

〈논문〉

한반도 종전선언과 평화체제 수립의 국제법적 함의*

李根寬**

1. 서론

근래 한반도 종전선언과 평화체제 수립에 관해 다양한 논의가 전개되고 있다. 이러한 논의는 2006년 11월 부시 대통령의 한반도 종전선언 제안과 2007년 10월 4일 ‘남북관계 발전과 평화번영을 위한 선언’의 채택을 계기로 큰 탄력을 받고 있다. 10월 4일 선언 제4항은 “남과 북은 현 정전체제를 종식시키고 항구적인 평화체제를 구축해 나가야 한다는 데 인식을 같이 하고 직접 관련된 3자 또는 4자 정상들이 한반도지역에서 만나 종전을 선언하는 문제를 추진하기 위해 협력해 나가기로 하였다”고 규정하고 있다. 언론보도에 따르면, 2006년 11월 베트남 하노이에서 개최된 한·미 양국 수뇌회담(APEC정상회담의 틀 내에서 열림)에서 부시 대통령은 북한이 핵개발을 포기할 경우 미국이 제공할 수 있는 것의 하나로서 “한국전쟁의 종료선언”(a declaration of the end of the Korean War)을 언급하였다.¹⁾

이 문제가 갖는 시의성은 다음의 사실에서도 알 수 있다. 6자회담의 틀 내에서 채택된 2005년 9·19공동성명 제4항은 동북아시아에서의 지속적 평화와 안정을 위한 공동 노력, 별도의 적절한 포럼에서 한반도상의 영구적 평화체제 수립에 관한 직접 관련 당사자 간의 협상 등을 언급하고 있다.²⁾ 2007년의 2·13합의는 “동북아

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2008학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

** 서울대학교 법과대학 부교수.

1) 『한국일보』(2006. 11. 30); New York Times (2006. 11. 19).

2) 영어원문은 다음과 같다. “The Six Parties committed to joint efforts for lasting peace and stability in Northeast Asia. The directly related parties will negotiate a permanent peace regime on the Korean Peninsula at an appropriate separate forum. The Six Parties agreed to explore ways and means for promoting security cooperation in Northeast Asia.”

시아 평화와 안전 메커니즘”(Northeast Asia Peace and Security Mechanism)에 관한 실무그룹(Working Group)의 설치를 규정하였다.

종전선언의 채택 시기, 형식, 내용을 둘러싸고 관련국 간에 미묘한 긴장이 전개되었다. 지구상 최후의 냉전지역으로 일컬어지는 한반도의 전쟁상태를 종료시킬 이 선언이 중대한 정치적·외교적·군사적 의미를 갖는 것은 확실하다. 다만 이 문제를 논의하면서 기억해야 할 점은 “전쟁의 종료”, “평화조약의 체결” 등이 국제법상의 중요한 개념범주라는 사실이다. 국제관계에 있어 법이 차지하는 역할에 대해서는 다양한 논의가 가능하지만, 독일 통일 과정에서 보듯이 경우에 따라서는 법, 특히 국제법이 상당한 역할을 행하기도 한다.³⁾ 한반도상의 종전 및 평화체제의 수립이라는 문제를 검토함에 있어서도 이 문제가 내포하고 있는 국제법적 함의에 대한 정치한 분석이 병행되어야 할 것이다.

“한국전쟁의 종료선언”, “한반도상의 평화체제 수립”이라는 주제에 내재되어 있는 국제법적 차원을 구체화하여 질문의 형태로 제시하면 다음과 같다. 첫째, “종전선언”과 “평화조약”(또는 “평화체제”) 간의 관계는 무엇인가? 종전선언을 채택하겠다는 것은 아직까지 한반도상에 또는 관련 당사자 간에 전쟁상태가 지속되고 있음을 의미하는가? 아래에서 좀더 자세히 살펴보겠지만, 한반도는 1953년 7월 27일 정전협정의 서명·발효와 함께 또는 그 이후의 일정시점에 전쟁상태를 벗어났다고 보는 견해도 있는데, 이럴 경우 종전선언은 국제법적으로 이미 전쟁이 종료되었음을 단지 확인하고 선언하는 의미를 갖는 데 그치는 것일까? 둘째, 평시관계의 회복 또는 평화체제의 수립에 있어 평화조약 또는 평화협정의 체결은 필수적인 것인가? 아니면 평화조약 또는 협정의 체결 없이도 평화체제의 수립은 가능한 것인가? 외국의 예, 특히 1990년 독일통일 과정에서 이 문제는 어떠한 방식으로 처리되었으며 우리에게 어떠한 시사점을 던져 주는가?

정전체제의 평화체제로의 전환이라는 과제는 상당히 광범위한 것으로 그 안에는 1953년 정전협정의 평화협정으로의 대체, 이러한 변화가 기존의 한·미 동맹에 대하여 미칠 영향, UN군 사령부 해체 문제, 장래에 있어 주한미군의 역할 등이 포함되어 있다.⁴⁾ 그 동안 이 문제와 관련해서는 특히 새로이 체결될 평화협

3) 라이스 현 미국 국무장관은 젤리코와 함께 저술한 책에서 독일통일과정에서는 국제법 규범과 국제조약이 중요한 역할을 수행하였다고 적고 있다. Philip Zelikow & Condoleezza Rice, *Germany Unified and Europe Transformed: A Study in Statecraft* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995), p. 111 (“[I]nternational norms and agreements strongly influenced the vocabulary and shape of the emerging debate over Germany’s unification.”).

정의 당사자 문제에 대하여 많은 논의가 행해져 왔다.⁵⁾ 한반도 평화체제의 수립이라는 주제의 방대성을 감안하여 이 글에서는 현재 한반도의 국제법적 상태, 한반도 정전체제 해소의 특수성, 평화체제 수립에 있어서 평화조약의 필수성 여부에 초점을 맞춰 논의를 전개할 것이다. 이 글의 목적은 기존의 논의가 암묵적 전제로 삼고 있는 여러 명제들의 국제법적 타당성을 검토함으로써 한반도 평화체제에 대한 논의를 새로운 각도에서 재조명하는 것이다.

2. 현재 한반도의 국제법적 상태: 전쟁상태의 연장?

(1) 문제의 배경

중전선언의 채택에 관한 다양한 논의는 아직까지 한반도상에 전쟁상태가 지속되고 있다는 사실을 전제로 하고 있는 것으로 보인다. 한반도 문제를 다루는 외국의 논문이나 신문기사가 “법기술적으로는 아직도 전쟁상태인(technically still at war)”라는 표현을 흔히 쓰고 있는 것을 볼 때 이러한 전제가 이상하지 않을 수도 있다. 이는 단지 외국 학자나 외국 언론만이 쓰는 표현이 아니고, 우리나라에서도 한반도의 국제법적 상태와 관련하여 “준전시상태”, “전쟁상태의 연장”이라

4) 이들 문제에 대한 상세한 논의로는 김명기, **주한국제연합군과 국제법** (서울: 국제문제연구소, 1990); Choung Il Chee, “Legal Problems Involving the Dissolution of the UN Command in Korea and the Korean Armistice”, *Ibid.*, *Korea and International Law* (Seoul: Seoul Press, 1993), pp. 103-127; 김일영·조성렬, **주한미군: 역사, 쟁점, 전망** (서울: 한울아카데미, 2003); 김선표, “한반도 평화체제 구축과 유엔사 문제에 대한 소고”, **서울국제법연구** 제12권 2호(2005), pp. 96-102; 조성렬, **한반도 평화체제: 한반도 비핵화와 북한체제의 전망** (서울: 푸른나무, 2007); 신법철, “탈냉전기 평화협정 관행을 통해 본 한반도 평화협정의 시사점”, **서울국제법연구** 제14권 2호(2007), pp. 219-222 참조.

5) 한 연구자는 다음과 같이 다양한 방식을 제시하고 있다.

- (a) 남북한의 2자
- (b) 북한과 미국의 2자
- (c) 남북한과 미국의 3자
- (d) 남북한 및 미·중의 4자
- (e) 남북한과 미·일·중·러의 6자
- (f) 남북한과 중국, 러시아 및 참전 16개국의 20자

제성호, “남북평화협정의 체결방향과 법적 문제”, 심지연·김일영(편), **한미동맹 50년: 법적 쟁점과 미래의 전망**(서울: 백산서당, 2004), pp. 250-256.

는 표현에 곧잘 접하곤 한다.⁶⁾ 북한 역시 북·미 관계와 관련하여 같은 표현을 쓰곤 한다.⁷⁾

이러한 표현들은 현재 한반도 상에 성립하고 있는 정전상태는 그야말로 전투행위의 일시적인 정지에 불과한 것으로 전투행위는 재개될 수 있다는 전통적 사고에 바탕하고 있다. 과연 이러한 이해는 타당한 것인가? 한반도상의 종전 및 평화체제 수립과 관련하여 중대한 의의를 갖는 이 문제를 국제법적 측면에서 살펴보고 그 실천적 함의를 도출해 보도록 한다.

이 문제는 결국 1953년 정전협정의 성격 및 효력을 어떻게 파악할 것인가, 좀더 구체적으로는 이 협정의 당사자들이 1953년 협정을 체결할 당시의 (또한 협정 체결 후의 당사자의 실행을 통해 드러난) 의도(intention)를 어떻게 파악할 것인가의 문제로 귀착된다.⁸⁾

(2) “고전적인” 정전 개념의 분석

“휴전”, “정전” 등을 지칭하는 용어로서 “cease-fire”, “truce”, “armistice” 등의 다양한 용어가 사용되고 있다. 이들 용어에 대한 역어는 아직 확립되어 있지 않

- 6) 예를 들어, 남북한 관계에 대하여 체계적인 연구를 수행한 국제법학자에 따르면 남북은 아직 “법적으로 전시의 연장” 상태에 있다고 한다. 제성호, **한반도 평화체제의 모색 -법규범적 접근을 중심으로-**(서울: 지평서원, 2000), p. 52. 휴전협정과 정전협정 간의 구분을 행한 후 1953년 협정은 “평화협정도 아니고 최소한의 평화를 위한 포괄적 정치적 합의로서 휴전협정도 아닌 단순한 군사적 측면에서의 정전을 목적으로 하는 협정”으로 보는 견해도 있다. 최철영, “남북간 군사적 합의와 한국정전협정의 효력”, **성균관법학** 제16권 제2호(2004), p. 485.
- 7) 예를 들어, 2006년 3월 14일자 로이터 통신보도에 따르면, 북한인민군 대변인은 다음과 같이 주장하고 있다. 북한과 미국이 아직 법기술적으로 전쟁상태에 있는 만큼(still technically at war) 미국의 선제공격을 선제적으로 제압할 수 있다. 또한 2007년 9월 22일자 노동신문도 북한과 미국이 수십 년간 “기술적으로 전쟁상태에 있음”(technically at war)을 지적하고 있다. Ri Hyon Do, “Ensuring Peace: Invariable Principle of Foreign Policy”, *Rodong Shinmun*, September 22, 2007. <http://www.minjok.com/english/news.php?code=3292>.
- 8) 이 협정의 내용에 대한 상세한 비교법적 분석에 관해서는 다음의 문헌을 참조하십시오. André Gervais, “Les Armistices Palestiniens, Coréen et Indochinois et Leurs Enseignements”, *Annuaire Français de Droit International* vol. 2(1956), pp. 97-121. 정전협정의 체결과정에 대한 상세한 분석에 대해서는 다음의 문헌을 참조하십시오. Sydney D. Bailey, *The Korean Armistice* (New York: St. Martin’s Press, 1992); Chuck Downs, *Over the Line: North Korea’s Negotiating Strategy* (Washington DC: the AEI Press, 1999).

은데 본고에서는 잠정적으로 각각 “정화(停火)”, “휴전”, “정전”으로 부르기로 한다. 이들 용어 간의 개념적 경계가 분명치 않음이 자주 지적되었으며,⁹⁾ 특히 “휴전”(truce)과 “정전”(armistice)의 두 용어는 거의 같은 의미로 사용되곤 하였다.¹⁰⁾ 국제연합의 틀 내에서 이들 용어가 어떻게 사용되었는지를 추적한 연구에 의하면, “정화”는 “제3자의 개입을 통하여 이루어지는, 정규군 및 비정규군에 의한 적대행위의 정지”(a suspension of acts of violence by military and paramilitary forces, resulting from the intervention of a third party)를 의미하는데 비해, “휴전”은 양 적대 당사자의 병력 감축, 비무장지대로부터의 철군, 포로 교환 등을 포함하는 포괄적인 개념이었다.¹¹⁾ 유사한 개념인 “휴전”과 “정전”은 전자가 UN 안전보장이사회의 보조기관(subsidiary organ) 등 제3자의 개입의 결과인 데 비해, 후자는 교전 당사자 상호 간의 직접 협상의 결과라는 점에서 구분된다고 한다.¹²⁾

1953년 협정에서 “정전”이라는 용어가 사용되고 있는 것은 사실이지만, 협상 과정을 살펴보면 미국을 비롯한 UN군 측 문서에서 “정화”, “휴전”의 용어도 자주 사용되고 있다. 예를 들어, 1951년 7월 16일 회담에서 UN군 측은 수정된 의제를 제안하는데 제3항은 “한국 내에서의 정화 및 정전을 위한 구체적 조치”(concrete arrangements for a cease fire and armistice in Korea)¹³⁾이라는 표현을 사용하고 있다.¹⁴⁾ 1951년 9월 25일 워싱턴과 도쿄 간에 이루어진 원격회의의 비망록은 회의 주제를 “휴전 협상”(truce negotiations)이라고 하고 있다.¹⁵⁾ 1951년 10월 4일에 작성된 “Memorandum by the Counselor (Bohlen) to the Secretary of State”라는 문서 역시 “휴전 협상”(truce talks)이라는 표현을 사용하고 있다.¹⁵⁾

⁹⁾ Shabtai Rosenne, *Israel's Armistice Agreements with the Arab States: A Judicial Interpretation* (1951), pp. 24-25.

¹⁰⁾ Rachele Barnard, *L'armistice dans les guerres internationales* (Doctoral Thesis No. 454, Faculty of Law, University of Geneva, 1947), p. 7. Sydney D. Bailey, “Cease-Fires, Truces, and Armistices in the Practice of the UN Security Council”, *American Journal of International Law* vol. 71 (1977), p. 462에서 재인용.

¹¹⁾ Bailey, 전계주 6, pp. 469-470. 이들 개념에 대한 상세한 논의에 관해서는 김명기, **한반도평화조약의 체결: 휴전협정의 평화조약으로의 대체를 위하여** (서울: 국제법출판사, 1994), pp. 15-22 참조. 김명기 교수는 “armistice”를 “휴전”으로, “truce”를 “정전”으로 부르고 있다.

¹²⁾ Ibid., p. 471.

¹³⁾ *Foreign Relations of the United States 1951* vol. VII part 1 (Korea and China) (이하 “FRUS”), p. 689.

¹⁴⁾ FRUS, p. 946.

¹⁵⁾ FRUS, p. 992.

1951년 11월 26일 워싱턴에서 개최된 한국 문제 담당관들 간의 회의록은 회의 주제를 “한국에서의 정화 협상”(Cease-fire Negotiations in Korea)이라고 기재하고 있다.¹⁶⁾ 당시 UN군 사령관이었던 리지웨이드도 이 세 용어를 구분하지 않고 사용할 정도였다.¹⁷⁾

이와 같이 이들 용어 간의 명확한 구분은 쉽지 않고, 특히 “휴전”과 “정전”은 거의 동의어로 사용되었다고 볼 수 있다. 1953년 협정에서 사용된 “정전”은 과연 어떠한 의미로 사용되었으며, 특히 이 “정전”은 1950년부터 3년 1개월 동안 계속된 “6·25사변” 또는 “한국전쟁”을 종료시키는 법적 효과를 갖는 것인가? 이 문제와 관련하여 제2차 세계대전 이전 시기에 “정전”(armistice)이 어떠한 법적 의미와 효과를 가지고 있었는지 살펴보도록 한다.

“정전”의 법적 의미와 효과에 대한 고전적인 국제법적 문서는 역시 1907년 제2차 만국평화회의에서 채택된 육전 법규와 관습에 관한 제4협약에 부속된 육전 법규와 관례에 관한 규칙(Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, 이하 “육전규칙”)일 것이다. 이 규칙은 제3장(제32-34조)에서 “군사(軍使)”(flags of truce)를 다루고 있고, 제5장(제36-41조)에서 “정전”(armistices)에 대해 규정하고 있다. 이러한 구분 방식은 휴전을 “교전당사자들이 협상을 개시하는 절차”로, 정전을 “적대행위를 정지하는 실제의 합의”로 이해·구분하였던 1874년 브뤼셀 선언(Brussels Declaration of August 27, 1874)의 관련 조항을 승계한 것이다.

1907년 육전규칙에 규정된 정전의 의미는 “교전당사자 간의 상호 합의에 의한 군사작전의 정지”이다(An armistice suspends military operations by mutual agreement between the belligerent parties.).¹⁸⁾ 정전은 일반적(general) 정전과 국지적(local) 정전으로 구분되는데, 전자는 교전당사국 상호 간의 모든 전역에서 군사작전을 정지시키는 데 비해, 후자는 단지 특정지역에서 교전군의 특정 부분 간의 군사작전을 정지시킨다.¹⁹⁾ 정전의 기간이 규정되지 않은 경우에는 교전당사자는 언제라도 군사작전을 재개할 수 있다. 다만 이 경우 정전협정의 내용에 좇아 합의된 시간 내에 적군에게 경고를 행해야 한다.²⁰⁾ 일방당사자가 정전협정을 중

16) FRUS, p. 1182.

17) Bailey, 전계주 8, p. 469.

18) 1907년 규칙 제36조 제1문.

19) 1907년 규칙 제37조.

20) 1907년 규칙 제36조 제2문. (“If its duration is not defined, the belligerent parties may resume operations at any time, provided always that the enemy is warned with the

대하게 위반하는 경우 타방 당사자에게는 당해 협정을 폐기할(denounce) 권리가 발생하며, 위급한 경우 즉시 적대행위를 재개할 권리까지 발생한다.²¹⁾ 결국 1907년 육전규칙은 정전협정위반을 (a) 타방 당사자에 의한 협정폐기를 정당화하지 않는 통상적인 위반, (b) 타방 당사자가 협정을 폐기할 수 있지만, 사전에 경고를 발하고 난 후에야 적대행위를 재개할 수 있는 중대한 위반, (c) 타방 당사자가 협정을 폐기할 수 있을 뿐만 아니라 위급한 경우 즉각적으로 적대행위를 재개할 수 있는 중대한 위반으로 3분하고 있는 것이다.²²⁾ 우리의 목적상 중요한 점은 “고전적인” 의미의 정전은 적대행위를 잠정적·일시적으로 정지(suspend)시킬 뿐, 결코 전쟁 자체를 종료시키는 법적 효력을 지니지 못하였다는 것이다.²³⁾ 정전 기간이 약정된 경우에는 기간의 만료와 더불어, 정전기간이 약정되지 않은 경우에는 일정한 절차적 요건의 충족과 더불어 적대행위의 재개가 가능하였던 것이다. 이처럼 적대행위의 재개가 내장(built-in)되어 있던 고전적인 정전 개념에 대하여 전쟁종료의 효과를 운위하는 것 자체가 불가능한 것이었다.

제2차 세계대전 이후 “정전” 개념과 관련하여 중대한 변화가 발생했음에도 불구하고 아직껏 상당수의 국제법학자가 정전의 의미와 효력을 축소적으로 이해하는 데는 “고전적”인 정전 개념의 강력한 자력(磁力)과 관성이 작용하고 있다. 전쟁의 국제법적 효과에 대하여 체계적인 저서를 출간하였던 맥네어(McNair)와 와츠(Watts)는 이 문제에 대하여 다음과 같이 쓰고 있다.

일반적인 성격을 갖는 정전도 존재하며 이들은 교전당사자 간의 모든 적대행위를 정지시킨다. 적대행위의 전면적 중지라는 측면에서 이와 같은 일반적 정전이 전쟁 자체의 종료로 비추어질 수도 있지만, 법적 의미에서는 [일반적 정전에도 불구하고] 전쟁은 계속되며 정전에 의해서는 단지 적대행위의 실제적 수행만이 중지된다는 견해가 국제법상 확립되어 있다.²⁴⁾

time agreed upon, in accordance with the terms of the armistice.”)

21) 1907년 규칙 제40조.

22) Yoram Dinstein, “Armistice”, *Encyclopaedia of Public International Law* vol. 1 (1992), p. 257.

23) *Ibid.*, p. 256; Arnold D. McNair, “The Legal Meaning of War, and the Relation of War to Reprisal”, *Transactions of the Grotian Society* vol. 11 (1925), p. 49.

24) Lord McNair and Arthur Watts, *Legal Effects of War*, 4th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1966), pp. 13-14. 데디에르(Dedijer) 역시 다음과 같이 단정적 어조로 마찬가지로 결론을 내리고 있다. “The temporariness of the armistice has the consequence that it does not have an effect on the legal status between the

이 문제에 대한 국내학자들의 논의도 대체로 “고전적인” 정전 개념에 기초하여 1953년 정전협정의 체결·발효에도 불구하고 한반도의 “전쟁상태”는 종료되지 않은 것으로 보고 있다.²⁵⁾ 이러한 견해의 당부를 학설 및 국가실행에 대한 검토, 1953년 협정 자체의 해석을 통하여 살펴보도록 한다. 제2차 세계대전 이후 “정전” 개념 자체에 발생한 변화를 추적함과 동시에 1953년 정전협정 본문, 준비작업(travaux préparatoires)을 분석하여 정전협정에 대한 올바른 해석을 시도하는 것이다.

(3) 새로운 정전 개념에 대한 학설 및 국가실행의 검토

2차 세계대전 이후 등장한 유력한 국제법이론에 의하면 일반적 정전(general armistice)은 장래를 향한 교전의사의 영속적인 포기로 해석할 수 있다.²⁶⁾ 전쟁법, 특히 개전권(開戰權, jus ad bellum)에 관하여 던스타인은 특히 1953년의 정전협정과 관련하여 다음과 같이 말하고 있다.

정전(armistice) 개념의 진화는 1949년 이스라엘과 이집트, 레바논, 요르단 간에 각각 체결된 일반정전협정과 1953년 한국군사정전에 관한 판문점협정에 이르러 절정에 달했다. 이들 정전협정은, 비록 완전한 의미의 평화를 수립한 것은 아니지만, 각각 이스라엘 독립전쟁과 한국전쟁을 종료시켰다. 이러한 사실을 잘 보여주는 것은 판문점협정이 그 목적으로서 정전을 통하여 “한국에서의 적대행위와 일체 무력행위의 완전한 정지를 보장하는 정전”을 확보하는 것을 들고 있다는 사실이다. 1992년 [본 글란(von Glahn)이 그의 교과서에서 내세우고 있는] “법적으로 한국전쟁은 여전히 계속 중이다”라는 명제는 그릇된 것이다.²⁷⁾

2차 세계대전 이후 일반정전 개념의 이같은 변천은 백스터(Baxter)의 저작에서

belligerents on the question of state of war. The armistice only terminates the military operations, but does not terminate the state of war between the belligerents.” Vladimir Dedijer, *On Military Conventions: A Study on the Evolution of International Law* (Lund: Gleerup, 1961), p. 69. 마찬가지로 견해에 관해서는 Howard S. Levie, “The Nature and Scope of the Armistice Agreement”, *American Journal of International Law* vol. 50 (1956), p. 884; L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, ed. by H. Lauterpacht (London: Longman, 1952), pp. 546-547 참조.

²⁵⁾ 김명기, 전계주 11, pp. 25, 70-71; 제성호, 전계주 6, p. 52; 김선표, 전계주 4, p. 88.

²⁶⁾ Dinstein, 전계주 22, p. 256.

²⁷⁾ Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 3rd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), p. 41.

도 드러난다. 백스터 교수는 1976년 헤이그 국제법 아카데미에서 행한 강의에서 일반적으로 정전이 전쟁상태의 종료를 결과하지 않음을 전제하면서도, 1953년의 한국정전협정이 준평화조약(a quasi-treaty of peace)에 해당함을 지적하고 있다.²⁸⁾ 스톤 역시 2차 세계대전 후 정전이 단지 적대행위의 일시적 중지가 아니라 장래의 최종적인 평화조약에 선행하는 사실상의 전쟁의 종료(a kind of *de facto* termination of war)로 보면서, 한국정전협정이 비록 그 전문에서는 자신의 성격을 “순전히 군사적인”(purely military) 것이라고 규정하고 있지만 사실상 “전쟁” 자체를 종료시킬 수 있음을 지적하고 있다.²⁹⁾ 맥네어와 와츠는 한국전쟁의 법적 성질을 (통상적인 전쟁이 아니라) 국제연합에 의한 제재조치로 파악하면서 한국전은 공식적인 정전(formal armistice)에 의해 종료되었다고 보고 있다.³⁰⁾ 정전협정의 효력에 대하여 매우 상세하고 체계적인 분석을 행한 파인버그 역시 마찬가지로 견해를 제시하고 있다.³¹⁾ 특히 파인버그 교수는 1956년 모스크바에서 발행된 법률학사전이 이스라엘과 아랍 제국 간의 정전협정 및 한국정전협정과 같은 일반적 정전협정이 전쟁을 종료시킨다고 규정하고 있음을 소개하고 있다.³²⁾ 유병화 교수 역시 한국정전협정이 한국전쟁을 사실상 종료시켰다고 주장한다.³³⁾ 미국 군법(military law)의 적용상 한국정전협정의 체결로 한반도에서 전쟁상태가 종료되었다고 본 미국 법원 역시 이러한 견해와 궤를 같이 한다.³⁴⁾ 우리 군형법 역

²⁸⁾ Richard R. Baxter, “Armistices and Other Forms of Suspension of Hostilities”, *Recueil des Cours* vol. 149 (1976), pp. 372-374. 백스터 교수는 또한 2차 세계대전 이후 체결된 정전협정이 포로교환에 관한 규정들을 포함하고 있어 평화조약과 유사성을 지니고 있음을 지적하고 있다. *Ibid.*, p. 379. 피츠모리스 역시 정전에 의해서는 전쟁상태가 종료되지 않음을 분명히 하면서도 2차 세계대전 후 정전이 점차 “예비적 평화조약”(a preliminary peace treaty)의 성격을 띠게 되었음을 인정하고 있다. Gerald G. Fitzmaurice, “The Juridical Clauses of the Peace Treaties”, *Recueil des Cours* vol. 73 (1948 II), pp. 270-272.

²⁹⁾ Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict: A Treatise on the Dynamics of Disputes- and War-Law* (London: Stevens & Sons, 1954), p. 644.

³⁰⁾ McNair and Watts, *전개주* 24, p. 29 n. 1. 이들에 의하면 국제연합이 일방당사자로서 참가하는 무력분쟁의 개시와 종료는 사실문제(questions of fact)에 해당한다.

³¹⁾ Nathan Fienberg, “The Legality of a “State of War” After the Cessation of Hostilities”, in Nathan Feinberg, *Studies in International Law* (Jerusalem: The Magnes Press, The Hebrew University Press, 1979), pp. 107-110.

³²⁾ *Ibid.*, pp. 109-110.

³³⁾ Byung-Hwa Lyoo, *Peace and Unification in Korea and International Law* (Occasional Papers/Reprints Series in Contemporary Asian Studies, Number 2-1986 (73)), p. 43.

³⁴⁾ *United States v. Shell*, 23 CMR 110 (1957). M. Maurer, “The Korean Conflict Was a

시 “전시”를 “상대국이나 교전단체에 대하여 선전포고를 하였거나 대적행위를 취한 때로부터 당해 상대국이나 교전단체에 대한 휴전협정이 성립된 때까지의 기간”으로 규정하고 있다.³⁵⁾

(4) 1953년 정전협정의 해석

지금까지 우리는 제2차 세계대전 이후 “정전” 개념 자체에 대해 발생한 학설 및 국가실행상의 변화를 추적하였다. 우리의 목적상 중요성을 갖는 것은 1953년 정전협정 체결 시 이 협정의 당사국들이 “정전” 개념을 어떻게 이해하였는가의 문제이다. 이는 결국 1953년 정전협정이라는 국제조약의 해석 문제에 귀착되는 것이다.

(a) 조약해석의 규칙

조약의 해석 규칙에 대해서는 1969년 조약법에 관한 비엔나 협약이 제31-33조의 규정을 두고 있으며 이들 규정은 국제관습법을 법전화하는 것으로 받아들여지고 있다. 이들 규정 중에서도 핵심적인 조항은 “조약은 조약문의 문맥 및 조약의 취지와 목적에 비추어 그 조약의 문맥에 부여되는 통상적인 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다”라고 규정하고 있는 제31조 제1항이다. 제31조는 뒤이어 제2항에서 문맥에 포함되는 것을 규정하고 제3항에서는 문맥과 더불어 참작되어야 할 사정을 열거하고 있다. 제32조는 제31조의 적용으로부터 도출되는 의미를 확인하기 위하여 또는 제31조에 따라 해석할 경우 “의미가 모호해지거나 또는 애매하게 되”거나 “명백히 상식에 반하거나 또는 불합리한 결과를 초래”하는 경우에 해석의 보충적 수단(supplementary means of interpretation)으로서 조약의 준비작업 및 그 체결 시의 사정을 고려할 수 있도록 하고 있다.

(b) 1953년 정전협정의 성격: 순전히 군사적 성질의 협정?

위에서도 본 바와 같이 “정전” 개념 자체에 내재하는 유동성으로 인해 이 용어에만 착목하여 결론을 도출할 수는 없고, 결국 1953년 협정 전체에 대한 체계적

War”, *Military Affairs* (Fall 1960), p. 145. 다른 미국 법원의 판례에 의하면 “한국전쟁은 늦어도 1955년 3월 31일에는 종료되었”거나 1955년 6월 4일의 시점에는 한반도상에 이미 전쟁상태가 존재하지 않았다. *United States v. Sanders*, 21 CMR 147 (1956).

35) 군형법 제2조 제6호.

· 맥락적 해석이 필요하다. 1953년 정전협정을 제2차 세계대전 이전 시기의 “고전적인” 정전 개념에 입각하여 해석하는 한국 내 다수설은 이 협정이 오로지 군사적인 사항에 국한되는 잠정적인 성격의 합의임을 강조한다. 이 문제를 지속적으로 연구한 학자는 1953년 협정의 전문을 거론하며 다음과 같이 주장한다.³⁶⁾

먼저 정전협정의 전문에서는 “ ... 하기의 서명자들은 ... 한국충돌을 정지하기 위하여 최종적인 평화적 해결이 달성될 때까지 한국에서의 적대행위와 일체 무장행동의 완전한 정지를 보장하는 정전을 확립할 목적으로 하기 조항에 규정된 정전조건과 규정(에) ... 그 제약과 통제를 받는 데 각자 공동 상호 동의한다. 이 조건과 규정들의 의도는 순전히 군사적 성질에 속하는 것이며, 이는 오직 한국에서의 교전 쌍방에만 적용한다”고 명시하고 있다. 이처럼 정전협정 전문은 첫째, 정전협정은 ‘최종적인 평화적 해결’이 달성될 때까지 한국충돌을 정지시키기 위한 잠정적인 협정이라는 것, 둘째, 그 당연한 결과로서 정전협정은 한국에서의 정전을 확립하기 위한 순전히 군사적 성질의 협정이라는 것 ... 을 밝히고 있다.

이 인용문과 관련하여 먼저 지적할 점은 딘스타인이 이 인용문 상의 “한국에서의 적대행위와 일체 무장행동의 완전한 정지를 보장하는 정전”이라는 표현을 원용하면서 1953년 협정이 “한국전쟁”을 종료하는 효과를 가진다고 주장하고 있다는 것이다.³⁷⁾ 동일한 협정 전문이 정반대의 결론 도출에 원용되고 있는 사실은 1953년 협정에 내재되어 있는 애매성과 당해 협정에 대한 균형 잡힌 해석의 필요성을 잘 보여 주고 있다.

위 인용문과 관련하여 문제가 되는 것은, 이 협정이 순전히 군사적 사항에 국한된 합의로서 정치적 문제와 같이 평화조약에서 다루어져야 할 사항을 일절 다루지 않았다는 주장이다. 1953년 협정을 살펴보면 “고전적인” 의미의 정전협정에서는 다루어지지 않았던 사항, 특히 포로교환, 민간인의 귀환 등의 문제에 관해 규정하고 있음을 알 수 있다. 1907년 육전규칙 제20조가 규정하고 있듯이 전통 국제법 하에서 포로송환은 평화조약의 체결 이후에(after the conclusion of peace) 최대한 신속히 이루어지도록 되어 있었다. 백스터 교수는 바로 이 점에 주목하여, 2차 세계대전 이후 체결된 정전협정(1953년 정전협정을 포함하여)이 포로교환에 관한 규정들을 포함하고 있어 평화조약과 유사성을 지니고 있음을 지적하

36) 제성호, 전개주 6, p. 46.

37) Dinstein, 전개주 27, p. 41.

고 있다.

1953년 협정이 순전히 군사적인 성질에 속하는 것만을 다룬다는 규정은 이 협정의 성격 및 사항적 적용범위에 대한 UN군 측과 북한, 중국 간의 견해 차이에 서 비롯된 것이다. 북한과 중국은 이 협정을 통해 한반도 상의 외국군대의 철수를 포함한 정치적인 문제까지 해결하자는 입장이었다. 이에 비해 UN군 측은 “한국으로부터 외국군의 철수는 한국 문제(the Korean question)의 최종적 해결과의 관련 하에서만 고려될 수 있는” 정치적 문제로서 이는 UN과 관련 정부에 의해서 해결되어야 함을 강조하면서 협상의 의제(agenda)가 순전히 군사적인 문제에 국한됨을 명백히 하였다.³⁸⁾

이와 같은 협상과정을 고려해 보면 1953년 정전협정이 갖는 절충적·복합적 성격을 파악할 수 있다. 한편으로 이 협정의 사물적 적용범위를 순전히 군사적인 성질의 문제에 국한하였다고 선언하면서도 다른 한편으로 이 협정이 “한국에서의 적대행위와 일체 무장행동의 완전한 정지를 보장하는 정전”을 규정하고 있음을 밝히고 있으며, 더 나아가 전통적인 정전협정의 틀을 벗어나는 사항을 규정하고 있다. 제60조에서는 “한국 문제의 평화적 해결을 보장하기 위하여 쌍방 사령관은 쌍방의 관계 각국 정부에 ... 한 급 높은 정치회의를 소집하고, 한국으로부터의 모든 외국군대의 철거 및 한국 문제의 평화적 해결 등 문제들을 협의할 것을 이에 건의한다”라는 규정까지 두고 있다. 제60조와 관련하여 공산군 측은 외국군대의 철수, 한국 문제의 평화적 해결에 더하여 “한국의 평화에 관련된 여타 문제”(other questions relating to peace in Korea) (대표적으로 대만 문제)를 추가하려고 하였지만 결국 한국 문제의 평화적 해결 다음에 ‘등’(etc)을 덧붙이는 정도로 절충하였다.³⁹⁾ 또한 협정 서명자의 한 사람인 김일성이 당시 조선인민군 최고사령관 일뿐 아니라 북한의 수상이었던 점도 고려해야 할 것이다. 이러한 협상과정을 보더라도 1953년 협정이 순전히 군사적 성질의 문제만을 다루고 있다는 전문(前文)상의 선언을 액면 그대로 수용하는 것은 문제가 있음을 알 수 있다.

(c) 1953년 협정의 교섭기록과 체결상황의 분석

이처럼 1953년 협정을 통상적인 조약 해석 규칙에 따라 해석하더라도 의문이 남는 것은 사실이다. 이 경우 1969년 조약법 협약 제32조에 따르면 보조적 해석

³⁸⁾ Bailey, 전계주 8, p. 75; FRUS, p. 705.

³⁹⁾ Bailey, 전계주 8, p. 93.

수단을 동원하여 해석을 시도하여야 할 것이다. 이 조항은 보조적 해석수단으로서 준비작업과 체결상황을 고려하도록 하고 있다.

1953년 협정에서 사용된 정전의 법적 의미와 효력에 대한 당사자의 의사를 협상의 준비·수행과정에서 양측이 작성한 각종 준비작업 또는 교섭기록을 통해서 파악해 보도록 한다. 1953년 협정체결을 위한 협상은 1951년 6월 30일 UN군 총사령관 리지웨이(Matthew B. Ridgway) 장군이 행한 제안에 대해 공산군 측은 신속히 화답하였는데 그 문안을 보면 “평화협상(peace talks)에 관한 귀측[리지웨이]의 방송 메시지는 수렁하였다. 우리는 군사적 행위를 정지하고 평화협상을 개최하는(to hold peace negotiations) 데 동의한다고 대답하도록 허가받았다”⁴⁰⁾고 되어 있다. 당시 북한과 중국 측이 이 협정의 의미를 단순한 정전 이상으로 파악했음을 보여 주는 예이다.

UN군 측의 교섭기록을 살펴보자. 1951년 7월 9일자 리지웨이 장군이 미국 참의장에게 보낸 전문에는 자신이 정전협상 개시에 즈음하여 행할 성명의 초안이 담겨져 있는데 여기에는 다음과 같은 문장이 포함되어 있다. “한국에서 교전 중인 군대 상호 간에 정전에 대한 협상이 개시되는 역사적인 순간에, 본관은 한국에서의 무력충돌을 종료시킬 군사적 조건에 관하여 쌍방 간에 만족스러운 합의가 이루어지기를(a mutually agreeable agreement may be reached on the military terms for terminating the armed conflict in Korea) 기원하는 것이 시의 적절하리라 믿습니다.”⁴¹⁾

정전협상 과정에서 UN군 측이 추구할 목표가 “한국에서의 적대행위의 중지 및 전투행위 재개방지의 보장”(a cessation of hostilities in Korea, an assurance against the resumption of fighting)⁴²⁾으로 규정되어 있을 뿐만 아니라, 관련 문서에서 재개의 방지라는 표현을 여러 곳에서 찾을 수 있다.⁴³⁾ 정전기간의 만료 또

40) FRUS, p. 609.

41) FRUS, p. 637(밑줄 첨가).

42) FRUS, p. 598(밑줄 첨가).

43) FRUS p. 650 (“to insure against the rekindling of the flames of war in Korea, etc.”); p. 653 (“Cessation of hostilities and of acts of armed force in Korea under conditions which will assure against resumption of hostilities and acts of armed force in Korea”); p. 689 (“Concrete arrangements for a cease fire and armistice in Korea which will insure against a resumption of hostilities and acts of armed force in Korea pending a final peace settlement”); pp. 1021, 1361 (“An armistice in Korea will bring about a cessation of the fighting and make provisions against its resumption.”); p. 1041 (“US

는 일정한 절차적 요건의 만족을 전제로 적대행위의 재개가 가능하였던 “고전적인” 정전 개념과는 달리, 1953년 협정에서는 “한국에서의 적대행위와 일체 무장행동의 완전한 중지를 보장하는 정전”을 목표로 하고 있으며 이 점은 “전투행위 재개방지의 보장”이라는 표현에서 명확히 드러난다. 이러한 시각에서 UN군 측은 중국 공산군이 정전에 위반되는 대규모 공격(a large scale attack in violation of the armistice)을 감행할 경우 이는 “전적으로 새로운 전쟁”(a completely new war)에 해당하며 UN군 측이 효과적이라고 생각하는 모든 종류의 군사행동을 취할 수 있다고 보았다.⁴⁴⁾

1951년 12월 7일자 미국 국가안전보장회의(National Security Council)의 선임 구성원들이 작성한 “한국에서의 미국의 목표와 행동방침에 관하여 국가안전보장회의가 제안한 정책성명초안”(Draft Statement of Policy Proposed by the National Security Council on United States Objectives and Courses of Action in Korea)이라는 제목의 문서에서도 미국의 목표를 “적절한 정전 조건 하에 적대행위를 종료시키는 것”(Terminate hostilities under appropriate armistice arrangements)이라고 규정하고 있다.⁴⁵⁾

UN군 측이 1953년 정전협정의 체결에 의해 “한국전쟁”의 종료를 추구했다는 점은 UN군 측이 마련한 UN 관련 문서에서도 약역하게 드러난다. UN군 측은 공산군 측과 정전협상을 전개하면서 이 협상이 성공적으로 종료될 경우 UN의 안전보장이사회 또는 총회가 협상결과에 대해 어떠한 의사표시를 해야 할 것인지에 대해 논의하였다. UN군의 설립 및 활동 근거가 1950년 6월 27일자 안보리 결의 제68호를 비롯한 UN의 일련의 결의였기 때문이다. 이 문제를 논의한 1951년 7월 14일자 애치슨(Acheson) 미 국무장관의 전문을 보면 UN 내 적절한 기관(전문에서는 안보리와 총회의 양자가 검토되고 있다)이 다음과 같은 표현을 사용하면서 정전협정을 승인(approval)하는 것이 바람직하다고 하고 있다.⁴⁶⁾

대한민국에 대한 무력공격이 격퇴되었고, 전투행위가 종료되었고, 지역 내 평화와 안전이 회복 중이라는 사실을 확인하는 [년 월 일]의 정전협정을 유

interest to end its war in Korea against Korean people understandable”).

44) 795.00/12-651 Memorandum of Conversation, by Ward P. Allen of the Bureau of European Affairs (Washington, December 6, 1951), FRUS, p. 1256.

45) FRUS, p. 1260 (밑줄 첨가). 동일한 내용이 Ibid., p. 1384에도 게재되어 있다.

46) FRUS, p. 678.

의 · 승인한다.

(note with approval armistice agreement of _____ which confirms that armed attack against ROK has been repelled, that fighting has come to an end, that internat'l peace and security in area are being restored)

같은 전문에서 애치슨 장관은 안보리에서 소련이 찬성할 수 있는 간략한 결의를 채택한 후 총회에서 상세한 내용의 결의를 채택하는 방안을 검토하면서, 이러한 방안의 장점으로서 소련 대표단이 “한국전쟁을 종료시키는 결의”(resolution putting an end to Korean fighting)에 지지하는 모습을 연출하는 것이 양국 간 화해의 제스처로서 좋을 것이라는 견해를 밝히고 있다.⁴⁷⁾ 위에서 언급한 “terminate”와 유사한 “put an end to”라는 표현이 사용되고 있는데 이러한 표현이 적대행위의 “잠정적 정지”가 아니라 “종국적 종료”를 의미한다는 데는 별 의문이 없을 것이다.

유사한 문제를 다루고 있는 1951년 12월 1일자 전문(오스틴 UN대표 작성)에 서도 다음과 같은 구절을 발견할 수 있다.⁴⁸⁾

[안보리는] ... 한국에서 정전협정이 체결된 사실을 유의 · 승인하며, UN에 수용가능한 형태로 적대행위가 종료된 데 대해 깊은 만족감을 표명한다

(“[The SC] ... Notes with approval the conclusion of an armistice in Korea and expresses its profound satisfaction that hostilities have been brought to an end on terms acceptable to the UN”)

같은 해 12월 8일 미 국무장관 대리(Webb)가 주불 미국 대사관에 보낸 전문에도 유사한 내용(“The Security Council ... Notes with approval the terms of the armistice contained in this report and expresses its profound satisfaction that hostilities in Korea have been brought to an end on a basis consistent with the principles of the United Nations and the resolutions of this Council ...”)이 담겨져 있다.⁴⁹⁾

미국 정부 내의 이러한 논의는 한국정전협정 체결 이후 실행으로 옮겨져 1953년 8월 28일 UN 총회는 결의 711A(VII)를 채택하였다. 이 결의는 “*The General*

47) FRUS, p. 681.

48) FRUS, p. 1210.

49) FRUS, p. 1283.

Assembly: Notes with approval the Armistice concluded in Korea on 27 July 1953, the fact that the fighting has ceased, and that a major step has thus been taken towards the full restoration of international peace and security in the area” 라고 하면서 협정 제60조에서 언급되고 있는 정치회담의 개최를 환영하고 있다. 이 결의에서 “the fighting has ceased”라는 표현이 사용되고 있는데, 협상과정을 살펴볼 때 이는 전쟁의 종료의 의미로 해석해야 할 것이다.

관련하여 1952년 12월 3일 UN총회가 채택한 총회결의 제610호(VII) 역시 한반도에서의 정전이 전쟁의 종료를 시사하고 있다. 이 결의는 당시 정전협상에서 가장 큰 문제로 대두되었던 전쟁포로 문제를 다루고 있는데 그 전문에서 다음과 같은 표현을 사용하고 있다.⁵⁰⁾

[UN총회는] ... 판문점협상이 정전을 향해 상당한 진전을 이룬 데 대하여 또한 한국에서의 적대행위를 종료하고 한국 문제의 해결을 달성하기 위한 잠정적 합의를 유의·지지하며, ...

적대행위를 신속히 종료시킬 필요와 한국 문제의 평화적 해결의 필요를 깊이 인식하며 ...

(“[The General Assembly] ... *Noting with approval* the considerable progress towards an armistice made by negotiation at Panmunjom and the tentative agreements to end the fighting in Korea and to reach a settlement of the Korean question, ...

Deeply conscious of the need to bring hostilities to a speedy end and of the need for a peaceful settlement of the Korean question ...)

(d) 1953년 정전협정 체결 이후 관련 당사국의 실행

현 시점에서 “한국전쟁”의 당사자 간에 전시관계가 지속되는가의 문제와 관련하여 빠뜨릴 수 없는 것이 바로 정전협정 체결 이후의 관련 당사자의 실행이다. 이 중에서도 중요한 것이 통상적인 외교관계의 설정과 명시적·묵시적 전쟁의사(animus belligerendi)의 포기이다. 이와 관련하여 우선적으로 지적해 두어야 할 것은 이들 당사자들 사이에 최소한 부분적으로는 이미 전쟁상태가 종료되고 평시관계가 수립되어 있다는 점이다. 미국과 중국 간의 관계를 보면 늦어도 1979

⁵⁰⁾ *Foreign Relations of the United States 1952-1954* vol. XV (Korea) part. 1, p. 702 (밑줄 첨가).

년 외교관계의 수립에 의해 묵시적으로 평시관계가 회복되었고, 좀더 빨리 잡으면 1972년 양국 간 국교정상화에 관한 공동선언을 채택한 시점에 이미 전쟁상태가 종료되었다고 볼 수 있을 것이다. 한·중 간의 관계를 보더라도 1992년 8월 22일 외교관계의 수립 시점까지는 이미 양자 간의 관계에서 전쟁상태가 소멸되었다고 봐야 할 것이다.

남북한 관계와 북·미 관계에 대해서 좀더 신중한 접근이 필요할 것이다. 이미 위에서 살펴본 바와 같이 이들 관계를 규정지면서 “technically still at war”라는 표현이 일반 언론뿐만 아니라 공영언론이나 정부 대변인에 의해서도 사용되기 때문이다. 남북한 간의 관계를 국제법적으로 어떻게 규정할 것인가의 문제는 가히 “고르디우스왕의 매듭”(Gordian knot)에 해당하며 (푸젠도르프의 표현을 빌자면) “괴물에 유사하다”(simile monstro). 남북한은 그 동안 한편으로 대립·갈등을 겪으면서도 다른 한편으로 협력을 전개해 왔는데, 1992년 남북기본합의서의 발효 또는 늦어도 2000년 6·15 공동선언의 채택 시점에는 양자 간의 무력분쟁상태가 종료된 것으로 보아야 할 것이다. 남북기본합의서는 비록 정치적 차원의 합의로서 법적 구속력을 결여하고 있지만,⁵¹⁾ 통상적인 평화조약에서 취급하는 내용을 다수 포함하고 있다. 따라서 남북한 관계의 고도의 특수성·가변성을 고려한다 하더라도 현재 남북한 관계를 법기술적으로 전쟁상태에 있다고 보기는 어려울 것이다.

북·미 관계에 관해서도 마찬가지로 결론이 가능할 것으로 보인다. 양자 간의 관계가 평시관계가 아닌 것은 사실이지만, 그렇다고 하여 국제법상 전시 또는 이에 준하는 관계로 보기는 어려울 것이다. 단적인 예를 들어 만약 양자 간의 관계가 전시관계라고 하면, 북·미 관계에 상당한 긴장을 가져왔던 이른바 확산방지 구상(Proliferation Security Initiative)은 당초부터 필요가 없었을 것이다. 왜냐 하면 북한과 미국이 아직까지 전시관계에 놓여 있다면, 미국은 북한의 함선이나 기타 공선(公船)에 대하여 공해나 양자의 영해 내에서 적대행위를 할 수 있으며, 북한의 기타 선박에 대하여 이들 해역에서 나포 행위를 할 전쟁법상의 권리를 보유하고 있기 때문이다.⁵²⁾ 북·미 간에 정치·군사적인 측면에서 상당한 긴장과

51) 이근관, “남북기본합의서의 법적 성격에 대한 고찰”, **일감법학** 제4권 (1999), pp. 163-186.

52) 이 문제를 명시적으로 논급하고 있는 문헌으로는 Michael A Becker, “The Shifting Public Order of the Oceans: Freedom of Navigation and the Interdiction of Ships at Sea”, *Harvard Journal of International Law* vol. 46 (2005), pp. 212-214 참조. 이 글

대립이 존재하는 것은 사실이지만, 이것이 국제법상 전시관계에 해당한다고 보기는 어려울 것이다.

(5) 결론

전통적인 견해에 따르면 정전협정은 단지 군사적인 문제에 국한되며 전쟁상태를 종료시키지 않는데 비해, 2차 세계대전 이후 등장한 유력한 견해에 의할 경우 정전협정 자체에 의하여 전쟁상태가 종료될 수 있다. 한국전쟁과 관련해서 상당수의 국제법학자는 한국정전협정의 체결에 의해 이 무력분쟁이 종료되었다고 보고 있다. 설령 정전협정에 의하여 전쟁상태가 종료되지 않는다 하더라도 정전협정은 예비적 평화조약으로서 의미를 띠기도 하며, (평화조약의 체결이 없는 경우라 할지라도) 정전협정 이후 상당한 기간의 경과 또는 교전당사자 간의 (평화조약이 아닌) 별도의 합의, 교전당사자 일방의 선언, 교전당사자 간의 외교관계회복 등을 통하여 전쟁상태가 종료되기도 한다. 우리가 기억해야 할 것은 평화조약 또는 평화협정의 체결에 의한 전쟁상태의 종료가 “고전적인 방식”(technique classique)이지만,⁵³⁾ 이것이 유일한 방식은 결코 아니라는 것이다. 2차 세계대전 후 연합국과 독일 간에 정식의 평화조약이 체결된 적이 없지만 전쟁상태는 이미 1950년대 초중반에 연합국의 일방적인 조치에 의하여 종료되었다.⁵⁴⁾ 일본의 경우 1951년에 대일평화조약이 체결되었지만 이에 서명하지 않은 러시아 및 폴란드와는 각각 1956년, 1957년의 합의를 통하여 전쟁상태를 종료시켰다. 소련과는 공동선언을 통하여 평화조약의 체결이 예정되었지만, 폴란드와의 합의에는 평화조약에 대한 어떠한 언급도 없었다. 결국 일본과 폴란드 간의 관계에서는 1957년의 합의가 평화조약에 해당된다고 볼 수 있다.⁵⁵⁾ 이러한 사례와 관련하여 한번 더 강조해 둘 것은 전쟁 기타 무력분쟁의 발생 시 평화조약 또는 평화협정에 의

에서 베커는 “미국은 북한과 전시 상태에 놓여 있지 않다”(The United States is not at war with North Korea)는 점과 따라서 해전(naval warfare)법규에 기초하여 PSI를 정당화할 수 없음을 지적하고 있다.

⁵³⁾ Alfons Klafkowski, “Les Formes de Cessation de L’État de Guerre en Droit International”, *Recueil des Cours* vol. 149 (1976 I), p. 237.

⁵⁴⁾ Pierre d’Argent, *Les Réparations de Guerre en Droit International Public: La Responsabilité Internationale des États à l’Épreuve de la Guerre* (Bruxelles: Bruylant, 2002), p. 222; H. Mosler & K. Doehring, *Die Beendigung des Kriegszustands mit Deutschland nach dem zweiten Weltkrieg* (Köln-Berlin: C. Heymanns Verlag, 1963), p. 486.

⁵⁵⁾ Klafkowski, 전계주 53, p. 276.

한 전쟁상태의 종료가 “고전적”인 방식이지만 그 이외의 다양한 방식에 의해서도 전쟁이 종료될 수 있다는 점이다.

이렇게 본다면 현재 한반도상에 성립하고 있는 정전은 평화상태의 회복이라는 적극적인 의미를 갖는 것은 아니지만, 그럼에도 불구하고 장래를 향한 교전외사의 종국적인 포기로 보아야 할 것이다. 따라서 정전의 당사자 중 일방이 무력행사를 행하면 이는 일시적으로 중지되었던 적대행위의 정당한 재개가 아니라 새로운 침략행위로 간주되는 것이다.⁵⁶⁾ 달리 말하면, 한반도 상에는 1953년의 정전협정의 체결·발효에 의하여 (또는 당해 협정 체결 이후의 상당한 시간의 경과 또는 관련 당사자의 실행으로 인하여) 전쟁은 이미 종료하였지만 아직 평화는 수립되지 않은 ‘제3의 법적 상태’가 성립하고 있다고 볼 수 있다. 한반도 정전 당사자 간의 국제법적 관계는 교전행위의 영속적인 중지의 기초 위에서 평화관계의 회복을 지향하는 과도기적 또는 부동적(浮動的)인 상태에 놓여 있다고 볼 수 있는 것이다.

이러한 결론이 타당하다면 한반도상의 종전선언이라고 하는 것은 어떠한 의미를 지니는 것일까? 이러한 선언은 아직까지 계속되고 있는 전쟁상태를 비로소 종료시키는 것이 아니라 (법적인 용어를 사용하자면 창설적·형성적(constitutive)인 효력을 갖는 것이 아니라), 이미 종료된 전쟁상태를 확인·선언(declaratory)하는 데 불과할 것이다. 물론 이 선언이 한국전쟁의 종료 여부에 관한 불확실성을 제거하고 또한 본격적인 평화체제 수립에의 의지를 표명한다(또는 평화체제수립을 향한 본격적인 협상의 출발을 대내외적으로 선언한다)는 측면에서 그 정치·외교적 의의가 다대하지만, 국제법적인 측면에서 본다면 종전선언의 규범적 부가가치는 크다고 보기 어렵다.

3. 한반도 평화체제 수립의 형식 및 내용: ‘평화조약 없는 평화’(peace without a peace treaty)도 가능한가?

(1) 문제의 배경: 한반도 정전체제 해소의 특수성

한반도 정전체제의 해소가 다른 사례와 여러 공통점을 갖는 것은 사실이다. 한반도 상에서도 1950년부터 1953년까지 3년이라는 기간에 걸쳐 무력 분쟁이 발생하였고 이러한 분쟁은 정전협정에 의하여 종식되었다. 다른 무력분쟁의 경우에도 정전협정이 평화협정에 의하여 대체되는 방식으로 정전체제가 해소되는 경우가

⁵⁶⁾ Dinstein, 전계주 27, p. 44.

적지 않았다. 정전협정의 평화협정에 의한 대체를 통하여 평시상태를 회복하는 것이 ‘고전적’ 공식이라는 데는 별다른 의문의 여지가 없을 것이다.⁵⁷⁾

그러나 한반도의 경우를 보게 되면 20세기 전반기의 독특한 역사진개로 인하여 국제법상의 일반적인 관행 또는 공식을 적용하기 어려운 부분이 많은 것도 사실임을 잊어서는 안 될 것이다. 일반적인 관행의 경우 기존의 국가 간의 관계에서 발생하는 전쟁 또는 무력분쟁을 그 대상으로 하고 있음에 반하여, 한반도의 경우 무력분쟁의 당사자 중 남북한을 국가 대 국가의 관계로 파악하기 어려운 점이 많다. 1950년 6·25 발발 당시 남북한의 관계를 국제법상 어떻게 규정할 것인가는 쉬운 문제가 아니며, 당시 미국과 북한과의 관계에 대한 해석도 용이하지 않다. 이러한 사정으로 인하여 6·25에 대한 성격 규정 및 명칭과 관련하여 많은 논란이 있었음은 주지의 사실이다.

이와 관련하여 상기할 점은 통상적인 국가 간 전쟁의 경우 평화협정 또는 평화조약이 전쟁 또는 무력분쟁 이전 시점의 상태로로의 복귀를 의미함에 비하여⁵⁸⁾ 한반도의 경우 정전체제의 해소를 위해 체결될 합의(그 명칭이 무엇이든지 간에)

57) 1992년 북한에서 발행된 국제법 교과서도 다음과 같이 적고 있다. “국가 사이에 전쟁 상태의 종결을 위한 전형적인 법률적 형식은 교전국들 사이에 체결되는 강화조약이다.” **국제법학(법학부용)**(평양: 김일성 종합대학 출판사, 1992), p. 278. 이 책은 곧 이어 “그러나 현 국제관계에서는 전반적 강화조약을 체결하기 전에 개별적 교전국들이 일방적 성명 혹은 쌍방 공동성명의 형식으로 전쟁상태를 종결시키는 례가 있다.”고 하면서 그 실례들을 나열하고 있다. 그러나 “전쟁상태종결을 위한 국가들의 일방적인 성명 혹은 정령의 공포, 공동성명 등은 전쟁상태종결을 위한 효과적이며 종국적인 형식으로는 되지 못한다. 왜냐하면 성명으로는 전쟁상태종결에서 해결되어야 할 전쟁과정에서 제기되었던 전반적 문제들이 다 해결되지 못하기 때문이다”라고 하면서 평화조약의 ‘전형성’(典型性)을 강조하고 있다. Ibid. 2002년 북한에서 발행된 **국제법사전**도 다음과 같이 유사한 견해를 밝히고 있다. “평화조약의 체결은 교전국들 사이의 전쟁상태가 끝났다는 것을 법적으로 확인하는 가장 일반적인 법률행위이다.” **국제법사전**(평양: 사회과학출판사, 2002), p. 425.

58) 평화조약의 법적 효과와 관련하여 국내 교과서는 다음과 같이 설명하고 있다. “(i) 일반적 효과: 평화조약이 발효하면 교전당사국 간에 외교관계를 비롯한 평시관계가 회복되며, 전시상태를 전제로 한 모든 행위는 금지되며, 포로는 지체 없이 석방·송환되어야 한다(제네바 제3호 협약 제118조). (ii) 명시되지 않은 사항: 평화조약에 명시적으로 규정되지 않은 사항에 관하여는 전쟁 종료 후의 상태를 그대로 유지해야 한다는 현상유지주의(principle of uti possidetis)와 전쟁 개시 전의 상태로 회복되어야 한다는 원상회복주의(principle of jus postliminii)가 대립하는데, 동산 및 부동산의 과실 외에는 개전 이전의 상태로 복귀되어야 한다고 본다.” 이병조·이중범, **국제법신강**(제8개정판)(서울: 일조각, 1999), p. 1016. Ivan A. Shearer, *Starke's International Law* (London: Butterworths, 1994), p. 517 도 같은 견해를 밝히고 있다.

가 미래지향적·형성적 성격을 띠는 것이다. 달리 말하면 통상적인 경우, 평화조약은 전쟁 또는 무력분쟁으로 인하여 훼손된 국가 간 평시관계를 회복하는 것임에 비하여, 한반도의 경우 남북한에 관한 한, 무력분쟁 이전의 법적 상태 자체가 통상적인 국가 간의 평시관계와는 차이가 많은 독특한(*sui generis*) 관계였던 것이다. 남북한의 경우 1945-1950년 기간의 국제법적 상태의 불명확성으로 인하여 회귀할 시점이 언제인지(1945년의 시점, 1948년 또는 1950년?), 또한 회귀한다고 할 경우 그 법적 상태 및 내용이 무엇인지가 분명하지 않다는 문제가 있다.

이러한 사실은 한반도 상에서의 평화체제의 수립과 관련하여 그 동안의 통설적인 사고였던 정전협정의 평화협정에 의한 대체라는 방식에 대하여 심각한 재성찰을 요구한다. 그 동안 평화협정의 체결이 주요한 이슈로 등장하였던 것은, 먼저 통상적인 무력분쟁의 경우 평화조약의 체결에 의하여 전쟁상태가 종료되었다는 사실로부터 기인하는 이론적 관성이 작용한 데다 북한이 평화협정의 체결을 즐기치게 요구해 왔기 때문이다. 북한은 6·25의 종료 이후 체제정당성의 확보를 위해 남측과 전개한 생사를 건 투쟁에서 항상 남측을 미군의 군사점령 하에 있는 것으로 보았다. 또한 형식적인 측면에서 보더라도 남한이 정전협정의 서명을 거부하였기 때문에 북·미 간의 평화협정 체결 주장이 더욱 용이하였다. 주지하다시피 북한의 평화협정 체결 주장은 남한으로부터의 미군 철수와 직결되는 것이었다. 한반도에서 체결될 평화협정의 당사자를 둘러싼 그 동안의 논쟁의 배후에는 이와 같이 다양하고 복잡한 문제들이 놓여져 있는 것이다. 이 점과 관련하여 한반도에서의 냉전체제의 종식이 반드시 평화협정의 체결을 통해서만 성취될 수 있는지에 대하여 고찰해 볼 필요가 있다.

(2) 평화조약의 필수불가결성 여부: 독일 사례에 대한 분석

한반도에서의 평화체제수립과 관련하여 암묵적으로 널리 공유되는 전제는 평화조약체결의 필수성이다.⁵⁹⁾ 북한은 정전협정 이후 남북 간의 평화협정 체결을 주장해오다 1974년부터 방향을 바꿔 북·미 간 체결을 계속 주장하고 있다. 이러한 주장의 전제는 다음과 같은 인식에 극명히 드러나 있다.

정전협정으로써는 조선에서의 평화를 담보할 수 없다. 조선정전협정은 싸움

⁵⁹⁾ 매우 드문 예이긴 하지만, 남북기본합의서의 내용을 활용하여 평화협정 체결과 유사한 효과를 얻을 수 있다는 주장에 관해서는 제성호, “남북기본합의서와 평화체제 전환문제”, *북한* 제291호 (1996), pp. 152-158 참조.

을 정지한 데 대한 협정이자 조선에서의 완전한 평화를 담보하는 협정은 아니다. 우리나라는 지금 공고한 평화가 아니라 일시적인 정전상태에 놓여 있다. ... 그러므로 조선에서 보다 공고한 평화를 담보하기 위하여서는 정전협정을 평화협정으로 바꾸어야 한다.⁶⁰⁾

근래 남측에서도 평화조약 또는 협정의 체결 시기, 형식, 내용 등을 둘러싸고 활발한 논의가 진행되고 있다. 미국 측 역시 2006년 젤리코 보고서 이후 한반도 평화협정 체결에 대한 관심이 높아지고 있다. 이 보고서의 작성자인 젤리코 자신은 한국 언론과의 인터뷰에서 협상의 목표가 이른바 평화체제(a peace regime)가 아닌 평화협정(peace treaty)이어야 함을 분명히 하고 있다.⁶¹⁾

과연 한반도에서 평화체제 수립과 관련하여 새로운 평화조약의 체결은 필수적인가? 이미 위에서 한반도상에서의 정전체제 해소의 특수성에 대하여, 특히 남북한 양자 관계의 특수성과 관련하여 언급하였다. 전쟁상태의 종료라고 하는 소극적(negative)인 측면만 본다면, 국가 대(對) 국가 간의 전쟁 또는 무력분쟁이 반드시 평화조약 또는 평화협정에 의하여 종료되는 것은 아니다. 평화조약/협정의 체결이 가장 고전적이고 통상적인 방식이기는 하지만, 이 이외에도 단순한 적대행위의 중지(simple cessation of hostilities), 정전협정(armistice agreement), 승전국의 일방적인 선언(unilateral declaration of one or more of the victorious powers) 등의 다양한 방식이 있다.⁶²⁾ 문제는 평시관계의 회복이라는 적극적(positive)인 효과의 달성을 위해 새로운 평화조약의 체결이 반드시 필요한가의 문제이다.

이 문제와 관련하여 우리에게 많은 시사를 던져 주는 사례는 1990년의 독일통일이다. 1990년에 들어서서 독일통일이 급물살을 타게 되자 2월부터 '2+4 협상'이 진행되었다. 여기서 2는 서독과 동독을 의미하며, 4는 2차 세계대전 당시 전승국으로서 통일 전 독일에 대하여 잔존적인 권한(Berlin에 대한 4대국의 권한은 그 상징적인 예이다)을 보유하고 있던 미·영·불·소련의 4국가를 의미한다. '2+4 협상'이 개시되었을 때 제기되었던 문제는 독일통일 문제를 어떠한 법적 틀

⁶⁰⁾ 국제법학(법학부응), 전계주 57, pp. 274-275.

⁶¹⁾ 이상일, “‘한반도 종전선언’ 디자이너 젤리코의 북핵 접근법”, 중앙일보(2007. 10. 10). 이 인터뷰에서 젤리코는 평화조약이 협상의 목표여야 할 이유를 다음과 같이 밝히고 있다. “평화체제라는 용어는 모호하다. 그건 가끔 신뢰구축 조치의 채택을 뜻하는 말로 쓰인다. 그러나 그런 조치는 정전협정을 현대화하는 것일 뿐 그걸 대체하는 건 아니다.”

⁶²⁾ 이에 대한 상세한 논의에 관하여는 다음의 문헌을 참조하시오. Shearer, 전계주 58, pp. 516-518.

에서 다룰 것인가였다. 이 문제와 관련하여 소련 측은 평화조약(peace treaty)의 체결이라는 형식을 통하여 독일통일 문제에 접근할 것을 제안하였다.⁶³⁾ 전체 독일에 대한 4대 강국의 잔존적 권한이 2차 세계대전을 계기로 부여되었다는 점이나, 포츠담 선언 등에서 자주 평화협정에 대한 언급이 있었던 점⁶⁴⁾ 등에 비추어 볼 때 이러한 소련의 제안이 부당한 것은 아니었다. 이러한 점은 당시 서방 진영의 영국이나 프랑스 역시 평화조약이라는 법적 틀을 통독문제에 적용하려고 하였다는 점에 비추어 보더라도 쉽게 알 수 있다.⁶⁵⁾

그러나 당시 서독은 이러한 제안에 단호히 반대의 입장을 표명하였다. 서독은 새롭게 등장할 통일독일이 패전국이 아닌 정상적인 유럽 국가로서 대우받기를 원했다.⁶⁶⁾ 또한 평화조약 체결을 위한 협상이 개시될 경우 2차 세계대전 중 40여 개에 달했던 독일의 적국들이 참여하게 되고 각종의 배상 문제가 제기됨에 따라 통일이 지연될 우려도 적지 않았다.⁶⁷⁾ 이 문제에 관하여 미국과 서독의 견해가 일치하고 또한 소련도 평화조약의 방식을 고집하지 않으므로써 더 이상의 논란은 없었다. 결국 독일통일과정에서 평화회담의 소집을 통한 정식의 평화조약은 체결되지 않았고, ‘2+4 조약’(정식명칭은 ‘독일 문제의 최종해결에 관한 조약’(Treaty on the Final Settlement with Respect to Germany))이 사실상 평화조약의 대체물이 되었던 것이다.⁶⁸⁾

63) Peter E. Quint, *The Imperfect Union: Constitutional Structures of German Unification* (Princeton: Princeton University Press, 1997), p. 268.

64) 예를 들면, 종전 후 독일영토의 재편성 문제와 관련하여 이러한 문제의 최종적인 해결은 장차 개최될 평화회담에 위임되고 있다. 포츠담 선언 제6절 (코니히스베르크 및 인접지역)에서는 “pending the final determination of territorial questions at the peace settlement”라는 표현이 사용되고 있다.

65) Stephen F. Szabo, *The Diplomacy of German Unification* (New York: St. Martin's Press, 1992), p. 71.

66) Ibid., pp. 67-68.

67) Quint, 전계주 63, p. 268. 젤리코와 라이스는 다음과 같이 설명하고 있다. “Blackwill and a member of his NSC staff, Robert Hutchings, sent a memorandum to Brent Scowcroft arguing that Gorbachev, alarmed by the threat to the GDR's existence, might call for a German peace conference, perhaps inviting all the World War II combatants. ... At such a German peace conference, the Soviet leader could then propose that Germany be reunified over a period of years, under conditions of neutrality and substantial demilitarization. The Soviets might propose, for example, that Germany remain in the EC but not in NATO. The East Germans would support the Soviets on the substantive issues, while the British and the French would want to brake moves toward unification. Bonn and Washington would be diplomatically isolated.” Zelikow & Rice, 전계주 3, p. 154.

이 사례가 주는 교훈은 첫째 상당한 시간이 경과한 전쟁 또는 무력분쟁의 법적 정리를 위하여 반드시 평화조약 또는 협정의 형식을 고집할 필요는 없다는 것이며, 둘째 통상적인 방식인 평화조약의 체결이 경우에 따라서는 (특히 참전국이 다수인 경우) 주어진 문제의 해결에 방해가 될 수도 있다는 점이다. 셋째, 2+4 협상에 있어 서독 정부의 기본입장은 자신이 결코 패전국 또는 전범국이라는 과거 사실에 기초하여 법적·도덕적으로 열등한 입장에서 회담을 진행하기를 거부하고, 종전 후 45년 간의 변화를 바탕으로 4대 강국과 대등한 입장에서 미래지향적인 관점에서 협상을 전개하였다는 점이다.⁶⁹⁾ 위에서도 지적한 바와 같이 현재 한반도 문제와 관련하여 논의되는 평화협정은 50여 년이 넘는 과거 사실(예를 들어, 남측이 정전협정의 체결에 반대하고 또한 이 협정에의 서명을 거부하였다는 사실)에 상당한 비중을 부여하기도 하고 또한 정전협정의 실질적 당사자인 남한을 배제하거나 차별적 지위에 두는 방식이 거론되기도 하였다. 미래지향적인 관점에서 본다면, 한반도상의 평화체제 구축과 관련하여 남한이 수행할 역할의 중대성은 부인하기 어려울 것이다.

앞으로의 논의에서는 위의 교훈을 참조하여 먼저 정전협정의 평화협정으로의 대체라는 고전적 방식에 의한 교과서적 해결만을 모델로 설정할 것이 아니라, 정전협정 체결 이후 50년이 넘는 장구한 기간의 경과 및 그 동안의 변화, 한·미 관계에 있어서의 한국의 역할의 증대, 동북아의 항구적 평화와 안정 등의 요소를 종합적으로 고려하여 이러한 고려 요소를 담아낼 수 있는 유연한 법적 형식을 찾아내려는 노력이 필요할 것이다.

(3) 한반도 냉전체제 종식을 위한 합의의 내용

이 문제와 관련하여 살펴볼 필요가 있는 것은 한반도상의 냉전체제의 종식을 목표로 하는 합의에 어떠한 내용들이 담길 것인가 하는 것이다. 기존의 논의에서는 장래에 체결될 평화협정의 내용으로서 다음과 같은 것을 들고 있다.

- (a) 남북한 특수관계의 인정·존중
- (b) 한국전쟁(또는 정전상태)의 법적 종결 및 평화상태 회복

⁶⁸⁾ Dinstein, 전계주 27, p. 33 (“The 1990 Treaty may be deemed a final peace settlement for Germany.”).

⁶⁹⁾ Frank Elbe & Richard Kiessler, *A Round Table with Sharp Corners: The Diplomatic Path to German Unity* (Baden-Baden: Nomos, 1996), p. 74.

- (c) 남북 쌍방 간의 평화의지 확인
- (d) 불행한 과거사의 정리(엄격히 법적 책임을 묻지 않고 6·25 발발책임 규명은 후대의 역사적 판단에 맡긴다는 것으로 합의될 가능성이 높음)와 미래 지향적 통일을 위한 공동 노력 명기
- (e) 비무장지대의 평화지대화 및 평화적 이용 추진
- (f) 남북한 평화지대 관리기구의 설치
- (g) 불가침의무 확인 및 이행보장
- (h) 불가침 경계선(육상·해상 및 공중)의 설정 및 군사분계선의 불가침 경계선으로의 대체
- (i) 통행·통신·통상 분야에서의 포괄적인 남북 협력 의지 및 원칙 천명
- (j) 우발적 무력충돌의 해결방법을 비롯한 군사적 신뢰구축 조치
- (k) ‘남북기본합의서’의 전면적인 이행·실천 및 분야별 남북공동위원회의 정상화
- (l) 국제평화감시단(미·중 대표단으로 구성)의 설치 및 감시방안 등.⁷⁰⁾

또한 남북평화협정의 핵심적인 내용으로서 “한반도에서 전쟁상태를 완전 종결 시키고 적대 쌍방 간의 관계를 정상화시키는 것이어야 한다. 즉 남북한 관계정상화가 남북평화협정의 핵심이 되어 한다”고 지적되고 있다.⁷¹⁾ 이러한 주장과 관련하여 먼저 지적할 수 있는 점은 과연 “남북한 관계정상화”의 의미가 무엇인가 하는 것이다. 통상적인 평화조약의 경우 전쟁 또는 무력분쟁 발발 전의 통상적인 평시관계로의 회귀 또는 복귀(jus postliminii)가 “정상화”의 기본적인 내용일 것이다. 그러나 한반도의 경우 남북한 관계정상화의 의미는 무엇이며 또한 이는 어떠한 방식으로 성취될 수 있는가? 과거 특정 시점의 법률상태로의 회귀를 통하여, 아니면 애초에 남북한 관계의 특수한 잠정성에 비추어 미래지향적·형성적인 방식을 통할 것인가? 기존의 평화협정 체결 논의에서는 이러한 의문에 대하여 좀더 근본적인 문제제기가 그다지 자주 행해지지 않고 있는 것 같다.

남북평화협정의 내용과 관련해서도 여러 가지 의문이 제기된다. 먼저 위에서 언급된 내용들은 근본적으로 남북한이 주도하는 평화협정을 전제로 한 내용인데 그 내용의 대부분이 이미 남북기본합의서 및 부속합의서의 내용과 겹치고 있다. 새로이 체결될 평화협정이 위와 같은 내용을 가진 것이라면 최소한 내용적 측면

70) 백진현, “남북한 평화체제 구축의 과제와 문제점”, 한국정치학회 광복50주년 기념학술대회 발표논문 (1995. 11. 11.); 제성호, 전개주 6, pp. 259-260.

71) 제성호, 전개주 6, pp. 258-259.

에서 새로운 협정의 의의 및 필요성은 상당히 낮다고 볼 수밖에 없다.⁷²⁾ 제안된 평화협정의 내용의 대부분은 남북기본합의서를 비롯하여 그동안 남북한 간에 체결된 각종 합의(EU/EC법상의 표현을 차용하자면 ‘acquis inter-coréen’)에 의하여 이미 커버되고 있는 것이다. 따라서 이들 내용을 새로운 평화협정에 반복해서 규정하는 대신에, 6자회담 또는 ‘2+2’ 회담의 틀 내에서 채택되는 문서에서 단지 남북한 간에 체결된 문서명을 언급하고 그들의 준수를 의무화하는 방안도 생각해 볼 수 있을 것이다. 한반도 평화체제 수립에 있어 남북한 관계 외에 북·미 관계도 중요하고 실제로 북한이 이 측면을 강조하고 있음에 비추어 북·미관계를 다루는 문서도 별도로 채택할 수 있을 것이다.

또 하나의 문제점은 남북한 간에 위와 같은 내용을 담고 있는 국제문서를 채택할 경우, 과연 그 문서를 평화조약 또는 평화협정으로 부를 수 있는지 의문이다. 위에서 언급한 내용의 대부분은 남북한 간의 특수하고 잠정적인 관계를 여전히 전제로 한 기초 위에서 양 실체 간의 긴장완화 및 교류 협력을 증진하는 것을 목표로 하고 있다. 예를 들어 이 협정의 체결을 통하여 “통상적인 외교관계”가 “회복”되는 것이 아니라, “남북한 특수관계의 인정 및 존중”(이 사항은 내용적으로 이미 남북기본합의서에 의하여 커버되고 있다)이 요구되고 있다. 통상적인 평화조약은 조약 당사자 상호 간에 묵시적인 국가승인을 결과한다.⁷³⁾ 남북관계의 특수성에 비추어볼 때, 남북한 간에 체결될 합의가 이러한 통상적인 평화조약과는 사뭇 다를 것이다. 이처럼 그 실체적 내용 및 이론적 전제의 측면에서 통상적인 평화조약과 한반도상에서의 평화체제 구축 간에는 상당한 괴리가 존재한다. 이러한 점을 간과하고 마치 한반도 상에서도 통상적인 평화조약/협정 방식이 적용될 수 있는 것처럼 보는 것은 문제라 할 것이다.

4. 맺는 말

지금까지 한반도 평화체제수립과 관련하여 국제법적인 측면에서 몇 가지 문제를 분석해 보았다. 첫째, 근래 활발한 논의의 대상이 되고 있는 종전선언과 관련하여 이 방안의 암묵적 전제(“한반도는 아직까지 법기술적으로 전쟁상태에 있다”)가

⁷²⁾ 물론 새로운 평화협정이 법적 구속력을 갖춘 문서라든지 또한 미국, 중국 등의 국제적 보장이 제공된다는 점 등에서 그 규범적·실천적 의의 및 필요성을 발견할 여지가 있을 것이다.

⁷³⁾ Dinstein, 전계주 27, p. 36.

국제법상 정확한지를 고찰하였다. 이 글에서는 1953년 정전협정의 체결 또는 그 이후의 시간의 경과/당사국의 실행 등에 의하여 현재는 전쟁상태가 종료되었다고 보는 것이 타당할 것이라는 견해를 제시하였다. 이렇게 볼 경우 한반도 종전선언은 국제법적으로는 단지 확인적·선언적 효력을 갖는 데 불과할 것이다. 물론 이런 선언이 갖는 정치적·상징적 중요성을 가볍게 평가할 수는 없을 것이다.

둘째, 필자는 평화체제 수립과 관련하여 남북한 관계가 갖는 특수성을 충분히 고려해야 할 필요성을 강조하였다. 남북한은 무력분쟁 발생 시부터 지금까지 통상적인 국가 대(對) 국가의 관계도 아니었고, 평화조약 내지 협정을 통하여 회귀하여야 할 시점도 명확하지 않은 점 등에 비추어볼 때, 통상적인 평화조약 내지 협정의 방식은 재고의 여지가 많다.

셋째, 필자는 또한 한반도 평화체제 수립과 관련하여 “정전협정의 평화협정에 의한 대체”라는 공식이 유일하고 가장 타당한 방식인지에 대하여 의문을 제기하였다. 평화체제 수립에 있어 주도적 역할을 행할 남북한 관계의 특수성, 1953년 적대행위 중지 이후 장구한 세월의 경과 등의 요인을 고려할 때, 정식의 평화조약 내지 협정의 체결 이외의 방식을 통해서도 소기의 성과를 올릴 수 있을 것이다. 우리 사례에 적잖은 시사점을 던져 주는 독일통일과정을 살펴봐도 정식의 평화조약 없이 실질적 당사자 간의 ‘2+4 조약’의 체결을 통하여 문제를 해결하였다. 달리 말하면 “평화조약 없는 평화”도 가능한 것이다.

이 글을 통하여 필자가 주장하고 싶었던 것은 한반도 평화체제 수립이라는 복잡다기한 문제의 해결을 시도함에 있어 ‘고전적’, ‘교과서적’인 방식의 준수라는 도그마(dogma)에 사로잡히지 말고, 한반도 상황이 갖는 특수성에 착목하여 이에 적응하는 유연하고도 기능적인 접근방법을 택해야 한다는 것이다. 위에서도 지적한 바와 같이 남북한 간의 법적·정치적 관계는 통상적인 이론으로서는 설명·해결이 매우 어려운 독특한(sui generis) 것이다. 이러한 독특성에 대하여 정당한 고려를 베풀지 않고, 통상적인 평화조약이라는 형식이 약속하는 최종성·공식성(公式性)의 이점에 지나친 가치를 부여하는 것은 문제의 합목적적 해결을 방해할 수도 있을 것이다.

주제어: 종전선언, 평화조약, 한국전쟁, 정전협정, 정전, 남북기본합의서, 2+4조약, 조약의 해석

<Abstract>

A Declaration of the End of the Korean War and the Establishment of a Peace Regime - Their International Legal Implications

Keun-Gwan Lee*

This article attempts to address the question of establishing a peace regime on the Korean peninsula from an international law perspective. In Korea and beyond, a heated debate is being conducted on how to articulate “a permanent peace regime on the Korean Peninsula” (the expression used in the September 19, 2005 Agreement on a Joint Statement). This debate gained an added urgency with the President Bush’s mention (November 2006) of the declaration of the end of the Korean War as a possible step to the resolution of the North Korean nuclear crisis.

This article deals with the following questions. First, the implicit premise of the current debate is that the state of war still obtains on the Korean Peninsula. To use the popular expression often found in the mass media, the Peninsula is “technically still at war”. In this article, it is argued that the premise could be mistaken from the vantage point of international law. According to a powerful doctrine gaining increasing currency in the post-1945 period, the state of war can be brought to an end by a general armistice such as the 1953 Korean Armistice. Such a conclusion signifies that a declaration of the end of the Korean War will have a declaratory or confirmatory effect only, not having the effect of terminating the war *ex nunc*.

Next, I have tried to inject a healthy dose of skepticism into the conventional wisdom that a “classical” peace treaty is a *sine-qua-non* to the establishment of a peace regime on the Korean Peninsula. In this connection, one needs to revisit

* Associate Professor, College of Law, Seoul National University

the German experience in the process of its unification. In the negotiations for German unification, the former Soviet Union argued that a peace conference be convened for the conclusion of a peace treaty and this position was supported by France and the United Kingdom. The Federal Republic of Germany (then West Germany) objected to this proposal because, among others, it would entail Germany having to deal with more than 40 states which had declared war on the Third Reich. It is generally agreed that the so-called ‘2+4 Treaty’ is a final peace settlement for Germany. This experience clearly shows that in reaching final closure to an armed conflict which ended a long time ago, the “classical” avenue of peace treaty is not only not indispensable, but could prove counterproductive.

As for the content of the proposed peace treaty, a substantial portion of it overlaps with the content of the 1991 Inter-Korean Basic Agreement. Under the circumstances, the confirmation of *acquis inter-coréen* (ie, the agreements achieved up to now in inter-Korean relations) backed up by the endorsement and guarantee by the relevant powers such as the United States of America and the People’s Republic of China could be tantamount to a functional equivalent of peace treaty.

In this article, I have tried to expand the epistemological horizon of the current debate on the peace regime on the Korean peninsula. In particular, I stressed the need to avoid the theoretical inertia or psychological trap of regarding “classical” peace treaty as a *sine-qua-non* to the establishment of peace in Korea.

Key words: declaration of the end of war, peace treaty, the Korean War, armistice agreement, armistice, the Basic Agreement between North and South Korea, 2+4 Treaty, treaty interpretation