jure trusteeship)로 부른다. Fraenkel, 앞의

주권과 영토를 분할하여 해당점령지에서 자국에 '우호적인 정부'[113]를 수립하는 데에 진력함으로써 한민족의 통일성과 영토의 완전성을 파괴하였다. 점령국이 점령지 주민의 자결권을 침해하면서 영토분할[114]이나 영토합병을 시도하는 행위는 국제법적으로 정당화되지 않는다. 점령국이 한국민의 주권과 자결권을 침해하였다면 그러한 점령은 불법적인 것으로 변질되고 점령지 주민에게는 최후의 수단만이 남게 된다.

정치철학자 롤스는 심각하게 부정의한 개별적인 정책에 대해서는 평화적인 시민불복종을 옹호하지만 전체적으로 부정의한 체제, 식민지배, 폭압적 독재에 대해서라면 인민은 폭력적 또는 혁명적 행동을 강구해야 한다고 보았다.[115] 1946년 가을 이후 전국적으로 발생한 민중항쟁이나 제주도에서 일어난 1947년의 소요들도 사실상 미군정 정책의 변화를 촉구하기 위한 평화적 행동으로서 시민불복종의 경계선을 넘지 않았다. 그러나 미군정이 대구의 10월항쟁에서 보듯이 탱크와 경찰력을 앞세워 민중을 탄압하고 고문과 살육을 시전하면서 분단을 물리력으로 추진하자 한국민도 시민불복종의 분수령을 넘어가게 되었다. 1948년의 4·3봉기는 바로 그러한 사례로서 최초의 폭력적 저항이었다.

2. 공산당과 좌익에 대한 탄압

태평양미육군사령부는 일본에서 1945년 10월 4일 '정치적 공민적 종교적 자유에 대한 제한의 제거에 관한 사령부 각서'로 치안유지법의 폐지를 명령하였다. 주한미군정도 군정법령 제11호(1945년 10월 19일)로 예비검속법, 치안유지법, 보호관찰령 등 정치악법과 정치사상에 따른 차별적인 억압법제를 폐지하였다. 이로써 공산당은 한국에서 처음으로 합법적인 정치활동을 전개할 수 있게 되었다. 1945년 이후에는 공공질서와 주한미군정의 안전을 침해하지 않는 한 정당금지는 상상하기 어려운 조치였다. 물론 유대인을 학살하고 침략전쟁을 자행한 나치당독재나 쿠르드족을 학살하고 침략전쟁을 자행한 이라크의 바트당 체제를 응징하기 위한 전쟁이라면 문제의 정당이나 방계조직을 해산하고 금지하는 조치는 정당화된다.[116] 그런데 미군정은 제2차세계대전 후 독일, 일본, 오스

글, 496, 506쪽.

113) '우호적인 정부'는 위성정부의 암호이다. 미소공동위원회에서 소련 대표 스티코프 장군은 "소련은 한국이 장래 소련에 대한 공격기지가 될 수 없도록 한국이 소련과 우호적이며 민주적이고 독립적인 국가가 되는 것에 지대한 관심을 갖고 있다"고 말했다. Fraenkel, 앞의 글, 499쪽.

114) 제1차세계대전 중에 독일은 벨기에를 점령한 후 언어문화권에 따라 두 지역으로 분할하였다. 이에 대해서는 Garner, James Wilford, *International Law and the World War*, Vol.2, Longmans, Green and Co., 1920, pp.78-79.

115) 롤스, 앞의 책, 478쪽 이하.

트리아, 남한 점령지 중 유독 남한에서만 공산당을 불법화하였다.

미군정은 '공산당금지법'과 같은 법령으로 공산당을 정면으로 금지하지는 않았다. 법령 제55호 '정당에 관한 규칙(1946년 2월 23일)'과 법령 제72호 '군정위반에 대한 범죄(1946년 5월 4일)'와 같은 우회로를 통해 공산당을 사실상 불법화하였다.[117] '정당에 관한 규칙'은 3인 이상의 조직이 정치활동을 하는 경우 정당의 활동, 당원수, 기부자명단, 주소 등을 등록·보고하도록 규정하였다. 중립적인 등록제를 추구하는 듯한 이 법령은 실제로 공산당과 좌익계열을 통제하는 장치였다.[118] 맥아더는 1945년 9월 7일 '태평양미육군사령부포고 제1호'와 함께 '태평양미육군사령부포고 제2호'를 발령하였다. 포고 제2호를 통해 주한미군정은 점령군의 보전을 도모하고 점령지역의 공중치안, 질서의 안전을 기한다는 명목으로 포괄적인 처벌권력을 확보하였다.[119] 포고 제2호를 상세화한 '군정위반에 대한 범죄'는 특히 미군정에 유해하다고 판단되는 행위를 모두 금지하였다.[120] 워낙에 포괄적이고 위압적인 성격 때문에 이 법령을 비판하는 여론이 비등하자 당시 대법원장은 시행한 지 두 달이 되기도 전에 법집행을 정지시켰다.[121] 그러나 포고 제2호가 건재하였기 때문에 사태는 전혀 달라지지 않았다. 미군정이 정판사위폐사건(1946년 5월)을 계기로 공산당 지도자들에게 대대적으로 체포령을 내리자 공산당은 1946년 9월 이후 남한에서 지하조직으로 변하였다.[122] 정판사사건에서 유죄의 증거를 둘러싼 시비

116) 독일점령에서 나치당의 처벌과 해체에 대해서는 연합국 통제위원회법률 제10호(1945년 12월 24일), 전쟁범죄자, 나치 군국주의자의 체포와 처벌 및 요시찰 독일인의 구금, 통제, 감독에 관한 통제위원회지시 제38호(1946년 10월 12일); 바트당의 청산과 관련해서는 Coalition Provisional Authority Order No.1. De-Ba'athification of Iraqi Society, CPA/ORD/16 May 2003/01.

117) 커밍스, 앞의 책, 318쪽 이하.

118) 1945년 10월 17일 맥아더에게 하달된 1급비밀문서 '한국 내 민사행정에 대한 초기기본지령'(SWNCC 176/8)에 따르면, 맥아더는 모든 정당, 정치조직 및 단체들을 통제 아래 두고 군사점령의 필요조건과 목적에 부합하는 활동을 하는 조직은 장려하고, 부합하지 않는 활동을 하는 조직은 해산해야 한다(9.c).

119) 항복문서의 조항 또는 태평양미국육군최고지휘관의 권한 하에 발한 미군정법률, 명령, 지시를 범한 자, 미국인과 기타 연합국인의 인명 또는 소유물 또는 보안을 해한 자, 공중치안, 질서를 교란한 자, 정당한 행정을 방해하는 자 또는 연합군에 대하여 고의로 적대행위를 하는 자는 점령군군율회의에서 유죄로 결정한 후, 동 회의의 결정으로 사형 또는 타 형벌에 처함.

120) 제15조 군정청이 인가한 이외의 방법으로 미국주둔군 관할지역 바깥의 사람과의 통신
제22조 주둔군에 의해 해산당하였거나 불법으로 선언받은 또는 주둔군의 이익에 반하는 단체운동을 지지, 협력하는 행동 및 지도행위, 또는 그 조직에의 참가, 이와 같은 행동을 원조하는 인쇄물, 서적의 발행, 유포 또는 위의 행동을 선전, 유포하는 물건의 소지 또는 위의 단체운동의 기, 제복, 휘장으로써 하는 선동행위

121) 이 법령은 '법령 제72호에 의한 공소'(검사에 대한 훈령 제6호, 1945년 6월 17일)로 적용이 사실상 중지되었으며, '필요 없는 법령의 폐지'(군정법령 제183호, 1948년 4월 8일)에 의해 폐지되었다.

122) 박찬표, 앞의 책, 68쪽 이하.

는 지금도 계속되고 있지만, 유죄의 증거가 있다 하더라도 관련자의 처벌을 넘어 공산당 자체를 불법화하는 조치는 점령권한의 남용이다. 1946년 11월 이후에는 좌익계 연합정당인 남조선노동당도 공산당의 전철을 밟았다.[123] 좋은 체제는 무장세력들조차 정치의 장으로 끌어모으지만 나쁜 체제는 정치적 반대파를 산(山)사람으로 만든다는 것은 동서고금의 진리이다.

미군정의 조치는 헤이그협약 제50조 및 제네바 제4협약 제33조가 정한 집단처벌금지를 위반하였다.[124] 집단처벌금지는 오늘날 관습국제인도법으로서 확고한 지위를 차지한다.[125] 집단처벌금지는 다양한 형태의 경찰보안조치, 행정적 처분, 여타 괴롭힘, 즉 연좌제까지도 금지한다. 미군정은 공산당 및 남로당을 사실상 금지하는 한편, 보수적인 지주들을 정치세력화하기 위하여 한국민주당의 창당을 후원하고 이들을 군정에 대거 등용함으로써 남한의 제정파들의 정치적 기회균등을 침해하였다. 또한 미군정은 정판사 사건을 계기로 공산당의 기관지인 '해방일보'를 1946년 5월 18일 폐간시켰다. 이에 공산당이 청년당원의 신문인 '청년해방일보'를 활용하려고 하자 미군정은 군정법령 제19호(1945년 10월 30일)로 도입된 신문등록제를 불과 7개월 만에 종이부족을 이유로 신문허가제(군정법령 제88호, 1946년 5월 29일)로 바꿈으로써 좌익언론을 옥죄었다. 좌익을 감옥에 가두고 선거를 시행하려는 상황에서 유엔한국임시위원단의 캐나다 대표 패터슨은 남한의 선거가 한국의 통일에 기여하지 않기 때문에 남한만의 단독선거는 유엔의 설립목적에 배치된다고 주장하였다.[126] 미국은 이와 같이 좌익을 지속적으로 배제하면서 한반도에서 이데올로기적인 평정과 말살을 주도하였다. 이러한 평정과정은 국민간의 분열과 이합집산에 기초한 내부평정이라기보다는 점령군이 주도한 외부평정이었다. 자

123) 1946년 9월 4일 조선인민당, 조선공산당, 남조선신민당 연석회의는 남조선노동당으로 합당할 것을 선언하였으나 합당문제로 소란하던 9월 7일 미군정당국은 공산당 간부에 대해 체포령을 발표하여 박헌영을 비롯된 최고간부들은 북한으로 탈주하거나 지하로 들어갔고 1948년 8월 25일 해주에서의 북한지역 총선거를 전후하여 전당적으로 대거 월북하였다. 1948년 4월 제주봉기, 10월 여순사건 이후 1949년 10월 19일 남로당 기타 과거 민주주의민족전선 산하 133개 정당, 사회단체의 등록이 취소되면서 모두 비합법집단이 되었다.

124) 1907년 헤이그협약 제50조; 1949년 제네바 제4협약 제33조 참조.

125) Henckaerts, Jean Marie & Doswald-Beck, Louise, Customary *International Humanitarian Law*, Vol. Ⅰ, Cambridge U. P., 2005, pp.372-375.

126) Gordenker, Leon, *the United Nations and the Peaceful Unification of Korea. The Politics of Field Operations 1947-1950*, Martinus Nijhoff, 1959, pp.81-82; 1946년 10월 좌익의 지도자 허헌은 다음과 같이 말했다. "수천의 좌파들이 감옥에 있는 동안 민주적인 선거를 할 수 있는가? 노동조합들이 정책적으로 금지되어 있고 경찰테러가 극성을 부리고 있을 때 선거를 할 수 있는가? 여운형의 인민당 당원 전체가 체포되어 있거나 은신해 있는 동안에 김규식과 여운형의 합작이 진지하게 고려될 수 있는가?" 게인, 앞의 책, 39쪽.

결권을 외적 자결권과 내적 자결권으로 구분하여 논의하는데, 인민이 자신의 정치적 지위를 결정하는 것을 외부세력이 방해할 때 외적 자결권이 침해된 것이고, 외부세력의 개입없이 정치체제를 자유로이 선택하는 상황에서 내부의 특정 그룹이 다른 그룹에 의해 배제되는 때 내적 자결권이 침해된 것이다. 주한미군정은 자결권을 이러한 양 측면에서 주도적으로 침해하였다. 정부수립 이후인 1948년 12월 1일 대한민국 국회는 공산당원이나 남로당원을 처벌하기 위해 국가보안법을 제정하고, 1951년 1월 9일에는 소급처벌조항까지 도입하였다. 한국정부는 점령군이 설정한 기본구조 아래서 여순사건을 기화로 좌익을 대대적으로 말살하였고 한국전쟁의 발발 이후에는 민간인에 대한 대규모 자의적 처형을 단행하였다. 좌익에 대한 금지, 소급적 처벌과 자의적 처형은 국제인도법을 위반하는 것으로서 전쟁범죄나 인도에 반하는 죄에 해당한다.

3. 경제사회질서와 자결권

앞의 두 가지 쟁점은 국제점령법과 정치적 자결권의 시각에서 중요한 항목이지만 대중들에게는 사회개혁과 관련된 사회경제적 자결권이 더욱 절박한 문제였다. 유엔헌장은 비자치지역과 신탁통치에 관한 장에서 시정을 담당한 국가에게 주민의 사회경제적 발전과 평등, 공정한 처우에 대한 책무와 주민의 이익을 중시할 책무를 부과한다. 이러한 불완전한 조항에서 점령국의 명확한 의무를 이끌어내는 작업은 불가능할지도 모른다. 그러나 식민지 해방 후 점령지 주민의 보편적 열망과 이익을 고려하여 합리적이고 공익적인 정책의 시행은 주한미군정의 필수적인 과업이었다.

당시 한국민의 사회경제적 관심은 토지분배, 적산처리, 미곡정책 및 친일파청산에 집중되었다. 대다수 한국민은 토지 전체에 대해 무상몰수-무상분배를 지지하였고, 지주계급이나 그 지지정당인 한민당은 일본인 토지에 대해서는 무상분배, 나머지 토지에 대해서는 유상몰수-유상분배를 주장하였다. 미군정은 토지개혁을 새로이 탄생할 한국정부에 넘기려고 하였으나 5·10총선거를 앞두고 민심의 이반을 막기 위하여 적산토지의 일부에 대해서 토지개혁을 마지못해 시행하였다. 더구나 미군정은 무상분배가 낯설다는 이유로 유상분배방식을 채택하였다. 개혁대상의 토지가 너무 작은데다가 신한공사가 책정한 대가가 너무 높아 토지를 되팔고 소작인이 되는 사례도 적지 않았다. '최고소작료 결정(군정법령 제9호)'은 소작료를 낮추기 위한 시도였지만 토지개혁을 외면하고 지주소작관계를 고착시키는 작용을 하였다. 미군정은 미곡거래에서도 자유와 통제를 병용하

여 식량정책의 주도권을 인민위원회로부터 완전히 빼앗고 자본주의적 거래질서를 정착시키고자 하였다.[127] 해방된 1945년에는 풍년이 들어 쌀 생산량이 증가하였고 일본을 위한 강제공출도 중단되어서 쌀값이 당연히 안정화되었어야 함에도 불구하고 시장에서는 도리어 품귀현상이 발생하고 쌀값은 폭등하였다. 미곡의 자유거래는 자산가들의 사재기를 유발하여 쌀시장을 투기장으로 만들어 놓았다. 미군정은 쌀을 수집하기 위해 일제의 강제공출제를 부활시켜 신한공사나 지주가 아닌, 가난한 소작인들에게 헐값으로 공출을 강행하였고 이에 반발하는 농민들을 탄압하였다. "쌀을 달라"는 외침은 도처에서 민중항쟁의 구호가 되었다. '재산이전금지'(법령 제2호 1945년 9월 25일)와 '조선에 있는 일본인재산권취득에 관한 건'(법령 제33호 1945년 12월 6일)은 적산의 거래를 무효화하고 적산을 미군정에 귀속시켰다. 자결권의 내용으로서 천연자원에 대한 권리(자유권규약 제1조)를 거론하는데, 적산은 한국민에게 해방의 전리품으로서 자결권이 말하는 천연자원에 해당한다. 그러나 이러한 적산토지나 적산기업은 공정하게 분배되거나 공기업이나 노동친화적인 기업으로 재구성되기보다는 자산가들의 재산증식수단으로 변질되었다. 미군정은 한민당계열의 지주와 사업가들에게 적산불하과정에서의 특혜를 베풀고 향후 경제질서의 주도권을 장악하도록 하였다. 이 과정에서 미군장교들과 군정관계자들의 상당수는 많은 부와 골동품을 챙겨 귀국하는 부패상을 보여주었다.

주한미군정이 보인 경제정책상 일련의 패착을 이유로 점령체제를 불법으로 규정하기는 어려울 것이다. 그러나 점령군이 점령지 주민의 열망과 다른 방향으로 경제질서를 수립하고자 한다면 이는 경제적 자결권을 침해한 것이다. 미국과 영국의 이라크 점령에서 연합군임시정부(CPA)가 시행한 정책들의 정당성을 둘러싸고 시비가 일었다. 학자들은 미국식 재산법, 기업법, 세법, 관세법, 규제개혁, 공기업 개혁 등을 기반으로 이라크에 자본주의 시장경제를 이식하려는 조치들이 국제점령법의 원칙과 양립하기 어렵다고 지적한다.[128] 점령지 주민의 정치적 선택지가 영미식 자유민주주의에 국한되지 않듯이 경제적 선택지도 영미식 자본주의로 한정되지 않는다는 것이다. 한반도에 자본주의 경제를 이식하려는 주한미군정의 방침 자체가 불법적인 것은 아닐지라도 원초적 상황에서 민중의 열망에 맞게 공정하고 균등한 재산질서를 형성하는 가운데 자본주의를 출범시켰는지는 점령정책의 정당성을 평가하는 데에 여전히 결정적인 요소이다.

가혹한 식민지배를 겪은 한국민은 식민지 지배체제를 지탱해온 친일군경과 식민지

127) 박성진, "한국의 국가형성과 미군정의 식량정책", 사회연구 통권 제4호, 사회연구사, 2002, 219-248쪽.
128) Fox, Gregory H., 앞의 글, 215-228쪽.

관료들이 공적 영역에서 다시 활약한다는 사실을 수긍할 수 없었다. 남조선과도입법의원도 이러한 요구를 외면할 수 없어 '민족반역자 부일협력자 전범 간상배에 대한 특별법률 조례안(1947년 7월 2일)'을 통과시켰으나 미군정은 그 시행을 거부하였다. '한국 내 민사행정에 대한 초기기본지령'(SWNCC 176/8)에도 친일파와 일제관리의 등용을 배제해야 한다는 점을 유의하고 있으나 주한미군정은 냉전질서의 강화과정에서 반공체제의 확립을 위해 공산당을 제압한 경험자인 친일경찰을 대거 채용하여 야만적 경찰국가를 구축하였다.[129] 1948년 헌법조차 친일파청산의 대의를 수용했던 점에 비추어볼 때[130] 주한미군정의 정책은 한국의 현실과 괴리된 것이었다. 새로운 국가를 수립해야 하는 원초적 상황이 외국군대에 의해 결정된다는 것은 불행한 일이었다. 더구나 전쟁 이외에는 적절한 수단을 갖지 못한 군대가 한국의 정치와 사회경제적 인프라구조를 결정한다는 것은 더 없는 불행이다. 결론적으로 제주4·3항쟁은 자결권을 침해하면서 단독정부를 수립하고 좌익을 배제하면서 정치경제질서를 편향적으로 구축하려는 미군정에 대한 저항이었다.

Ⅴ. 화해와 상생의 법

지금까지 제주4·3항쟁의 구조적 원인이었던 점령당국의 정책을 국제점령법과 자결권의 원칙에 비추어 검토하였다. 분단질서를 형성하고 조기에 철군한 점령국들을 상대로 국제적인 책임을 추궁할 방편이 현재로서 존재하지 않는다. 더구나 1948년 8월 15일 이후 정치적 갈등은 국내적인 문제이지만 원초적 상황에서 비롯되는 것이므로 이를 해결하기 위해서는 여전히 상상적 국제법이 필요하다. 책임을 미국이나 소련에서 찾지 않을 때, 우익이나 좌익에서 찾지 않을 때, 역사를 일종의 공업(共業)으로 인정할 때, 역사를 화해와 상생의 기회로 바꾸고자 할 때, 승리자와 패배자의 관계를 적이 아니라 경쟁자로 고려할 때 상상적 국제법이 작동한다.

상상적 국제법은 로물루스와 레무스를 공정하게 기억하고 애도하는 방식이다. 로물루스와 레무스는 로마의 건국 사화(史話)에 등장하는 두 주인공이다. 역사 속에서 로물루스

129) 게인, 앞의 책, 111쪽.

130) 제101조 이 헌법을 제정한 국회는 단기 4278년 8월 15일 이전의 악질적인 반민족행위를 처벌하는 특별법을 제정할 수 있다.

는 승리자이고, 레무스는 패배자이다. 로물루스파는 제주4・3사건에서의 대량학살을 국가탄생을 위해 치러야할 '신화적 폭력'으로 상정하지만, 레무스파는 자결권을 부정하는 군정체제에 대한 봉기를 '신적인 폭력'으로 호소한다.[131] 프랑스 혁명기에 권력교체의 과정을 목격한 칸트는 '정의로운 적'이라는 표현을 사용했다.[132] 이러한 개념에 따르면 혁명과 내전과 같은 법적인 자연상태에서 항쟁하는 세력들은 그 자체로 보자면 정의로운 존재이다. 달리 말하면, 법 없는 자연상태에서 항쟁하는 적들은 서로 논리적으로 정의롭고, 그들 사이에는 생사를 건 전쟁정치만이 작동한다. 인류의 역사에서 패배한 적에게 논리적인 등가치를 인정하는 체제는 없다. 로물루스와 레무스를 함께 포용할 규범은 정오의 시점이 아니라 황혼의 시점에서만 생성된다.

상이한 세력들 사이에서 평화로운 정치질서가 정착하려면 적대정치 대신에 아곤주의 정치[133]가 필요하다. 적대정치가 경쟁자를 적으로 만들어 산으로 올려 보낸다면, 아곤주의 정치는 적을 경쟁자로 순치하며 도시로 내려오게 한다. 아곤주의 정치는 자신뿐만 아니라 상쟁하는 세력조차 정치의 구성부분이라고 상정한다. 해방정국에서 좌우합작을 추구한 김규식과 여운형은 이념형적으로 아곤주의적 정치를 대표한다. 여운형은 '외부로부터 오는 적은 총과 칼로 막지만 안에 있는 적은 혀와 붓으로 싸운다'는 입장을 견지하였다.[134] 정치적 경쟁에 참여하는 자는 반대파를 절멸할 권리를 보유하지 않으며 자신을 하나의 역할 수행자로 절제한다. 아곤주의는 외적 행위에서도 폭력을 배제하고 내면의 영역에서도 이질성을 정치의 조건으로 수용한다. 아곤주의자들에게는 어떠한 질서도 미래를 향하여 잠정적 타협이다. 두 개의 분단국가들도 통일이라는 정치적 미래를 고려하는 한에서 서로에게 정치적 잠정태다.

한국정부는 미점령군과 마찬가지로 4・3봉기자들을 하산시키기보다는 제주도를 빨갱이섬으로 낙인찍고 초토작전으로 나아갔다. 승리자는 자신의 이념을 절대적 진리로 자부하지만 역사의 법정은 갈등하는 세력들 모두에게 제한된 정당성만 부여한다. 지연된 정의로서 상상적 법은 로물루스의 법과 레무스의 법을 초월한다. 근현대사의 기점에서 일어난 동비(東匪)들의 반란을 동학혁명으로 법제화한 것도 근자의 일이다. 그런데 헌법재판소는 제주4・3특별법이 제정되자 2001년 '자유민주적 기본질서'와 '대한민국의 정체성'을 내세워 봉기주도자들의 희생자 지위를 서둘러 배제하였다.[135] 자유민주적

131) 벤야민, 발터, 최성만 옮김, "폭력비판을 위하여", 벤야민 선집 5, 도서출판 길, 2008, 79-117쪽.

132) 칸트, 임마누엘, 백종현 옮김, 윤리형이상학, 아카넷, 2012, 317쪽.

133) 현대 아곤주의 정치사상에 대해서는 Wenman, Mark, *Agonistic Democracy*, Cambridge U. P., 2013 참조.

134) 여운형, 앞의 책, 385쪽.

기본질서와 대한민국의 정체성은 1948년 4월 3일의 봉기자들에게는 낯선 정치이데올로기였다. 헌법재판소는 한국전쟁을 거쳐 전투적으로 관철된 사후적 법관념을 소급적용함으로써 시대착오를 범하였다. 헌법재판소가 봉기주도자들과 무고한 희생자들을 구분하였기 때문에 봉기주도자들의 이름은 4・3평화공원의 위패봉안소에서 철거되었다. 화해와 상생의 차원에서 보자면 제주4・3사건으로 인해 희생된 사람들은 좌우를 떠나 모두 4・3사건의 희생자로 애도받아야 한다. 그럴 때에만 역사를 지나간 대로 역사화하면서 평화와 화해를 이루게 된다.

봉기자들의 목소리는 이제 분단체제 아래서 미완의 과업으로서 통일을 향한다. 제2차 세계대전의 종결과 더불어 독일의 분단은 국제 평화를 위한 예방적 조치로서 정당성을 확보할 수도 있었지만 한국의 분단은 일본제국의 분단에 대한 대용품에 불과하였고 여전히 일본의 오리엔트로, 새로운 패권질서의 최전방으로 기능하였다. 유엔헌장에 비추어볼 때 점령국들은 한반도에서 통일국가의 수립을 위해 협력해야 함에도 불구하고 각자의 점령지를 패권 블럭에 포함하는 데에 진력하였다. 분단이 본질적으로 자결권의 침해라면, 통일은 자결권의 구현에 가깝다.[136] 한반도의 분단을 지정학적 운명으로 체념하거나 그 극복을 열강들의 정치적 협상에 맡길 수도 없다. 역사적으로 훼손되고 지연된 자결권은 이제 평화적 통일권으로 등장한다. 통일권은 한반도의 식민화와 분단, 한국전쟁에 관여한 열강들에게 민주적 단일국가를 수립할 한민족의 권리를 존중하고 그 실현에 협력할 신성한 책무를 부과한다. 외적 자결권의 성취로서 통일이 오기 전 남한사회에서 만이라도 상상적 국제법을 작동시켜 내적인 자결권, 즉 배제 없는 화해상태를 실현해야 할 것이다.

---

135) 제주4・3사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법의결행위취소등 (2001. 9. 27. 2000헌마238・302(병합) 전원재판부)

136) Thürer, Daniel & Burri, Thomas, “Self-Determination”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International law*, Oxford U. P., 2012, para. 40.

참고문헌

1. 단행본

강경선, 헌법전문주해, 에피스테메, 2017.

김병화, 한국사법사(현세편), 일조각, 1978.

게인, 마크, 편집부 옮김, 해방과 미군정 1946.10-11, 까치, 1986.

롤스, 존, 황경식 옮김, 정의론, 이학사, 2003.

미드, 그란트, 안종철 옮김, 주한미군정연구, 공동체, 1993.

梶村秀樹 외, 김동춘 엮음, 한국현대사연구Ⅰ, 이성과현실사, 1988.

박찬표, 한국의 국가형성과 민주주의, 후마니타스, 2007.

벤야민, 발터, 최성만 옮김, 벤야민 선집 5, 도서출판 길, 2008.

송광성, 미군점령4년사, 한울, 1993.

안진, 미군정과 한국의 민주주의, 한울, 2005.

양정심, 제주4·3항쟁-저항과 아픔의 역사, 선인, 2008.

양조훈, 4·3 그 진실을 찾아서, 선인, 2015.

여운형, 조선독립의 당위성(외), 범우, 2004.

칸트. 임마누엘, 백종현 옮김, 윤리형이상학, 아카넷, 2012.

풀러, 론, 박은정 옮김, 법의 도덕성, 서울대학교 출판문화원, 2015.

허호준, 4·3, 미국에 묻다, 선인, 2021.

Benvenisti, Eyal, *The International Law of Occupation*, Oxford U. P., 2012.

Bordwell, Percy, *The Law of War between Belligerents: A History and Commentary*, Callaghan, 1908.

Cassese, Antonio, *Self-determination of peoples*, Cambridge U. P, 1995.

Cristescu, Aureliu, *The Right to Self-Determination: Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments*, Untied Nations, New York, 1981.

Crawford, James(ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford U. P., 1988.

Dinstein, Yoram, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge U. P., 2009.

Friedrich, Carl J.(ed), *American Experiences in Military Government in World War Ⅱ*, Reinhardy & Company, 1948.

Garner, James *Wilford, International Law and the World War Vol.2*, Longmans, Green and Co., 1920.

Gordenker, Leon, *the United Nations and the Peaceful Unification of Korea. The Politics of Field Operations 1947-1950*, Martinus Nijhoff, 1959.

Gross, Aeyal, *The Writing on the Wall: Rethinking the International Law of Occupation*, Cambridge U. P., 2017.

Henckaerts, Jean Marie & Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Vol. I*, Cambridge U. P., 2005.

_____, *Customary International Humanitarian Law, Vol. II*, Cambridge U. P., 2005.

The Judge Advocate General's School, *Law of Belligerent Occupation*, Ann Arbor, 1944.

Longobardo, Marco, *The Use of Armed Force in Occupied Territory*, Cambridge U. P., 2018.

Matte-Blanco, Ignacio, *The Unconsciousness as infinite Sets: An Essay in Bi-logic*, Kamack, 1975.

Nabulsi, Karma, *Traditions of War: Occupation, Resistance, and the Law*, Oxford U. P., 1999.

Oppenheim, L., *International Law: An Treatise, Vol. II*, The Lawbook Exchange, 2005.

Rousseau, Jean-Jacques, Victor Gourevitch(ed.), *The Social Contract and other later political writings*, Cambridge U. P., 1997.

Schöbener, Burkhard, *Die amerikanische Besatzungspolitik und das Völkerrecht*, Frankfurt/M, 1991.

Wenman, Mark, *Agonistic Democracy*, Cambridge U. P., 2013.

Winthrop, William, *Military Law and Precedents*, Government Printing Office, 1920.

Woolf, Cecil N. Sidney, *Bartolus of Sassoferrato: His Position in the History of Medieval Political Thought*, Cambridge U.P., 2012.

2. 학술지

김득중, "제2차세계대전후 미국의 군사점령논리와 냉전 - 에른스트 프랭켈의 국제법적 분석을 중심으로 -", 동북아시아역사논총 제51호, 동북아시아 역사재단, 2016, 93-123쪽.

박성진, "한국의 국가형성과 미군정의 식량정책", 사회연구 통권 제4호, 사회연구사, 2002, 219-248쪽.

송기춘, “미군정하 군정재판에 관한 소고”, 공법학연구 제12권 제5호, 한국공법학회, 2006, 275-300쪽.

안준형, “해방직후 주한미군정의 국제법적 성격 - 주류적 견해에 대한 비판적 접근”, 서울국제법연구 25(2), 서울국제법연구회, 2018, 51-88쪽.

_____, “‘변형적 점령’과 국제점령법의 적용”, 국제법평론 제51호, 국제법평론회, 2018, 95-128쪽.

오승진, “국제법상 제노사이드금지하 국가의 책임 - 제주4・3사건에 대한 미국의 책임을 중심으로”, 국제법학회논총 61(4), 대한국제법학회, 2016, 121-141쪽.

오윤석, “제주4・3사건에 관한 국제법적 고찰”, 법학연구 제15집 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2004, 299-331쪽.

이경주, “‘제주 4・3 특별법 의결취소’에 관한 헌재결정에 대한 비판적 고찰”, 민주법학 제22호, 민주주의법학연구회, 2002, 295-309쪽.

이기범, “‘국제점령법’ 체계에서 1907년 헤이그 육전규칙 제43조의 실효성”, 국제법평론 제40호, 국제법평론회, 2014, 97-123쪽.

이재승, “법효력의 계속과 차단”, 법철학연구 제6권 제1호, 한국법철학회, 2003, 27-50쪽.

_____, “식민주의와 과거극복의 정치”, 법과사회 제49호, 법과사회이론학회, 2015, 1-31쪽.

_____, “대칭성 법학”, 민주법학 제61호, 민주주의법학연구회, 2016, 11-48쪽.

_____, “법조인소송”, 일감법학 제44호, 건국대학교 법학연구소, 2019, 139-174쪽.

이춘선, “해방직후 미군정에 대한 국제법적 검토 - 한국의 국가성과 제주4・3사건을 중심으로”. 국제법학회논총 62(2), 대한국제법학회, 2017, 177-199쪽.

조동걸, “임시정부 수립을 위한 1917년의 「대동단결선언」”, 한국학논총 제9권, 국민대학교 한국학연구소, 1987, 123-48쪽.

조시현, “노근리 학살사건과 국제인도법”, 성신법학 제1호, 성신여자대학교 법학연구소, 2001, 65-106쪽.

Baxter, Richard, “The Duty of Obedience to the Belligerent Occupant”, *British Yearbook of International Law, Vol. 27*(1950), pp.235-266.

Ben-Naftali, Orna & Gross, Aeyal & Michaeli, Keren, “Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory”, *Berkeley Journal of International Law, Vol. 23*(2005), pp.551-614.

Benvenisti, Eyal, “The Security Council and the Law of Occupation: Resolution 1483 on

Iraq in Historical Perspective", *IDF Law Review, Vol.1*(2003), pp.19-38.

Benvenisti, Eyal & Keinan, Guy, "The Occupation of Iraq: A Reassessment", *International Law Studies, Vol. 86*(2010), pp.263-286.

Berman, Nathaniel, "Sovereignty in Abeyance: Self-determination and International Order", *Wisconsin International Law Journal, Vol. 7*(1988-1989), pp.52-106.

Bowring, Bill, "Positivism versus Self-determination: the contradiction of Soviet international law", *Marks, Susan(ed.), International Law on the Left*, Cambridge U. P., 2008, pp.133-168.

Campanelli, Danio, "The law of occupation put to the test of human rights law", *International Review of the Red Cross, Vol. 90. No. 871*, 2008, pp.653-668.

Cohen, Jean L., "The Role of International Law on Post-Conflict Constitution-Making: Toward a Jus Post Bellum for interim Occupation," *New York Law School Law Review, Vol. 51*(2006/07), pp.498-532.

Clarke, Ben, "The Juridical Status of Civilian Resistance to Foreign Occupation under the Law of Nations and Contemporary International Law", *University of Notre Dame Australia Law Review, Vol. 7*(2005), pp.1-22.

Dowdeswell, Tracy Leigh, "The Brussels Peace Conference of 1874 and the Modern Laws of Belligerent Qualification", *Osgoode Hall Law Journal, Vol. 54*(2017), pp.805-850.

Fox, Gregory, "The Occupation of Iraq", 36 *Georgetown Journal of International Law 195*, 2005, pp.195-297.

Fraenkel, Ernst, "Korea-ein Wendepunkt im Völkerrecht?(1951)", *Ernst Fraenkel Gesammelte Schriften Band 3: Neuaufbau der Demokratie in Deutschland und Korea*, Nomos, 1999, S. 491-540.

Hannum, Hurst, "Rethinking Self-Determination", *Virginia Journal of International Law, Vol. 34*(1993), pp.1-69.

Joenniemi, Pertti & Roberts, Adam, "Civil Resistance and the Military Occupation", *Instant Research on Peace and Violence, Vol. 4*(1974), pp.38-46.

Mallison, W. T. & Jabri, R. A., "Juridical Characteristics of Belligerent Occupation and the Resort to Resistance by the Civilian Population: Doctrinal Development and Continuity", *George Washington Law Review, Vol. 42*(1974), pp.185-221.

McCordale, Robert, “Self-determination: A Human Rights Approach”, *International and Comparative Law Quarterly, Vol. 43*(1994), pp.857-885.

Kelsen, Hans, “The International Legal Status of Germany to be Established Immediately upon Termination of the War”, *The American Journal of International Law, Vol. 38*(1944), pp.518-526.

Laun, Kurt v., “The Legal Status of Germany”, *The American Journal of International Law, Vol. 45*(1951), pp.267-285.

Mutua, Makau, “What is TWAIL?”, *Proceedings of the ASIL Annual Meeting, Vol. 94*(2000), pp.31-38.

Oppenheim, L., “On War Treason”, *Law Quarterly Review, Vol. 33*(1917), pp.266-286.

Roberts, Adam, “Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights,” *The American Journal of International Law, Vol. 100*(2006), pp.580-622.

_____, “Resistance to Military Occupation: An Enduring Problem in International Law”, *American Journal of International Law, Vol.111*(2017), AJIL Unbound, pp.45-50.

Saul, Matthew, “The Impact of the legal Right to Self-determination on the Law of Occupation as a Framework for Post-conflict State Reconstruction”, N. Quenivet and S. Shah(eds.) *INTERNATIONAL LAW AND ARMED CONFLICT*, T.M.C Asser Press, 2010, pp.398-416.

Schweisfurth, Theodor, “GERMANY, OCCUPATION AFTER WORLD WAR II”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. II*(1995), pp.582-590.

Tierney, Brian, “Tuck on Rights: Some Medieval Problems”, *History of Political Thought, Vol. 4*(1983), pp.429-441.

Thürer, Daniel & Burri, Thomas, “Self-Determination”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International law Vol. IX*, Oxford U. P., 2012, pp.113-128.

Zemach, Ariel, “Can Occupation Resulting from a War of Self-Defense Become Illegal?”, *Minnesota Journal of International Law, Vol. 24*(2015), pp.313-350.

3. 기타자료

박명림, “제주도 4·3민중항쟁에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 1988.

제주4・3사건진상규명및피해자명예회복위원회, 제주4・3사건진상조사보고서, 2003.

김종배, “4・3도화선이 된 3・1절 발포사건”, 제주의 소리(2003년 12월 1일), <http://www.jejusori.net/news/articleView.html?idxno=386>, 검색일: 2021.7.30.

대일항쟁기강제동원피해조사및국외강제동원희생자등지원위원회, 조선인 BC급 전범에 대한 진상조사 - 포로감시원 동원과 전범처벌 실태를 중심으로 -, 진상조사보고서 2010.12.23. 의결.

서중석, “해방정국 좌우합작 지지 많았다”, 한겨레신문, 2003.11.28., <https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=103&oid=028&aid=0000034590>, 검색일: 2021.7.30.

양정심, “1947년 3월 1일, “통일독립전취” 목소리가 울려 퍼졌다”, 오마이뉴스, 2018.3.13., <http://<www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002413359>, 검색일: 2021.7.30.

윤진수, “헌법재판소가 군정법령의 위헌 여부를 심사할 수 있는가?”, <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Info?serial=167881>, 검색일: 2021.7.30.

정인보, “광복 선열의 영령 앞에 삼천만 다함께 머리 숙이자”, 동아일보, 1946.3.1., <http://egloos.zum.com/jayouropen/v/4687614>, 검색일: 2021.7.30.

조선공산당, “민주주의 조선의 건설 - 3.1운동 27주년 기념문”, 1946.3.1., <http://egloos.zum.com/jayouropen/v/4687614>, 검색일: 2021.7.30.

Bennis, Phyllis, “Iraq’s Elections”, Institute for Policy Studies, 20 December 2004, <https://www.tni.org/en/article/iraqs-elections>, 검색일: 2021.7.30.

ICRC, Occupation and international humanitarian law: questions and answers, 2 August 2014, <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/misc/634kfc.htm>, 검색일: 2021.7.30.

IMT “Judgement: The Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity”, <http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawre.asp>, 검색일: 2021.7.30.

Mishra, Poorna, “The right to resist in occupied Palestine: denial and suppression”, 16 March 2015, <https://www.opendemocracy.net/en/north-africa-west-asia/right-to-resist-in-occupied-palestine-denial-and-suppression/>, 검색일: 2021.7.30.

Nasri, Reza, “The West’s Illegal “transformative Occupations””, The National Interest, 2 April 2014, <https://nationalinterest.org/commentary/the-wests-illegal-transformative-occupations-10172>, 검색일: 2021.7.30.

President Woodrow Wilson's fourteen points, 1 January 1918, <http://avalon.law.yale.edu/20th_century/wilson14.asp>, 검색일: 2021.7.30.

President Wilson's Address to Congress, Analyzing German and Austrian Peace Utterances, 11 February 1918, <http://www.gwpda.org/1918/wilpeace.html>, 검색일: 2021.7.30.

Ticehurst, Rupert, "The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict", International Review of the Red Cross, No. 317, 30 April 1997, <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jnhy.htm>, 검색일: 2021.7.30.

[Abstract]

The Jeju 4·3 Resistance Thesis and the Right of Self-determination

Lee, Jaeseung*

The aim of the article is to strengthen the 4·3 Resistance Thesis by establishing that the statutes and policies of the U.S. Armed Forces in Korea are not compatible with the International Occupation Law and the right of self-determination. This article starts with the idea that the principle of symmetry should dominate the relationship between the occupying forces and the population of the occupied territory as long as occupation is a legal phenomenon. In the Cairo Declaration(1943), the Allies pledged to separate Japan from Korea and to make Korea independent in due course. The Allied occupation of Korea was classified as a transformative occupation, distinguished from a belligerent occupation strictly controlled by the conservationist principle. On the one hand, the occupants should have the power to change widely the political and economic infrastructure of the occupied territories according to the internationally agreed-upon objective of occupation under the transformative occupation. On the other hand, the occupying forces should be given a sacred trust to support the population of the occupied territory to build freely the political institutions in the post-colonial military occupation. However, the United States and the Soviet Union violated the sacred trust by pacifying their political enemies and establishing the friendly governments in their respective occupied territories. It is unclear if legal remedies could be permitted to the population of the occupied territory in the international law in case that the occupying forces would betray this sacred trust and enforce a political order arbitrarily. Even if there would have been a legal mechanism to review the measures taken by occupying forces that infringed on the right to self-determination, such mechanism did not actually work for the problems of Korea. Moreover, the United Nations expected to operate as a mechanism of control skipped

* Professor, School of Law, Konkuk University

international-legal problems related to occupation policies by accepting the result of the Cold War real politics as a fait accompli. Futhermore, in 2001, the Constitutional Court evaded this international-legal issues around the time of enforcement of the Jeju 4・3 Special Act by retrospectively introducing standards such as ‘the free democratic basic order’ and ‘the identity of the Republic of Korea’ that had not been established before the outbreak of the 4・3 resistance. Nevertheless, the effort to confirm that there were appropriate grounds for the 4・3 resistance would also contribute to overcoming the legal ramifications surrounding the 4・3 resistance. This is because such normative disruptions could only be adequately bridged from the perspective of the transitional justice.

[Key Words] Illegal Occupation, International Occupation Law, Jeju 4・3 Incident, Jeju 4・3 Resistance, the Right of Self-determination, the Right to Resist