

법 체제를 통한 한반도 평화연구*

최 철 영**

- I. 서 론
- II. 법적 의미에서 한반도 평화체제
- III. 한반도 평화체제구축을 위한 냉전적 법체도의 해체
- IV. 한반도 평화체제를 위한 법규범체제의 수립
- V. 결론

I. 서 론

한국전쟁은 발발한지 반세기가 지났지만 법적으로 종결되지 않은 채 21세기를 맞았다. 한반도는 냉전시대를 법적으로 상징하는 정전협정체제하에서 단지 전쟁없는 불안정한 평화상태를 유지하고 있다. 전투의 일시적 중지상태로서 정전체제를 항구적인 평화협력체제로 전환해야한다는 당위성에 대해서는 남북한은 물론 한반도 주변국가들 모두 공감하고 있다. 북한은 이미 1962년부터 '북남평화협정'체결을 주장하였으며¹⁾ 1994년에는 현재의 정전협정은 미국의 지속적인 위반행위로 인해 이미 '빈 종잇장'이 되었다고 주장하면서 미국에 대해 평화협정체결을 포함한 '새로운 평화보장체계'수립을 위한 포괄적 협상을 제의한 바 있다.²⁾ 남측은 지난 50여년간 한반도 냉전질서를

* 이 글은 2005학년도 대구대학교 학술연구비의 지원을 받아 조성된 것임.

** 대구대학교 교수.

1) 북한의 평화협정체결주장의 4단계 변천과정에 관하여는 제성호, 『한반도 평화체제의 모색』, 서울:지평서원, 2000, 109-115참조.

2) 통일원, 월간 북한동향, 1994, 4, 244-246면.

규정해 온 정전상태를 평화상태로 전환하고 남북관계 및 대외관계에서 이를 보장하는 제도적 발전 형태로서 한반도평화체제구축을 추진하고 있다.³⁾

그러나 신뢰할 수 있는 한반도평화체제의 구축은 정치적 사건을 통해서 이루어지기 보다는 평화단계에 따른 이행보장법제의 형성과정을 통하여 이루어져야 한다. 이 과정에서 해결되어야 하는 법제의 문제는 남북의 국내법제 뿐만 아니라 남북간, 한미간, 북미간의 합의서, 조약, 기본합의서 등 국제정치적 합의 또는 국제법적 합의가 포함되어 있다. 이들 법적 과제는 서로가 난마처럼 얽혀 있어 풀어내기 쉽지 않다. 예컨대 당장 북한의 핵무기 및 핵관련 프로그램과 관련해서는 남북과 한반도 주변국가들 간의 9.19 베이징공동선언이 존재하지만 그 간의 경험을 살펴 볼 때 한반도문제가 어떤 합의로 일거에 해결된 일은 없다. 이를 고려하면 6자간의 합의는 한반도평화를 위한 중대한 전진이지만 궁극적 해결은 아직 먼 길을 돌아가야 할 것이다. 또한 북미간의 갈등과 한반도의 이익이 교차하는 접점에는 한반도내 군사작전통제권⁴⁾ 및 주한미군 문제와 관련된 SOFA를 포함하는 한미상호방위조약이 존재한다. 한미상호방위조약은 한반도의 상황변화에 부응하여 수평적 관계의 동맹조약으로 전면개정 또는 폐기되어야 하지만 한미상호방위조약에 의한 한미연합군사령부(CFC)는 한국정전협정에 따른 기구인 유엔군사령부(UNC)와 밀접한 관련을 맺고 있다. 한반도 냉전체제의 상징인 정전협정은 남북한 주민에게 직접적으로 냉전적 질서를 강요하는 남한의 헌법, 국가보안법이나 북한의 노동당규약 및 헌법과 형법 등 각각의 국내법제 개폐문제와 연관되어 있고, 정전협정을 대체하기 위한 법제도로 논의되는 남북기본합의서의 법적 성격 및 효력과도 관련되는 문제이다. 남북기본합의서는 정전협정의 대체를 위한 기술적인 방안으로서 새로운 남북평화협정체결과 관련되어 있으며 어느 경우에도 합의의 이행보장을 위해 동북아안전보장체제 구성을 위한 다자조약의 체결이 뒤따라야 한다. 문제는 이러한 관련 법제도간의 순환적 상관성에서 그치지 않고 개별 법제도가 가지고 있는 법정정책적 정당성, 합헌성, 법적 성격 등과 다시 혼합되어 있다는 것이다.

따라서 평화협정의 체결만으로 ‘한반도냉전구조’가 해체될 수 있다는 주장은 남북관계의 역사성과 국제적 이해관계에 대한 단일한 판단에 기초한 것이다. 한반도 평화를 위한 초기적 법적 환경은 남북기본합의서에 ‘예비적 평화조약’의 의미를 부여하고 그 후속문서로서 남북 의회의 비준을 얻는 평화선언을 통해 마련되어야 한다. 정

3) 통일부, 평화변영정책 해설자료, 2003. 3.10. 참조.

4) 한국정부는 2005년 9월말 한미 안보정책구상(SPI)회의에서 전시작전통제권 환수를 위한 협의를 미국측에 공식 제안한 것으로 알려져 있다. 중앙일보(인터넷판), 2005. 10. 12.

전협정의 폐기, 냉전구조해체, 평화에 대한 국제적 보장을⁵⁾ 내용으로 하는 한반도 평화협정체결은⁶⁾ 정전협정에 기초한 냉전질서를 전적으로 타파하고 남북통일을 통한 한반도 평화변영의⁷⁾ 시작을 알리는 법체제(legal regime)의 출발점이어야 한다.

II. 법적 의미에서 한반도 평화체제

1. 평화의 개념

종래 평화는 전쟁, 전란, 폭동 등에 대한 반대개념으로 정의되어 왔다. 즉 무력적 충돌이 없는 상태 또는 충돌의 비폭력적 해결을 평화로 이해해 왔다. 국제사회에서 평화는 국가간의 무력충돌이나 국가내의 반란, 폭동, 혁명 등 모든 종류의 폭력이 통제된 안정상태로 인식되어 왔다. 이러한 평화개념은 '소극적 평화'로 언급되며 조금 더 확장되어 상호비방 및 적대적 심리전의 중지상태까지 포함한다.⁸⁾

하지만 모든 사회질서가 인간이 인간답게 살기 위해 인간이 만들어낸 역사적 산물이라는 시각에서 보면 사회구성원 각자의 삶의 질을 보장하는 안정된 질서만이 평화라고 할 수 있다. 따라서 비록 안정된 질서라 하더라도 그 질서가 선택받지 못한 구성원의 삶을 구조적으로 위협하거나 불안정하게 하는 질서인 경우, 평화적인 질서라고 할 수 없다. 이러한 입장에서 '적극적 평화'의 개념이 주장된다. 적극적 평화개념에서 보면 '구성원의 존엄성이 제도적으로 보장된 상태', '국제사회의 건설적 통합상태' 등은 평화로 볼 수 있으나 단지 폭력이나 현저한 우월적 힘에 의해 국제사회 구성원의 저항이 말살된 상태는 평화로 볼 수 없다.⁹⁾

5) 이철기, “한반도 평화체제와 정치군사적 방안모색,” 이장희 편저, 『북미관계정상화와 한반도 평화체제모색』, 2001, 5면.

6) 이 글에서 지향하는 한반도 평화협정의 의미는 전쟁 또는 전쟁상태의 종료를 목적으로 체결된 당사국간의 법적 합의문서라는 전통적인 평화협정의 의미를 넘어 적극적인 의미의 평화개념을 반영하여 남북통일과 민족변영을 위한 상호협력관계에 대한 남북간의 명시적 합의로서 평화협정을 의미한다.

7) 한반도의 평화변영정책은 한반도의 항구적 평화를 토대로 민족공동체형성의 기반을 마련하고 동북아 경제중심국가 건설의 기본토대를 제공하기 위한 통일, 외교, 국방, 경제 전반을 포괄하는 정책으로 정의되고 있다. 통일부, 평화변영정책 해설자료, 2003. 3.10. 참조.

8) 고병철, “남북한 평화체제의 접근방법 및 방안,” 구영록 외(편), 『남북한의 평화구조』, 1990, 332면.

9) 이상우, “21세기 세계질서와 평화에 대한 새로운 접근,” 『국제정치논총』 36집 1호, 1996, 17면.

이런 측면에서 패권에 의한 국제질서유지를 위해 사활적 국익의 개념을 폭넓게 정의하고 세계의 모든 국가를 압도할 수 있는 군사력을 보유하여 동시다발전쟁 수행능력을 추구하는 미국의 수위(primary)전략에¹⁰⁾ 의한 평화와 세계질서는 강요된 평화라고 할 수 있다. 압도적 힘을 통한 세계지배구조의 추구는 결국 초보적 대량살상무기의 개발, 조립능력의 사전예방을 핑계로 선제공격을 포함하는 ‘예방전쟁’(preventive war)을 정당화하게 된다.¹¹⁾

남한정부의 평화에 대한 인식 또한 소극적 평화에서 적극적 평화의 추구로 변화하고 있다. 예컨대 1974년 남한이 남북상호불가침협정의 체결을 제의하면서 “전쟁이라는 것은 완전히 포기하고 다시는 서로 침략을 하지 않는다. 무력을 가지고 대결을 하지 않는다는 것을 우리는 평화라고 하는데...”라는¹²⁾ 표현을 사용하였으나 1990년 남북고위급회담에서는 “대결상태를 해소하는 것은 소극적인 의미의 평화로 가는 길이라고 할 수 있으나 교류협력을 활발히 하는 것은 적극적인 의미에서의 평화로 가는 길입니다”라고¹³⁾ 하였다. 이러한 적극적인 평화개념은 남북실질협력의 심화와 남북경제공동체의 본격추진, 그리고 한반도의 변영이라는 남측의 평화변영정책에서 한 걸음 더 발전되어 있는 것으로 보인다.

2. 평화체제와 평화협정

1) 평화체제의 의미

제도적 체제를 ‘제도적으로 안정성이 보장된 기대구조’(structure of expectation)라고 한다면¹⁴⁾ 평화체제는 ‘구성원들간의 자발적 평화공존에 대한 합의가 제도를 통하여 안정성이 보장된 기대구조’라고 할 수 있다.¹⁵⁾ 기대구조 하에서는 구성원의 어떤 행위가 어떤 보상과 어떤 대응을 받게 될 것인지에 대한 예측이 가능하여야하며 예

10) 로버트 졸릭, 공화당의 외교정책, 장성민 책임편역, 『부시행정부의 한반도리포트』, 2001, 69-71면.

11) 국제법의 체계를 수립한 Hugo Grotius는 그의 저서 ‘전쟁과 평화의 법’을 통해 예방전쟁의 금지를 주장하였으며 현재 예방전쟁 또는 예방적 자위권은 국제법적 근거가 없다. 김정균·성재호, 『국제법』, 2003, 23-24면.

12) 국토통일원, 『남북대화백서』, 1988, 460면.

13) 통일원 남북대화사무국, 『남북대화』, 제52호, 1991, 17면.

14) 이상우, 21세기 세계질서와 평화에 대한 새로운 접근, 『국제정치논총』, 제36집 1호, 1996, 1면.

15) 최철영, “한반도평화협정 체결에 대한 법적·정책적 검토,” 평화통일연구소, 『한반도 평화협정체결 및 평화군축방안』, 2005.10.7. 97면.

측에 따른 결과가 이루어져야 한다. 그리고 이러한 과정이 안정적으로 이루어지기 위해서는 공포된 행위의 준칙과 그 준칙의 준수를 강제할 조직과 힘이 있어야 한다.

평화의 기대구조는 이러한 원리가 평화체제의 당사자간의 평등과 자발성하에 이루어져야 한다.

2) 평화체제와 평화협정

평화협정의 체결을 통한 전쟁의 종료는 국제법상 가장 오래된 제도이다.¹⁶⁾

전통적 입장에서 평화조약의 주된 기능은 적대관계와 폭력의 종식, 절충 또는 포기를 통한 상반된 주장의 해소, 그리고 옳고 그름과 관련없이 안정을 보장하는 새로운 질서를 수립하는 것이다. 그러나 평화는 단지 비폭력적인 상태, 무력적 적대관계의 부재, 또는 교전이 없는 기간이라는 의미 이상으로 발전되었다. 평화조약의 임무와 기능은 이전에 적대관계에 있던 당사국간에 영속성 있는 타협과 화해, 그리고 적대행위, 폭력행위, 공격행위, 상해 또는 손상행위 등을 행하였던 상대방 국가의 국민에 대한 용서와 사면을 달성하는 것을 목적으로 하게 되었다. 우호 및 선린관계의 회복을 의미하는 것이다.

다른 측면에서 현대에 있어 평화조약은 적대관계의 종료 이상을 것을 달성하고자 한다. 현대의 평화조약은 새로운 정치질서의 수립을 시도한다. 근대국제법의 출발점이 되었다고 평가되는 1648년의 웨스트파리아 평화조약(Westphalian Peace Treaties)이나 그 이후에 체결된 1713년 유티레히트 평화조약(Peace Treaties of Utrecht), 1748년 엑스 라 샤펠(Aix-la-Chapelle) 평화조약, 1815년 비엔나(Vienna) 평화조약, 1856년 파리(Paris) 평화조약, 1919-1923년의 베르사이유(Versailles) 평화조약 등은 당시의 정치질서를 변경하거나 새로이 형성하는 조약이었다. 특히 전후 평화보장을 위한 국제기구로서 국제연맹을 설치한 베르사이유 평화조약은 국제법의 역사에 있어 전환점을 이룬 조약이다.¹⁷⁾ 이들은 일반적 평화조약으로서 대부분의 경우 평화조약의 체결배경이 된 전쟁에는 참여하지 않았지만 작동가능하고 효과적인 정치체제를 수립하는데 있어서는 없어서는 안되는 국가들을 조약당사자로 포함하고 있었다. 또한 이들 평화

16) 가장 오래된 평화조약의 체결 사례는 대략 B.C. 1280년 경에 체결된 이집트의 파라오 람세스 2세(Rameses II)와 히타이트의 하투실리스 2세(Hattusilis II)간에 체결된 것이다. Max-Planck-Institut, 『Encyclopedia of Public International Law』, vol. 3, 1997, p. 938.

17) Randall Lesaffer, Peace Treaties and International Law in European History, Cambridge Univ. Press, 2004, p.4

조약은 안정적이고 생명력있는 정치체제에 필수적이라고 간주되는 원칙과 규칙들과 조약체결당사자들이 포함되어 있는 지역에서 힘의 균형(balance of power)원칙을 포함하고 있었다.¹⁸⁾

20세기에 들어 전통적 의미의 평화조약은 무력분쟁의 해결에 있어 그 독점적 기능을 상실해 가고 있다. 제2차 세계대전 이후 많은 무력분쟁들은 평화조약의 체결없이 종료되었으며,¹⁹⁾경우에 따라서는 휴전협정 또는 어떠한 법적 문서의 체결없이 전쟁이 종료되기도 하였다.

3) 평화체제구축의 과정

평화체제의 구축은 3단계로 나누어 살펴볼 수 있다.

첫 단계는 갈등이 상존하고 이를 해결하기 위한 외교교섭, 군비통제, 집단안보체제의 모색과 억제전략이다. 이 단계는 제3자의 참여 또는 관여 속에서 평화체제를 구축하기 위한 당사자 간의 교류와 협력, 그리고 신뢰를 구축하는 과정이다.

두 번째 단계는 평화관리체제로서 기구와 규범을 만들어 가는 것이다. 제도적 접근과 평화관리를 위한 국제법규범을 발전시켜 나가는 규범적 접근이 이 부류에 속한다. 이 단계는 당사자간의 자율에 의한 평화상태의 구조적 완성단계라고 할 수 있다.

세 번째 단계는 완성된 평화상태를 내면화하고 심화하는 단계이다. 큰 틀의 평화체제가 완성된 후 국가적 차원의 평화를 넘어 인류적 차원의 평화를 위한 반핵운동, 평화운동, 인권운동 등이 포함된다.²⁰⁾

현재 추진되고 있는 한반도평화번영정책도 3단계의 추진전략을 수립하고 있다. 하지만 한반도 평화번영을 위한 전략은 일반적인 평화체제의 구축을 위한 단계와 달리 인류적 차원의 평화체제까지 도달하지 못하고 평화관리기구로서 기구와 규범의 형성을 궁극적 목표로 하고 있다. 이는 적극적인 평화번영을 위한 시작점이 통상관계가 아닌 적대와 반목관계에서 시작한다는 한반도 현실을 반영한 것으로 보인다. 하지만 진정한 의미의 평화체제를 형성하기 위해서는 남북이 한반도통일을 위한 2단계로서

18) 이러한 원칙은 유트레히트 평화조약의 제2조에 다음과 같이 명시되어 있었다. "ad firmandam stabiliendamque Pacem ac Tranquillitatem Christiani Orbis, iusto Potentiae Aequilibrio, quod optimum et maxima solidum mutuae Amicitiae at duraturae undiquaque Concordiae fundamentum est."

19) 예컨대 1991년의 걸프전쟁(the Second Gulf War)은 UN 안전보장이사회의 결의를 통하여 종료되었다.

20) 이상우 교수는 이들 단계를 대중요법적 노력, 평화관리체제강화노력, 평화운동 등의 평화구축노력의 방법으로 서술하였다. 이상우, 앞의 논문, 21면 참조.

남북연합을 이루기 이전에도 남북의 주민이 인류적 차원의 사안에 대하여 함께 대응할 수 있는 기회가 부여되어야 한다.

3. 한반도평화협정의 체결

한반도에서 평화체제의 형성과 평화협정의 체결필요성의 근거에 대하여는 남북이 상이한 차이를 보이고 있다.²¹⁾

북한은 평화협정체결의 필요성·당위성을 현 정전협정의 사문화 및 정전기구의 기능 상실에서 찾는다. 즉 정전협정은 타방당사자인 미국의 광범위하고 중대한 위반으로 사문서가 되었으므로 유명무실해졌다고 한다. 또한 정전협정은 교전당사자간에 전쟁 상태에서 평화상태로 가는 과정의 과도적, 잠정적 체제이기 때문에 항구적인 평화가 보장될 수 없다고 한다.

남한은 정전협정이 상당부분 이행되고 있지 않지만 그래도 여전히 유효한 문서라는 입장이다. 다만 남한은 북한의 ‘정전기구 무력화에 따른 한반도위기관리체제의 기능정지’라는 현 상태에 근거하여 불가피하게 평화구축의 필요성을 인정해 왔다.

그 동안 남북 모두가 정전협정의 기능 중지라는 현실의 안보규범 공백을 채우기 위한 방법으로서 평화협정을 언급해 왔으나 남한은 최근 한반도평화체제의 필요성을 남북공동변영의 추구하고 동북아 경제중심국가 건설을 위해 필요하다는 매우 적극적인 현실적 요구에 근거하여 한반도평화협정의 필요성을 주장하고 있다. 이는 남북이 공감할 수 있는 공동의 이익을 전면에 내세움으로서 북한이 평화체제구축에 적극적으로 참여할 수 있는 명분을 부여하고 동북아국가의 공동변영을 제시함으로써 한반도에 이해를 가지고 있는 주변 국가들이 남북이 당사자가 되어 추진하는 평화체제의 지원세력이 될 수 있도록 한다는 의미가 있는 것으로 보인다.

하지만 한반도평화변영을 위한 한반도의 평화협정을 체결하기 위해서는 남북간의 발전격차 해소가 전제되어야 한다. 남북간의 발전격차는 한반도의 대결상황에서 남측이 북한을 압도하여 북한의 경쟁포기와 투항을 가져오기 보다는 한반도의 불안정을 심화시켜 한반도 평화의 위협요소가 될 수 있기 때문이다.

III. 한반도 평화체제구축을 위한 냉전적 법제도의 해체

21) 제성호, 앞의 책, 155면.

1. 다자조약체제 - 한국정전협정의 폐기

1) 정전협정의 법적 성격

1950년 6월 25일부터 1953년 7월 27일까지의 한국전쟁은 한국군사정전협정의 체결로 정지되었다.

정전협정의 서문은 “쌍방에 막대한 고통과 유혈을 초래한 한국충돌을 정지시키기 위하여서 최후적인 평화적 해결이 달성될 때까지 한국에서의 적대행위와 일체 무장행동의 완전한 정지를 보장하는 정전을 확립할 목적”에 상호 동의하였으며 “이 조건과 규정들의 의도는 순전히 군사적 성질에 속하는 것이라”고 하였다. 정전협정의 체결 이후에도 한반도에는 평화를 근본적으로 위협하는 많은 사건과 사태가 있었음에도 전쟁없는 상태라는 의미에서 한반도의 평화는 유지되었다. 정전협정은 한반도에 정전없는 상태와 관련된 유일한 국제법적 차원의 장치였다.

정전협정의 국제법적 성격에 대해서는 정전(truce)의 의미가 교전국 군대간의 합의에 의한 단기적이며 부분적, 일시적 전투행위의 정지를 말하므로 한국정전협정은 엄격한 의미에서 휴전협정이 옳바르다고 한다. 왜냐하면 일반적 휴전(armistice)은 정치적 목적을 위해 체결되고 교전국의 전 전선에 걸친 적대행위가 중지되는 것을 의미하는데 한국정전협정의 발효로 즉각 전 전선에서 육해공군의 적대행위가 일체 정지되었기 때문이다. 하지만 정전협정은 첫째, 군사적 목적에서만 체결되는 것이라는 문구가 정전협정에 명시되어 있으며,²²⁾ 둘째, 협정내에 평화협정의 체결을 위한 회담을 예정하고 있다는 점,²³⁾ 셋째, 휴전협정은 그 정치적, 군사적 중요성으로 인하여 당사국의 국내 비준절차를 받아야 하나 휴전협정으로서 한반도 정전협정은 남한 내의 국회에 의한 비준을 받지 않았다는 점에서 휴전협정으로 보기에 법적으로 매우 중요한 흠결을 가지고 있다. 따라서 휴전협정으로서의 요건을 충실히 갖춘 것도 아니다. 그 결과 정전협정의 법적 성격은 효과에 있어 일반적 휴전인 동시에 절차에 있어 정전이라는²⁴⁾ 이중성을 갖고 있게 되었다. 그러나 한반도의 현실은 정전의 장기화에 따른 적대관계의 해소가 이루어졌다고 보기 어렵고, 휴전협정과 달리 정전협정이 그 자체로 본격적인 평화협정으로 전환되기에는 그 성격과 내용에 있어 한계가 분명하기 때

22) 한국군사정전협정 서문 참조.

23) 한국군사정전협정 제62조.

24) 유엔의 관행상 정전은 유엔이 당사자로 되어 있는 적대행위가 유엔기관의 조치에 의하여 정지되는 것을 말하기 때문에 정전이 틀린 용어의 사용이 아니라는 지적은 제성호, 한국정전협정의 법적 재검토, 국제법학회논총, 제45권 제1호, 219-220면.

문에 ‘정전협정’으로²⁵⁾ 보아야 할 것이다.

2) 정전협정의 당사자

북한은 정전협정의 당사자를 ‘실질적 당사자론’에²⁶⁾ 근거하여 미국과 북한이라고 주장해 왔다. 이 논리는 정전협정의 서명자가 유엔군사령관, 조선인민군 최고사령관, 중국인민지원군 사령관이며, 중국은 이미 북한에서 철수했고 유엔군은 실질적으로 미군이므로 결국 미국과 북한이 실질적 당사자라는 것이다. 북한은 근본적으로 유엔을 미국의 영향 하에 있는 국제조직으로 이해하고 있을 뿐만 아니라 구체적으로 정전협정의 일방당사자인 클라크 유엔군사령관이 미국의 장성이라는 점을 지적한다. 또한 북한은 미국이 남한에 있는 전반적 무력에 대해 통수권을 행사하고 있으며, 남한은 국군에 대하여 작전통제권을 갖지 않는다는 점에서 미국이 한반도 평화협정의 당사자가 되어야 한다고 강조한다.

그러나 정전협정의 당사자는 유엔과²⁷⁾ 유엔군과 연합군을 형성한 한국이다. 미군은 연합군의 일원으로서 참여한 것이다. 국제기구의 기관으로서 역할을 하는 미국 국적의 유엔군사령관을 미국인으로 보는 것은 국제법의 일반원리에 반한다. 즉 유엔군사령관을 국제연합의 기관이 아니라 미국의 장성이라는 자연인으로 보고, 정전협정 서명자(signatory)의 국적과 그가 행한 법률행위의 귀속당사자를 혼동하였기 때문이다.²⁸⁾ 또한 한반도에서 현실적 법적 당사자는 휴전선을 두고 대치하고 있는 남과 북이다. 남북한은 한국전쟁의 주된 당사자였다. 정전협정 제60항과 1953년 8월 28일자 유엔총회결의에 입각하여 남한이 한반도 평화구축을 위한 1954년 제네바협정에 당사자로 참가하였다는 역사적 사실은 이를 증명한다. 더욱이 통상적으로 교전당사자가 양자간 또는 다자간 평화협정의 체결당사자가 되지만 경우에 따라 비 교전 당사자도 평화협정의 협상과 체결과정에 참여한다.²⁹⁾ 따라서 북한이 미국과 한반도 평화보장

25) 정식명칭은 ‘국제연합군 총사령관을 일방으로 하고 조선인민군 최고사령관 및 중국인민지원군 사령관을 다른 일방으로 하는 한국군사정전에 관한협정’이다.

26) 남한 정부가 미제국주의자의 괴뢰로서 자율성이 없기 때문에 북미간 평화협정이 체결되면 모든 한반도문제가 해결될 수 있다는 발상이었다. 제성호, 앞의 책, 27면. 주8.

27) 한국전에 미군은 유엔군의 일원으로 참전한 것이며 정전협정에 서명한 유엔군사령관은 유엔의 보조기관이다. 유병화, “한국통일에 관련된 몇 가지 국제법적 문제,” 『국제법학회논총』, 제33권 제2호, 1988, 8-10면.

28) 위의 논문, 29면.

29) 이는 평화협정을 통하여 광범위한 신 정치질서를 형성하고자 하는 경우에 적용된다.

협정을 체결하려는 것은 자주적 한반도문제의 해결과 민족공조를 통한 한반도 평화를 주장해온 북의 기존 입장과 상충되는 접근방식이다.

지금까지 남북관계의 발전은 향후 남북간의 협상에서 남한의 당사자 자격문제가 큰 문제가 되지 않을 수 있는 배경이다. 일부에서는 문건채택위주의 형식적 접근이라는 비판이³⁰⁾ 있지만 남북간에 한반도평화를 위한 자주적인 법규범적 합의문서로서 남북기본합의서가 채택된 이래 남북간의 합의사항은 문서화되고 있으며 이는 남북관계에 있어 문서에 의한 남북간의 합의경험을 축적하는 것으로 중요한 의미가 있다고 판단된다.³¹⁾ 또한 남북간에 합의문서가 많아지는 것은 남북관계의 투명성, 예측가능성, 확실성, 역사성 등에서 매우 중요한 의미가 있다.

더욱이 북한이 노동신문 등 주요언론을 통해서 ‘민족공조’에 대한 기대를 보이고 있는 것은³²⁾ 그 동안 북한의 남한 당사자 자격배제 전략이 갖고 있던 정치성을 배제하고³³⁾ 남한과 대화하고 합의하겠다는 의지를 보이는 것으로 판단된다. 이런 측면에서 북한의 미국에 대한 불가침조약 또는 평화조약체결 요구는 그 명칭에 관계없이 단지 북미간의 체제보장협정이며 한반도평화체제구축논의 및 한반도평화협정체결에 있어 남한 배제와는 무관한 것이라고 할 수 있다.

3) 정전협정 무실화

현 정전체제의 문제점은 전반적인 정전협정 위반사례에 대해 효과적인 협정상외의 제재방안이 결여되어 있으며,³⁴⁾ 1991년 3월 이래 군사정전위가 전혀 개최되지 않았고, 중립국감독위원회의 구성국들이 모두 철수한 상태라는 것이다. 또한 현 정전체제 하에서는 남북한간의 군비경쟁을 방지할 아무런 형식적 장치도 존재하지 않는다.³⁵⁾

Max-Planck-Institut, 『Encyclopedia of Public International Law』, vol. 3, 1997, p. 941.

30) 백진현, “휴전협정체제의 대체에 관한 소고,” 『통일문제연구』, 제3권 4호, 1991, 75면.

31) 최철영, “북한의 개혁개방과 남북교류협력법의 현주소와 개정방안,” 아시아사회과학연구원, 『북한의 개혁개방과 내전법령의 현주소』, 2002. 10, 32면.

32) 통일부, 북한동향, 제632호, 2면.

33) 북한은 2003.2.28 법률가위원회가 발표한 고소장을 통해 부시행정부의 93년 조-미공동성명과 94년 조미기본합의문의 미국측 의무를 위반한 것은 국제법원칙을 짓밟은 행위라고 비난하고 조미불가침조약이 미국상하양원의 비준을 통한 국제공약이 되어야 한다고 주장하여 어느 때 보다 법적 절차와 형식을 강조한 것은 북한의 대외관계에 있어 법률적 접근의 가능성을 보여주는 것으로 보인다. 통일부, 북한동향, 제633호, 31-32면.

34) 홍석률, “위기 속의 정전협정,” 『역사비평』, 2003 여름호, 2003. 5, 57면 이하 참조.

35) 한반도내 군사력 증강을 감시할 중립국 감독위원회가 와해된 현실에서 정전협정체제에 의한 한

현재 정전협정에 대하여 군사분계선의 위치에 관한 사항, 비무장지대 내 적대행위금지사항, 서해상의 NLL에 관한 사항 등 최소한 8개항과 2개 목이 효력을 유지하고 있다는 견해가 있지만³⁶⁾ 이들 중 오로지 육상군사분계선에 대해서만 현 상태가 유지되고 있으며 이마저도 남북이 일반국제법상의 원칙인 침략전쟁 금지의 원칙에 따라 존중하고 있다는 점에서 현실적으로 정전협정의 법적 구속력에 따라 당사자가 규범력을 인정하고 준수하고 있는 규정은 전무하다.

그 동안 북한은 정전협정 사문화를 통한 대미직접협상 모색이라는 전략을 펼쳐왔다.³⁷⁾ 정전협정 사문화전략으로 북한은 1991년 3월 이래 군사정전위원회 활동을 거부하고, 체코와 폴란드의 중감위 대표단을 철수시켰다. 1994년 5월에는 군사정전위원회를 대신하는 새로운 협상기구로 조선인민군판문점대표부를 설치하였으며 중국은 12월 자국 군사정전위원회 대표를 소환하였다. 이로써 한반도 정전협정을 관리하는 기구로 한국군 장성이 대표로 있는 군사정전위와 조선인민군판문점대표부가 관리하는 체제가 되어버렸다. 북한은 정전협정이 “평화를 보장할 수 없는 빈 종잇장으로 되고 군사정전위원회는 사실상 주인없는 기구로서 유명무실하게 되었다”고 주장하고 있다.³⁸⁾ 따라서 한반도의 평화와 안전을 보장하기 위해 “현 정전기구를 대신하는 평화보장체제의 수립”을 미국에 요구하였다.³⁹⁾

2. 양자적 차원 - 한미상호방위조약

1) 한미동맹의 비대칭성해소

동맹은 공동위협 존재 또는 이해관계의 일치에 근거하여 형성되는 것이다. 지금까지 한미관계는 비대칭성을 특징으로 하는 동맹의 논리에 의해 유지되어 왔다. 초강대국과 약소국간의 후견-피후견관계로서 비대칭적 동맹관계는 과거 미소 양대국의 군사적 대립체제 속에서 일반화된 형태이다. 하지만 탈냉전 시대의 국내외적 안보상

반도 군사력 증강은 형식적 통제장치 조차도 없는 현실이다. 한용섭, “한반도평화체제구축:내용과 추진전략,” 『통일문제연구』, 2002, 13면.

36) 제성호, 앞의 책, 71면 이하.

37) 한용섭, 앞의 논문, 6면.

38) 1994.4.28. 북한 외교부 성명.

39) 북한은 1962년 대남 평화조약의 체결을 주장하였다가 70년대에 들어 미국에 대해서는 평화조약의 체결은 남한에 대하여는 불가침조약의 체결을 주장하다가 2002년 이후에는 미국에 대하여 불가침조약의 체결을 주장하는 등 일관성없는 행태를 보여주고 있다.

황의 변화 속에서도 한미간의 냉전적 동맹관계는 그대로 지속되고 있다. 미국과 일본은 1996년 미일정상이 발표한 ‘미일 신안보선언’을 통해 비대칭적 동맹의 위계적 성격을 변화시켜 전략적 동반자관계로 수평화하는 계기를 마련하였다.⁴⁰⁾ 현재 탈냉전의 국제적 흐름 속에서 미국의 부시행정부는 자국중심주의적 국가이익의 관점에서 한반도 문제를 보고 있으며, 한국은 민족주의적 국가이익의 관점에서 주한미군과 한미동맹관계를 보기 시작하였다.⁴¹⁾ 한반도에서 미국의 이익은 민주주의와 시장경제체제의 확산과 유지에 있으며, 통일 후에도 한반도가 미국이 영향권에 남아 동북아시아에서의 미국의 경제, 안보 이익을 관철시키는데 있다.⁴²⁾ 이러한 미국의 이익이 존재하는 한 한미동맹의 비대칭성을 해소해 나가기 위한 고리는 형성되어 있는 것이다.⁴³⁾

2) 전시작전통제권문제

한미상호방위조약에 의한 동맹관계의 개선요구과정에서 기존의 유엔사령부 및 한미연합사령부 체제를 기반으로 한 한미연합지휘체제의 변화요구가 필요하다. 즉 남북관계의 진전수준에 따라서 한미 동맹관계의 성격전환과 함께 전시작전통제권 환수에 대해 협의 및 합의를 거쳐 작전통제권 환수논의를 본격화해야 할 것이다.

법적으로 독립국가의 국군작전지휘권은 국가의 생존권과 관련된 ‘주권의 핵심적 내용’으로서 외국에 이양할 수 없는 속성을 가지고 있다. 다만 국가생존권에 대한 현저하고 명백한 위협이 존재하는 경우 생존권확보를 위해 매우 제한된 기간 동안 국제기구 또는 타국에 위임할 수 있을 뿐이다. 한국의 미국에 대한 작전통제권 이양 당시 헌법에서 규정한 국회의 동의를 받지 않았기 때문에 헌법을 위반한 행위이다.⁴⁴⁾ 또한 이를 통치행위라고 하는 주장이 있으나 이는 국가의 이익을 위한 정책적 결단권을 의미할 뿐이며 국가주권의 중심적 내용을 이양하는 행위는 어떤 경우에도 통치

40) 조성렬, “한반도 전략환경의 변화와 한미동맹의 재정의”, 『통일정책연구』 제11권 1호, 2002, 95면.

41) 강성학, “주한미군과 한미관계:중년의 위기인가 황혼이혼인가?,” 『IRI 리뷰』, 제7권제1호, 2002년 가을호, 18-19면.

42) CSIS Working Group Report, A Blueprint for U.S. Policy toward a Unified Korea, CSIS, August 2002, p.15.

43) 최철영, “한미상호방위조약의 수평화,” 『민주법학』, 통권25호, 2004, 177면.

44) 제헌헌법 제42조는 국회에게 ‘상호원조에 관한 조약’에 대한 동의권을 부여하고 있었다. 그리고 한국의 작전통제권을 미군에 이양한 당시 이승만대통령의 ‘작전지휘권이양서한’은 국제법상 교환공문의 형식으로 전달되었으며 이는 조약으로 간주된다.

행위가 될 수 없다. 국군의 작전권을 이양하던 당시의 제헌헌법은 또한 “대통령의 국무에 관한 행위는 문서로 하여야 하며 모든 문서에는 국무총리와 관계국무위원의 부서가 있어야 한다. 군사에 관한 것도 또한 같다”라고⁴⁵⁾ 규정하고 있었으므로 이승만 대통령의 독단적 행위는 미군이 그 후 정권에 의해 추인받았다고 하더라도 원인무효의 행정행위라고 할 것이다.⁴⁶⁾ 또한 이승만의 ‘작전지휘권이양서한’이 국제연합헌장 제43조에 의한 ‘특별협정’으로 볼 수 있다는 견해가 있으나 서한을 국제연합헌장상 특별협정으로 보기에는 무리가 있다고 할 것이며, 특별협정이라면 더욱 국회의 비준 절차가 요구된다 하겠다.

이렇듯 법적인 문제점을 안고 있는 전시작전통제권의 이양으로 인해 현행 헌법 제 74조에 의한 대통령의 군통수권행사는 완전한 기능을 하고 있지 못하다. 또한 국군조직법 제9조에 의한 합참의장의 작전사령부에 대한 작전지휘·감독권 역시 한미연합사가 해체되지 않는 한 행사가 불가능하다.

북한은 남한이 국군에 대한 작전통제권을 갖고 있지 못한 점을 남한의 평화협정 체결 당사자능력이 없는 중요한 이유로 들고 있으므로 한반도평화체제구축의 당사자능력을 확보하기 위해서도 군사작전통제권을 환수하여야 한다.⁴⁷⁾

3) 평화체제구축과정에서 한미상호조약의 위상

한반도 평화체제구축문제를 기존의 한반도 질서, 즉 한미동맹관계와 북중동맹관계를 존중하는 방향에서 논의하여야 한다는 주장은⁴⁸⁾ 두 가지 측면에서 문제가 있는 주장이다. 첫째, 동맹관계를 통한 안보추구는 전근대적인 힘의 균형에 의한 평화보장을 전제로 하는 것이다. 이미 제1차 대전과 제2차 대전을 통해서 19세기적 힘의 균형에 의한 안전보장체제의 허구성은 확인되었다. 더욱이 힘의 균형은 상호간의 불신 속에 끝없는 군비경쟁을 자극하고 결국은 공포의 균형으로 귀결되고 만다. 이러한 경험들을 바탕으로 국제사회에서 전쟁을 불식시키고 평화를 공고히 하기 위해 고안된 것이 국제기구에 의한 집단안전보장체제이다. 둘째, 한반도전쟁억지를 위해 남과 북이

45) 1948년 7월 17일 대한민국 헌법 제66조.

46) 최창동, 『법학자가 본 통일문제』, 2002, 150면.

47) 1992년 한미연례안보회의에서 미국은 한국군에 대한 평시작전통제권을 1994년 12월 1일자로 한국에게 반환하였으나 한국합참은 연합권한위임사항(CODA)을 통해 주한미군사령관인 연합군사령관에게 평시작전통제권을 다시 위임하였다. 자세한 것은 최철영, “한미상호방위조약의 수평화,” 『민주법학』, 통권25호, 2004, 188-194면 참조.

48) 제성호, “평화협정체결, 무엇이 문제인가,” 월간 『통일한국』, 2000. 6. 참조.

각각 형성한 동맹관계는 균형관계를 상실한 지 오래되었다. 1990년대의 동구권의 붕괴와 전 세계적 냉전구조해체의 흐름 속에서 남한은 중국 및 러시아와 상호우호통상조약을 체결하고 국교를 정상화하였다. 하지만 북한은 아직도 미국 및 일본과 국교정상화가 되어있지 않다. 남북간의 국력격차가 확대되고 미국의 단일패권으로 정의되는 현재의 국제질서에서 한중국교수립으로 기초가 흔들린 북중간의 군사동맹은 한미간의 군사동맹과 양적, 질적으로 비교되지 않는다.

사실 남북이 각각 체결한 군사동맹조약은 유사시 한반도전쟁의 규모확대를 의미하는 것일 뿐이다. 그리고 이상주의적 접근이기는 하나 국제사회에서의 평화질서는 국제법이 허용하는 범위 내에서 지역적 또는 국제연합에 의한 집단적 안전보장체제에 의하여 보장되어야 하므로 궁극적으로 양자간의 군사동맹조약은 철폐되어야 한다.

3. 국내적 차원 - 국가보안법

국가보안법이 제정되고 시행된 이후부터 지금까지 국가보안법에 대한 개폐논의는 끊임없이 계속되어 왔다. 국가보안법의 개폐에 관해서는 북한의 태도와 상관없이 우리 자신의 헌법이념과 조화될 수 없고 변화하는 국내외적 상황과 부합할 수 없는 국가보안법은 폐지되어야 한다는 주장과⁴⁹⁾ 국가보안법의 존재필요성을 역설하고 개폐론을 반박하는 견해가⁵⁰⁾ 있는가 하면 국가보안법개폐논의의 신증론 또는 시기상조론이 존재하고 있다.

1) 존치론

남북기본합의서에도 불구하고 국가보안법을 개정하지 않아도 된다는 논리로는 다음과 같은 주장이 제기되고 있다.

어느 국가를 막론하고 모든 국가는 체제의 존립과 안전을 위협하는 세력이나 집단을 자유로이 규제할 수 있다. 이는 당해 국가의 고유한 내부문제이므로 다른 국가가 간섭할 수 없다. 왜냐하면 반국가단체는 우리사회 내부에도 얼마든지 존재할 수 있으며 설령 제3국의 단체라 할지라도 대한민국의 존립과 안전을 위태롭게 할 의도를 알면서 대한민국에 대해 반국가적 활동을 할 경우 국가보안법상 규제의 대상인 반국가단체가 될 수 있는 것이다.

49) 한인섭, “분단과 통일, 그리고 법,” 『법과 사회』 5호, 1992, 54면.

50) 최대권, “한국헌법의 좌표, -영토조항과 평화적 통일조항-,” 『법제연구』, 창간호 1991, 20면.

이외에도 국가안전보장을 위한 필요성과 남한만이 일방적으로 무장 해제할 수 없다는 상호주의적 측면에서 국가보안법의 존치가 요구되기도 한다.⁵¹⁾ 즉 남북대치상황이 지속되는 한 국가보안법이야말로 자유민주질서 수호를 위한 최소한의 안전판이며, 현행 국가보안법을 유지하더라도 법 적용에 있어서 엄격을 기한다면 무리가 없다는 것이다.

2) 일부규정개정론

이는 국가보안법의 문제조항만을 개정하자고 하는 주장이다. 예컨대 남북기본합의서의 제1부속하의서 제2조는 “남과 북은 상대방의 정치, 경제, 사회, 문화체제(제도)를 소개하는 자유를 보장한다”고 규정하고 있다.

하지만 국가보안법 제7조의 찬양·고무·동조는 반국가단체로서 북한의 활동을 대상으로 하여 이에 수동적으로 부응하거나 이를 수용하는 표현행위로서 표현행위의 불법성판단기준은 헌법상 표현의 자유에 대한 제한근거인 명백하고 현존하는 위협의 원칙이 적용되어야 한다.⁵²⁾

특히 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항은 반국가단체인 북한에게 이로운 것은 곧 대한민국에 해롭다는 상호배타적인 적대관계의 논리를 강요하고 있어 더욱 평화통일 조향을 위반하고 남북기본합의서의 민족공동의 이익과 번영의 존재를 부정하고 있다.

3) 폐지론

국가보안법 폐지론은 첫째, 북한에 대한 사실상의 승인, 남북교류의 진전 등으로 북한을 더 이상 ‘반국가단체’로 보는 것은 무리임에도 남북한 평화공존과 평화통일에 장애가 되고 둘째, 남북교류협력법과 국가보안법의 일부 규정이 상충하고 남북기본합의서의 정신에 정면으로 배치되며 셋째, 국가보안법은 규정의 불명확성과 모호성으로 인하여 헌법상 죄형법정주의에 어긋나고 넷째, 국가보안법의 많은 내용이 형법에 의해 규율이 가능하다는 점 다섯째, 국가보안법의 남용으로 인한 표현과 사상의 자유억압 등의 인권유린 등을 근거로 들고 있다.⁵³⁾

또한 헌법 제4조의 평화적 통일정책수립에 관한 조항이나 동법 제66조의 대통령의

51) 윤기원, “국가보안법 개폐논의에 대하여,” 『민화협정책토론회 자료집』, 1999, 9. 16, 19면.

52) 위의 글, 26면.

53) 이장희, “북한의 개혁개방과 국가보안법의 현주소와 개정방향,” 아시아사회과학원, 『북한의 개혁개방과 냉전법령의 현주소』, 2002, 20-24면.

평화통일의무조항은 국토의 분단을 전제로 하여 평화적으로 통일되어야 할 두 개의 실체를 인정한 것인데 반해 국가보안법은 기본적으로 북한을 단순히 적으로만 규정하고 있으므로 결국 敵과 평화적으로 통일하여야 한다는 모순에 빠지게 된다.⁵⁴⁾ 따라서 하위법인 국가보안법을 폐지해야 한다.

IV. 한반도 평화체제를 위한 법규범체제의 수립

1. 국내적 차원의 법정책적 대응방안

한반도 평화체제구축을 위한 법규범의 형식은 3가지 방향에서 논의된다.

1) 정전협정보완론

이는 정전협정을 보완해서 새로운 평화체제를 구축하자는 방안이다.⁵⁵⁾ 이 방안은 새로운 평화체제수립에 따르는 부수적 문제들의 발생을 극소화할 수 있다는 점에서 장점을 가진다.⁵⁶⁾ 정전협정이 새로운 평화체제의 바탕이 될 수 있다는 근거는 제2차 대전후의 사례를 기초로 정전협정이 오래 지속된다면 사실상 그 전쟁은 종료된 것으로 보아야 한다는 것이다.⁵⁷⁾ 한국전쟁의 원인은 해결되지 않았지만 전쟁을 계속할 수 없기 때문에 전쟁이 종료되고 평화상태에 도달한다고 한다. 정전협정이 평화협정으로 대체될 수 있는 개연성이 비록 정전협정 제62조에 의하여 예정되어 있다고 하더라도, 법 현실이 따라 주지 못하면 반드시 대체되어야 하는 것은 아니라는 것이다. 또한 남북기본합의서에 규정된 ‘공고한 평화상태’가 도래한다고 해서 정전협정의 존립근거가 상실되는 것은 아니다. 이런 관점에서 정전협정을 폐기할 것이 아니라 그간 지켜지지 않았던 정전협정정신을 되살리고 사문화되었거나 불필요하다고 판단되는 조항들을

54) 윤기원, “국가보안법 개폐논의에 대하여,” 『민화협정책토론회 자료집』, 1999, 9. 16, 19면.

55) 김명기 교수는 이 방안은 평화의 유지도 아니고, 평화의 회복도 아닌 준평화의 유지라고 평가한다. 김명기, “정전체제의 전환:법적문제와 국제구도,” 경북대 평화문제연구소, 『한반도평화정착의 제도화와 협력증진』, 1996, 10면.

56) 김승채, “한반도 휴전협정의 본질과 문제점,” 고려대 평화연구소, 『평화연구』 제5호, 1996, 141면.

57) Julius Stone, Legal Control of International Conflicts, 1973, p.644; 이장희, “한국정전협정의 평화체제전환을 위한 법제도적 방안,” 이장희(편), 『21세기를 대비한 한국이 당면과제』, 아시아사회과학연구원, 1995, 195면에서 재인용.

수정·보완하여 정전협정을 남북기본합의서이행의 근간으로 삼아야 한다는⁵⁸⁾ 것이다.

하지만 이러한 주장에 의하면 이미 기능이 정지되어있는 군사정전위원회와 중립국 감독위원회가 다시 부활하여야하고, 이미 사문화되어 있는 정전협정의 많은 조항을 활성화하기 위한 노력이 새로운 협정의 체결만큼 필요하게 된다. 더욱이 한반도평화 체제의 궁극적인 도달점이 남북간의 평화체제구축과 이를 뒷받침하기 위한 동북아평화보장체제의 구성이라는 점에서 근본적으로 냉전시대의 유물인 정전협정체제는 동북아평화보장체제를 뒷받침할 수 없다.

2) 평화협정체결론

이는 정전협정이 아무리 잘 만들어진 협정이라도 당사자가 준수할 의지가 없다면 정전협정만으로 한반도평화가 구축될 수 없다고 본다.⁵⁹⁾ 한국정전협정에서 한반도의 평화와 통일 등 정치문제는 배제되어 있다.⁶⁰⁾ 정전협정은 전쟁의 종료를 의미하는 것이 아니라 평화협정이 체결되기까지 단순히 군사적 적대행위의 정지를 내용으로 하는 잠정적 협정을 뜻하기 때문이다.

따라서 한반도평화정착을 위해서는 평화협정이 요구된다고 한다. 신뢰구축과 군비 통제에 관한 합의가 성립된다면, 그것을 포괄한 합의문을 평화협정의 형식으로 작성하는 것이 하나의 대안이 될 수도 있다는 것이다.⁶¹⁾ 남북간 평화협정의 핵심적 내용은 전쟁책임문제를 우회하고 남북간 적대관계 및 전쟁상태의 해소와 평화상태로의 회복명시, 상호체제인정, 상호불가침, 정전협정에 의한 군사분계선을 상호관할권 경계로 인정, 평화지대설치, 평화관리기구설치, 군비통제 및 군축, 핵 및 대량살상무기 포기, 군사동맹불가담 및 국내법제의 종합적 정비, 협정이행기구설치, 평화협정의 국제적 보장 등이 포함된다.⁶²⁾ 하지만 전통적으로 평화협정은 승전국과 패전국간에 맺어지는 일종의 불평등조약이다. 즉 전쟁상태의 종식, 교전국들 사이의 정상적인 관계회복, 새로운 침략전쟁의 방지를 위한 조치, 영토문제, 전범자처벌, 전쟁배상, 전패국의 전후발전에 관한 문제들을 포함한다.⁶³⁾ 더욱이 한국전쟁은 전쟁으로 어느 일방이 항

58) 허만호, “한반도군축과 평화정착의 제도화방안,” 『통일문제연구』 제9집, 1997, 22면.

59) 그러나 한반도평화협정이 체결되기 전까지는 유효한 협정이다; 제성호, 『한반도평화체제의 모색』, 2000, 108면.

60) 정전협정 제5조 62.

61) 고병철, “한반도평화체제구축 및 군사적 긴장완화,” 『통일연구』, 제1권제1호, 1997, 42-43면.

62) 박명림, “남북평화협정과 한반도평화,” 민주주의사회연구소 (편), 『한반도안보관련 조약의 법적 재조명』, 2004, 378-386 참조.

복하지 않았으므로 남북간에 전통적인 평화협정의 체결은 기대하기 어렵다. 따라서 한반도에서의 평화협정은 전통적인 형식에 얽매일 필요가 없으며⁶⁴⁾ 정전협정체제의 직선적인 대안이 평화협정일 필요도 없다.

3) 북한의 평화‘보장’체제론

북한이 주장하는 한반도 평화구축의 기본틀은 ‘새로운 평화보장체제’(new peace arrangement)이다. 여기서 지적되어야 할 것은 북한이 미국에 요구하는 것이 평화‘보장’체제라는 것이다. 미국과 북한이 당사자가 되어 한반도 평화체제를 만드는 것이 아니라 북한체제에 대한 보장을 통해 남북간의 소극적 평화상태를 유지할 수 있도록 해달라는 요구로 볼 수 있다. 이는 북한이 남한에 대하여 불가침조약이 체결을 요구하며 불가침조약은 평화를 전제로 한 당사자간의 합의라고 설명한다는 점에서도 확인된다. 북한이 평화보장체제에 대하여 구체적으로 설명한 바는 없지만 대체로 북미 평화협정체결, 주한미군철수, 남북간군축 및 불가침실현과 그 이행을 감시하는 장치 마련, 유엔사령부 해체 등의 후속조치를 포함하는 것으로 해석되고 있다.⁶⁵⁾ 따라서 북한이 남한을 배제하고 한반도평화체제를 구축하려는 것은 아니라고 생각된다. 다만 현재의 정전협정이 이미 사문화되었기 때문에 남한과 북한은 정전협정을 통해 고착화된 군사분계선을 기준으로 잠정적 불가침분계선관리협정을 체결하고 정전협정을 대체할 남북간 합의를 모색하여야 할 것이다.

4) 기본합의서 수정보완론

기본합의서의 수정·보완과 이행을 하나의 대안적 평화체제의 구축으로 보는 시각이다. 이는 새로운 평화협정의 체결보다는 이미 존재하고 있는 기본합의서의 보완과 성실한 이행이 평화체제를 수립하는 가장 좋은 방법이라고 한다. 기본합의서의 수정과 보완이 요구되는 이유는 기본합의서가 제5조에서 ‘남과 북은 --- 평화상태가 이룩될 때까지 현 군사정전협정을 준수한다’고 규정하고 있기 때문이다.⁶⁶⁾ 정전협정이 제대로 이행되지 않는 상황 하에서 군사분계선과 비무장지대의 유지운영 및 위기관리를

63) 사회과학원 법학연구소(평양), 『국제법사전』, 2002, 425면.

64) 백진현, “한반도통일안보환경의 변화와 평화체제구축방안,” 박상섭(편), 『세계화를 지향하는 한국정치』, 1996, 199-200면.

65) 제성호, “평화협정체결, 무엇이 문제인가,” 월간 『통일한국』, 2000. 6.

66) 위의 글.

위한 절차와 제도적 장치에 대한 새로운 합의가 필요하고 이를 부속합의서 또는 공동선언의 형식으로 보완하자고 하는 것이다.

이 견해는 평화협정 체결이 가장 이상적이기는 하지만 현실적으로 어려움이 많기 때문에 기본합의서의 이행과 이를 구체화시키는 부속문서로 국회의 비준을 받는 ‘남북평화공동선언’을 채택하는 방안이 가장 현실성 있고 합리적인 방안이다. 여기서 ‘남북평화공동선언’은 영토문제, 전범처벌, 전후배상문제 등을 규정하는 내용을 포함하는 것이 아니라 기본합의서체결 당시의 당사자가 가지고 있던 정치적 합의로서의 의도를 법률적 합의로 전환하고 이를 변형된 조약의 형식으로 양당사자가 합의한 문건을 말하는 것이다.

한반도평화체제를 유지하기 위해서 새로운 평화협정을 체결하기 보다는 기본합의서의 이행을 중요시하는 것은⁶⁷⁾ 기왕의 남북간 합의로서 기본합의서에 구속력을 부여하고 확인함으로서 기본합의서 이후 이루어진 다양한 남북간 합의에 대하여 규범적 성격을 간접적으로 부여할 수 있어 한반도평화체제의 실천적 이행을 위한 기본틀을 제공할 수 있기 때문이다. 기본합의서와 후속적 남북간 합의의 실천에 의해 평화상태가 공고화 된 후에 『한반도의 통일과 평화번영을 위한 남북기본협정』의 형식으로 한반도평화체제가 완성될 수 있다.⁶⁸⁾

2. 양자적 차원 - 북미불가침협정과 남북평화협정

1996년 북한은 새로운 평화보장체제의 내용을 구체화하는 잠정협정에 관한 제안을 미국에 하였다.⁶⁹⁾ 잠정협정의 내용은 첫째, 군사분계선과 비무장지대의 관리, 무장충돌과 돌발사건 발생시 해결방도, 군사공동기구의 구성과 임무 및 권한, 잠정협정의 수정보충 등 안전질서 유지와 관련되는 문제들이 포함될 수 있다고 하였다. 이 내용은 정전협정 중에서 지금까지 효력을 상실한 조항을 없애버리고 그나마 효력이 남아 있는 조항들을 반영한 것이다. 둘째, 잠정협정은 반드시 북미간에 체결되어야 하며 잠정협정은 완전한 평화협정이 체결 될 때까지 정전협정을 대신한다. 잠정협정의 이행감독하기 위해 판문점에 현 군사정전위원회를 대신하는 북미공동군사기구가 조직·운영되어야 한다.

67) 이장희, “한반도평화체제에 대한 국제법적 검토와 그 해결방안,” 이장희(편), 『북미관계정상화와 한반도평화체제모색』, 아시아사회과학연구원, 2001, 44-45면.

68) 제성호, “한반도평화체제구축방안,” 『국가전략』, 제2권 1호, 77-78, 91면.

69) 노동신문, 1996년 2월 23일.

1998년 10월 북한은 평화보장체제는 북미간 평화협정이 체결되고 평화보장기구가 마련되어야 가능하다고 하였으며, 2000년 9월 남북한 국방장관 회담에서 한반도의 긴장완화와 공고한 평화를 이루는 데는 북미간 정전협정을 평화협정으로 대체하고 이후 남북간 군사문제를 토의하는 것이 순서라고 하였다.⁷⁰⁾

한반도의 핵문제와 관련하여 북한이 분명하게 제시하고 있는 협상의 목표는 미국의 체제보장과 불가침 약속이다. 북한은 외무성 담화를⁷¹⁾ 통해 “미국이 불가침조약을 통해 우리에게 대한 핵불사용을 포함한 불가침을 법적으로 약속한다면 우리도 미국의 안보상 우려를 해소할 용의가 있다”고 하였다. 북한이 불가침 조약을 새롭게 들고 나온 것은 과거 미국과 평화협정체결, 남북간에 불가침선언을 하자는 그 동안의 입장과 관련해서 분명히 다른 접근이다. 북한은 1990년대 이후 남북간의 기본합의서를 통해 불가침문제가 일단락 된 만큼 북·미 평화협정을 체결하여 새로운 ‘평화협정체제’를 구축하고자 하였다. 미국에 대하여 불가침조약의 체결을 요구하는 것은 미국에 대해 대북 적대시정책을 철회하라고 요구해 온 것에 비해서 매우 구체화된 요구이다. 물론 이러한 요구는 기존의 북미평화협정체결 요구를 철회하지 않고 이루어진 것이기는 하지만 평화협정보다 더 구체적이고 현실성이 있는 요구로 볼 수 있다.⁷²⁾

3. 다자적 차원 - 동북아평화보장체제형성

한반도의 평화체제보장을 위한 수단으로서 남북당사자 외에 미·중, 미·중·소, 미·중·소·유럽연합, 그리고 미·중·소를 포함한 20개국 등에 의한 보장조약의 논의가 다양하지만 기본적으로 필요하다는데 대부분 공감하는 듯하다. 하지만 남북간의 실질적 평화상태가 달성된 뒤에 평화체제의 공고화를 확인하는 문서로서 남북간의 평화협정에 이를 보장하기위한 제3자들의 하기서명(post script)을 요구하는 것은 남북의 자주성을 훼손하는 것이며, 남북의 상호신뢰를 남북자신이 부정하는 것이다. 또한 국제관계에 있어 제3국이 남북한의 자율성을 제한하거나 보장조약의 당사자들 상호간의 관계가 변화하는 경우 남북의 의사와는 관계없이 한반도 평화체제가 위협받는 결과를 가져올 수도 있을 것이다.⁷³⁾

70) 한용섭, “한반도평화체제구축:내용과 추진전략,” 『통일문제연구』 2002년 하반기호, 7면.

71) 북한 외무성 대변인 담화, 『조선중앙통신』, 2002년 10월 25일.

72) 서주석, “북한 핵 파문 이후 북·미관계전망”, 『국가전략』, 2002년, 36면.

73) 다자간 협상에 의한 한반도 평화체제 구축은 통일과정에서 외세개입의 가능성에 선례를 남길 수 있다는 주장은 조은석 외, 『남북한 평화공존과 남북한 연합추진을 위한 법제정비방안연구』,

오히려 한반도에 평화공존의 상태가 현재화되면 동북아안보의 큰 위협요인으로 간주되어왔던 북한의 위협변수가 현저하게 약화되는 반면, 통일 한반도의 등장가능성에 대한 주변 국가들의 전략적 이해관계에 변화가 발생할 수 있다.⁷⁴⁾ 주변 국가들은 한반도의 통일로 인한 기존 동북아질서의 변화가 자국의 이익에 합치되는가에 대한 검토 속에서 변화에 대한 불안감을 갖게 될 것이다. 이를 불식하기위해 남북은 한반도 평화체제와 별개로 동북아평화보장을 위한 다자안보협력체제의 형성을 통해 주변국가간의 갈등이나 상호이해관계의 충돌을 조정함으로써 한반도평화에 장애가 되지 않도록 하여야 한다. 동북아 다자안보체제의 형성은 한반도의 통일과정에서 발생할 수 있는 불확실성과 불안정성에 대한 주변 강대국의 우려를 불식시키면서 통일에 대한 지지를 유도할 수 있는 대안으로 활용할 수도 있다. 한반도평화문제와 통일문제는 남북당사자간에 해결되어야 할 문제지만 한반도문제에 이해관계가 있는 국가들의 안보정책과 직결되는 문제이므로 다자안보협력은 한반도 평화체제구축에 긍정적이다. 따라서 남북간의 합의에 의한 한반도 평화체제와 별개로 그러나 한반도 평화체제를 구성부분으로 하는 다차원적인 다자간의 동북아안보조약의 체결은 동북아평화조약체제를 통해 남북간에 합의된 한반도평화체제의 이행을 보장하는 방안이 될 수 있을 것이다.

V. 결론

한반도평화를 위한 규범체제는 무력충돌이 정지되어 있는 현 상황을 항구화하고 남북 상호간의 이익과 번영을 추구하여 우리 민족전체의 복리를 확보하는 적극적 평화개념을 내용으로 하여야 한다. 적극적인 평화를 만들어가는 작업은 평화체제의 구축작업이다. 체제(regime)란 국제적 관심분야에 있어 “행위와 행위의 영향을 통제하는 원칙, 규범, 그리고 절차의 네트워크”로 정의되는 집합명사이다.⁷⁵⁾ 체제의 또 다른 요소는 행동에 대한 기대이며 체제에 참가한 당사자들은 동일한 규칙에 따라 활동할 것이 기대된다.⁷⁶⁾

통일연구원, 2001, 49면.

74) CSIS Working Group Report, A Blueprint for U.S. Policy toward a Unified Korea, CSIS, August 2002, pp.29-39.

75) John T. Rourke, 『International Politics on the World Stage』, 1991, p.60.

76) Joshua S. Goldstein, 김연각 외(옮김), 『국제관계의 이해』, 2002, 146면.

한반도 평화구축은 새로운 체제형성의 과정이며 남북간의 관계변화에 따라 단계별 추진과제가 다를 수 밖에 없다. 따라서 한반도 내의 정전협정은 남북간의 교류와 협력을 확대하고 신뢰관계를 강화하여 평화를 만들어가는 예비적 평화단계로서 남북기본합의서에 법적 구속력을 부여하는 규범적 실천단계를 거쳐 궁극적으로는 (가칭) 『한반도의 통일과 평화번영을 위한 남북기본협정』으로 확보되는 본격적 평화단계로 전환하여야 한다. 이때 남북기본합의서는 공고한 평화상태에 기초한 ‘한국형 평화협정’의 체결을 위한 예비적 평화협정으로서 의미를 가진다. 이러한 단계를 통해 남북간의 조급한 평화협정 체결이 현재 한반도상황에 미래지향적 변화를 가져오지 못하고 정전협정체제가 불안한 미완의 평화협정체제라는 형식적 간판 바꾸기로 귀결되는 것을 방지할 수 있게 된다. 남북은 남북기본합의서의 법규범화가 이루어지고 이후 (가칭) 『한반도의 통일과 평화번영을 위한 남북기본협정』이 체결되는 과정에서 단계별로 이를 국내적으로 이행하기 위하여 상호간의 대결과 경쟁을 내용으로 하는 각각의 국내법제를 폐지하거나 개정하여야 할 것이다. 이를 통해 남북주민의 상호신뢰를 공고히 하고 특수관계로서 남북한이 통일을 이루기 위한 법적 토대를 강화하여야 한다.

결국 한반도 평화체제(peace regime)는 남북한간에 신뢰와 평화분위기 조성을 위한 정치적 의지의⁷⁷⁾ 강도에 따라 다자적 차원, 양자적 차원, 그리고 국내적 차원에서 각각 다른 법제도적 프로그램을 실행하고 축적해 나가는 동적인 과정과 절차에 의하여 실현되어야 할 것이다. 여기서 『한반도의 통일과 평화번영을 위한 남북기본협정』과 같은 평화협정의 체결은 평화체제의 구축과정에서 첫 단계가 아니라 마지막 단계이며 평화를 넘어 통일을 위한 규범적 첫 단계임을 유의하여야 한다.

체제이론을 기초로 평화체제구축 단계별⁷⁸⁾ 법규범의 정비를 위한 package를 구성해 보면 다음과 같다.

77) 한반도 평화체제구축의 관건은 ‘방안’의 문제가 아니라 ‘평화에 대한 의지’의 문제라는 지적은 백진현, “정전체제의 평화체제전환문제,” 서울대 『법학』, 제41권 2호, 2000, 285면.

78) 참여정부의 국정과제로서 한반도평화체제구축은 북핵문제의 해결과 평화증진가속화(1단계), 남북협력심화와 평화체제의 토대마련(2단계), 남북평화협정체결과 평화체제구축(3단계)의 단계별 추진 전략으로 남북실질협력 및 군사적 신뢰구축조치의 추진은 2단계, 남북평화협정의 체결은 3단계에서 달성하는 것으로 규정하고 있다; 『정부명칭, 국정목표, 국정원리, 12대 국정과제』 참조.

□ 1단계 : 북핵문제의 해결과 평화증진가속화

원칙·규범·절차
○ 대화를 통한 문제의 해결 - 북한 핵문제의 해결과 평화증진 가속화 - 남북 화해협력 지속 및 남북군사회담 정례화 - 남북정상회담 등을 통한 평화정책의 토대만련 - 외교역량 강화를 토대로 동북아 평화협력의 분위기 조성 - 북한 핵, 미사일문제의 해결
양자간 또는 다자간 법적 합의(조약)
○ 남북간 법적 합의 - 군사분계선 및 비무장지대관리장정협정 체결(정전협정 무실화에 대응) - “남북기본합의서”의 정치적 규범성 확보
이행보장을 위한 기구
- 비무장지대관리기구 - 남북경제교류협력공동위원회 - 남북사회문화협력공동위원회
기대행위와 조치
○ 남한의 국내법 개정 또는 폐기 - 국가보안법폐기 및 관련 형법규정개정 (대법원의 북한에 대한 반국가단체판례 폐기) - 남북교류협력법 폐기(가칭 “남북평화기본법”제정) - 북미 및 북일 관계정상화 지원 ○ 북한의 국내법 개정 또는 폐기 - 형법개정 - 북미 및 북일 관계정상화 ○ 남북교류협력 확대심화조치 - 남북 경제사업의 확대발전을 통해 경제공동체 토대마련 - 사회문화 교류협력확대를 통해 민족동질성회복추진

□ 2단계 : 남북협력심화와 평화체제의 토대마련

원칙·규범·절차
○ 상호신뢰우선과 호혜주의 - 북한 핵, 미사일 해결합의사항의 구체적 이행 - 남북 실질협력심화 및 군사적 신뢰구축조치의 추진 - 동북아 평화협력체제 구상의 제안 및 추진
양자간 또는 다자간 법적 합의(조약)
○ 남북간 법적 합의 - “남북기본합의서”의 법 규범성 확보 - 불가침분계선 및 비무장지대관리장정협정 체결
이행보장을 위한 기구
- 남북군사공동위원회 - 남북고위정치회의
기대행위와 조치
○ 남한의 국내법 개정 또는 제정 - 남북기본합의서이행을 위한 평화선언의 국회비준 - 헌법의 영토조항개정 (남북간 가칭 “한반도평화분계선” 인정) - 비상대비자원관리법(1984) 개정 또는 폐기 - 한미상호방위조약 개정(군사작전권 완전회복 및 주한미군의 역할재검토) ○ 북한의 국내법 개정 또는 제정 - 조선노동당규약 개정 - 조중우호원조조약 개정 ○ 남북간의 정치적 및 군사적 신뢰회복조치 - 정상회담 및 고위급회담 정례화 - 대규모 부대이동과 군사연습통보, 군인사교류 및 정보교환, 대량살상무기 등 단계적 군축 - 군당국자간 직통전화설치

□ 3단계 : 『한반도의 통일과 평화번영을 위한 남북기본협정』 체결과 평화체제의 완성

원칙·규범·절차
○ 남북당사자원칙에 근거한 국제협력 - 한반도의 통일과 평화번영을 위한 남북기본협정의 체결 및 국제적 보장 - 평화체제 전환에 따른 제반조치사항 추진 - 남북 경제공동체본격추진 및 운용적 구비통제의 단계적 추진 - 동북아 평화협력체 구축실현
양자간 또는 다자간 법적 합의(조약)
- 남북간 “한반도의 통일과 평화번영을 위한 남북기본협정”체결 - 남북간 (가칭)“남북평화지대협정”체결 (북한의 신의주, 개성공단, 금강산, 나진선봉지역 등 그리고 남한의 수원, 대구성서공단, 영암대불공단, 부산 지역 등 평화지대지정 공동관리) - 동북아안전보장기구설립협정 체결
이행보장을 위한 기구
- “남북평화지대”공동운영기구 - 동북아안전보장기구설치운영
기대행위와 조치
○ 남북한이 각각 동일한 국내법 제정 - (가칭)“남북평화지대협정”이행법 제정 ○ 남북한이 당사자로 참여하는 지역 국제법규범 창설 - (가칭)동북아안전보장기구설립협정 ○ 남한이 체결한 군사조약의 개폐 - 유엔군사령부 해체 - 한미전시지원협정(1992) 폐기 - 한미상호방위조약 폐기 ○ 북한이 체결한 군사조약의 개폐 - 조중우호협력조약 폐기



▶ 최철영

한국전쟁(Korea War), 전쟁종료(Termination of war) , 한반도 통일
(Korean Unification), 평화협정(Peace Treaty), 평화체제(Peace Regime)

[Abstract]

A New Legal Regime for the Korea Peninsula Peace Making

Choi, Cheol-Young*

Termination of war by conclusion of a peace treaty is one of the typical institutions of international law. The task and function of peace treaty was to achieve a durable accommodation and reconciliation between former enemies, and oblivion and amnesty for the criminals of war. Besides the termination of the armed hostilities and violence, the other main function of a peace treaty is to establish a new order which, regardless of rights or wrong, insured stability, security and tranquility.

In case of Korea War, although armed conflicts and violence have been stopped between the parties by the Korea armistice treaty which was concluded in 1953, but there is still no peace treaty for permanent peace and prosperity of Korean nation. Actually, an armistice treaty has in principle no legal bearing on the termination of a state of war and conditions of a peace treaty. Moreover, an armistice treaty can be a obstacle to conclude a 'real' peace treaty. The present time, the state of non-belligerent in Korea does not maintained by Korea Armistice treaty, but the principle of international law such as prohibition of war. So, a legal regime for the durable accommodation and reconciliation between former enemies is needed in Korean peninsula. However, a legal institution for the permanent peace and prosperity of Korean nation should be surpass a 'mere' peace treaty. It means that the new peace regime for Korea Peninsula should be based on a modern peace treaty, which reflect new peace notion including human

* Professor of International Law, Daegu University.

welfare and good governance. Because, in modern sense of peace, treaties should try to achieve more than the cessation of hostilities. They endeavored to construct a new political order and to restore good neighbor relations and friendship. In Korean peninsula, it even include the frame work for the unification of former South and North enemies. For this reason, a durable state of non-belligerent shall be secured by Inter-Korean basic agreement concluded in 1991 between the two Korea, after that each parties can discuss next step for more close relationship including a low dimension of federation or confederation as a kind of composite State in the process of final Korea unification.

In relation to the parties of legal peace regime, although, normally the belligerent powers are the parties to negotiate and conclude a peace treaty, either bilaterally or multi-laterally, States, which had not participated in preceding war, but were at the same time indispensable for the establishment of workable and effective post-war peace regime of the region, may enter into the process of negotiation. However, 'Korean Type Peace Treaty' should be formed two tract of treaty system, such as a "Basic agreement for Korea Peninsula Peace" and a "North East Peace Treaty" which aims at establishing a broad and permanent new peace regime in North-east Asia. In the latter treaty, U.S., China, Russia, and Japan can be parties with the two Koreas, but not be parties of the former agreement, which will be concluded between South and North Korea.

The legal regime for a Korea peace deserves to be called a real peace regime only if it eliminates the causes for a future war permanently and it includes a basic agreement for a new beginning in the mutual relationship between South and North Korea toward Korea Unification.