

9·11 이후 무력사용에 관한

국제법상 해석의 변화:

존 유(John. C. Yoo)의 '선제적 무력사용' 개념을 중심으로

南 承 鉉

(미8군 한국군지원단 전투지원협조관)

1. 서 론
2. 무력사용에 관한 국제법의 개념적 고찰
3. 9·11사태와 이라크 전쟁: 국제법 재해석의 요구
4. 존 유의 논의를 중심으로 한 국제법 재해석의 과정
5. 결 론

1. 서 론

제2차 세계대전 이후 두 차례의 세계대전이라는 참화를 봉합하기 위한 노력으로 UN이라는 국제기구와 UN헌장이 제정된 이후, 민주주의 국가는 무력사용을 결정함에 있어 국제법이 하나의 중요한 수단이 되어 왔다. 6·25 전쟁 및 이라크의 쿠웨이트 침공에서 볼 수 있듯이 불법적이고 용납할 수

없는 무력적 침략은 국제법에 의거하여 국제사회가 집단적 자위권을 행사함으로써 억제되어 왔다. 일국이 자국의 안보를 정당한 수단으로 대응하기 위해 무력을 사용할 때에도 그 근거는 국제법이었으며 타국의 무력사용에 관한 정당성 판단에 있어서도 국제법이 그 근거가 되어 왔다. 즉 무력 사용에 관한 국제법 그 자체가 전쟁을 분석하고 판단할 수 있는 중요한 기준이 되어 왔던 것이다.

그런데 이러한 무력사용에 관한 국제법이 2001년 9·11 사태라는 전대미문의 테러공격이후 중대한 변화를 겪고 있다. 과거 국가 대 국가의 무력사용 및 정규전 개념의 무력사용과 재래식 무기에 관해 규정하고 있는 국제법으로는 국가 대 테러단체, 비정규전 개념, 대량살상무기의 등장 및 확산으로 인한 무력사용의 위험성을 통합할 수 없다는 논점이 9·11 사태 이후 강하게 등장하게 되었고, 이를 통해 국제법을 과연 어떻게 해석할 것인가라는 문제가 급격하게 대두된 것이다. 이라크 전쟁이후 북한이 대포동2호 미사일을 포함한 여러 기의 미사일을 동해상에 시험발사한 후 심지어 핵실험까지 감행한 현재까지 빈번히 논의되고 있는 “선제공격”(preemptive war)¹⁾에 관한 논쟁은 사실 이러한 국제법의 논쟁을 배경으로 하고 있기도

1) 'Preemption'의 어휘는 라틴어인 *praemere* (다른 사람이 사기 전에 내가 먼저 산다; to buy before others)에 기원을 두고 있다. Francois Heisbourg, "A Work in Progress: The Bush Doctrine and Its Consequences," *The Washington Quarterly*, Vol.26, No.2, 2003, p. 76. 일반적인 기준에서 '선제'(Preemption)는 이스라엘이 1967년 아랍 군대가 전투 배치를 마치는 시점에 선행하여 공격(preempt)하기로 결정한 것과 같이 급박한 위협(imminent threat)에 무력사용을 선제(preemption)적 행위라고 규정한다. 이러한 선제의 개념은 예방(Prevention)과는 명확히 대비되었는데 레비(Jack S. Levy) 선제와 예방의 차이에 대하여 다음과 같이 구분한다. "예방(prevention)은 이후 보다 좋지 않은 상황에서의 전쟁을 회피하기 위해 승리의 요건이 유리한 현 상황에서 무력을 사용한다는 개념을 포함하는 반면, 선제(preemption)는 적의 공격이 임박해 있기에 선제 타격(striking first)의 유리함이 있고, 적의 병력이 기동하기 전에 타격해야 할 필요성이 있을 때 적 보다 먼저 군사행동을 실시함을 의미한다. 이러한 선제타격은 시간적으로도 매우 임박한 적의 공격에 대한 대응인 반면, 예방은 일반적으로 몇 년이 걸친 군사력 개발의 속도에 대한 대응이다. 즉 선제는 즉각적인 위협에 대한 전술적 대응이고, 반면 예방은 장기적인 위협에 대한 보다 전략적인 대응이다. 위협의 근원도 상이한데 선제는 적

하다. 즉 기존 국제법해석의 관점에서 일국이 합법적으로 무력사용을 할 수 있었던 ‘자위권’²⁾의 개념으로는 자국의 안보를 담보할 수 없는 현실이 도래했으므로 한동안 논의의 사항이었던 임박한 위협이 분명할 경우 선행 자위권(선제공격권)³⁾ 역시 국제법의 일부로 포함되어야 하며 임박성의 기준조차 완화해야 한다는 주장이 강하게 일고 있는 것이다.

의 현존하는 군사력의 기동이나 전개를 예상하고 계획되는 반면, 예방은 적이 개발하는 새로운 군사시설에 대해 그 목적을 두고 있다.” Jack S. Levy, “Declining Power and the Preventive Motivation for Power,” *World Politics*, Vol.40, No.1 (Oct. 1987), pp. 90-91.

2) 헌장 제51조는 국가의 자위권을 “고유한 권리”(inherent right)라고 하며 다음과 같이 규정하고 있다.

“이 헌장의 그 어떤 규정도 UN회원국에 대하여 무력공격이 발생한 경우(if an armed attack occurred), 안전보장이사회가 국제평화와 안전을 유지하기 위해 필요한 조치를 취할 때까지 개별적 또는 집단적 자위의 고유의 권리(inherent right of individual or collective self-defence)를 침해하지 아니한다. 이 자위권(self-defence)을 행사함에 있어 회원국이 취한 조치는 즉시 안전보장이사회에 보고되어야 하며, 이 조치는 안전보장이사회가 국제평화와 안전을 유지하거나 회복하기 위하여 필요하다고 생각하는 행동을 언제든지 취할 이 헌장 하의 그의 권한과 책임에 어떤 영향도 미치지 아니한다.” 이러한 자위권이란 국가가 자기를 위하여 급박한 현실의 위협을 배제하고 일정한 한도에서 실력을 행사할 수 있는 권리를 말한다. 국제법에 관한 일반적 해석은 이 자위권의 특징을 네 가지로 구분한다. 첫째, 자위권의 행사는 ‘事後’ 안보리의 심사대상이 된다. 둘째, 자위권은 반드시 실질적인 “무력공격”(armed attack)이 발생했을 경우에만 발동될 수 있다. 셋째, 자위권은 안보리가 국제평화와 안전을 유지하기 위하여 필요한 조치를 취할 때까지 허용된다. 넷째, 자위권은 개별적으로 뿐만 아니라 집단적으로도 행사될 수 있다는 것이다. 최원목 편, 『국제법 기본자료집』(서울: 이화여자대학교 출판부, 2003), p. 22, 51.

3) 국제관습법상의 선행자위(anticipatory self-defence)의 개념은 1837년 “캐롤라인”(Caroline)호 사건으로 거슬러 올라간다. 당시 미국의 국무장관인 웹스터(Daniel Webster)는 영국의 행동을 비판하면서 자위권이 충족되는 경우는 상황이 절박하고(instant), 압도적이며(overwhelming), 선택할 다른 대안이 남아 있지 않고(leaving no choice of means), 깊게 고려할 시간적 여유가 없는(no moment for deliberation) 경우에 한한 공격만이 자위권이 성립된 무력공격이 될 수 있다고 주장하였고 이러한 웹스터의 주장이 관습법상의 자위권의 성립요건인 무력의 임박성(imminence)에 관한 토대를 만들어 놓았다. John C. Yoo, “Using Forces,” *University of Chicago Law Review*, Vol.71 (Summer 2004), pp. 7-8.

이러한 과정에서 국제법의 재해석에 대한 연구가 중요한 이유는 국제법 재해석의 과정이 무력사용의 정당성을 부여해 줄 수 있는 범위와 연관되어 실질적인 무력사용의 가능성과 연관되어 있기 때문이다. 요컨대 국제법이 지나치게 확대 재해석 되면 될수록 무력사용의 융통성이 확대된 만큼 전쟁의 가능성이 증대될 수 있는 것이다. 반면 국제법을 지나치게 시대에 맞지 않게 엄격하게 해석한다면 변화된 안보위협에 적절히 대응할 방법 없이 국민을 안보의 위협에 노출시키는 결과를 초래하기도 한다.

이렇듯 무력사용에 관한 국제법 해석 연구의 중요성에도 불구하고 또 이러한 논쟁과 국제법의 변화과정이 앞으로의 국제질서의 변화를 분석함과 예측함에 있어 중요한 수단이 됨에도 불구하고 국내 안보분야에서 9·11 이후 무력사용에 관한 국제법적 접근은 상당히 부족한 실정이다. 그리고 국제법과 현재 변화되고 있는 무력사용의 권한에 대한 연결고리를 찾는 연구 또한 상당히 부족한 실정이다.

따라서 본고에서는 이러한 한계를 배경으로 무력사용에 관한 원칙론적이고 개념적인 내용을 살펴본 후, 특히 9·11 사태이후 무력사용에 관한 국제법학자로서 가장 주목받고 있으며 미 행정부에 영향력을 행사하고 있는 존 유 교수의 논의를 중심으로 무력사용에 관한 국제법에 있어 주장되는 한계와 변화되는 요구가 무엇인가를 가늠해 봄으로써 현재 논의되고 있는 무력사용에 관한 논쟁을 국제법적 시각으로 분석해 보려한다. 존 유 교수가 주목되는 이유는 국제법 학자 중에서도 매우 이론적이고 체계적으로 무력사용에 관한 국제법을 확대 재해석하는 경향이 있으며 급진적으로 무력사용을 옹호하는 논자들에게 이론적 토대를 제공하고 있기 때문이기도 하다.

2. 무력사용에 관한 국제법의 개념적 고찰

국제법 중 특히 무력사용에 관한 부분은 사실 대부분 전쟁의 결과물인 경우가 많았다. 전쟁의 결과물로서 변천되어 온 국제법은 “어떻게 하면 무력의 사용을 국제법 안에서 억제할 것인가?”라는 근본적인 문제의식을 항상 포함하고 있었다. 반면 이와 동시에 국제법은 국제사회에서 무조건적인 무력사용의 금지가 오히려 더 큰 재앙을 부를 수 있음을 자각하였고 일국이 자국의 안보를 지키기 위한 최소한의 무력사용에 관한 규정 또한 무력사용의 억제를 위한 내용들과 함께 포함시키게 되었다.

사실 현실주의적인 시각에서 볼 때 국제법은 중요한 고려요소가 아니었다. 홉스(Thomas Hobbes)의 경우 국제사회를 절대주권국가로 구성되어 있는 자연 상태로 보며 따라서 주권국가들은 이러한 중앙집권적 상위권위가 부재한 자연 상태에서 국익에 따라 전쟁을 야기하기도 하고 국제법의 일부인 조약을 성립시키기도 한다고 본다. 따라서 홉스에 의하면 국제법이란 국가 간에 있어서의 세력관계를 반영하는 것, 즉 강대국 논리의 반영물이라 보며 이러한 국제법은 강대국의 국익과 일치하는 경우에 한해 효력을 갖게 되며 따라서 세력관계의 변형과 국익의 변화가 있을 경우 이러한 국제법은 쉽게 폐기되거나 변경된다고 본다.⁴⁾

모건소(Hans J. Morgenthau) 역시 법의 집행이란 법을 어긴 국가와 이로 인해 피해를 입은 국가 간의 힘의 배분에 달려 있으며 그 결과 보다 강력한 국가는 효과적인 제재에 대한 두려움 없이 약소국의 권리를 침해할 수 있다고 주장한다.⁵⁾ 이와 유사한 입장인 케넌(George Kennan)은 “국제

4) Thomas, Hobbes, *Leviathan, or, The matter, forme and power of a common-wealth, ecclesiasticall and civil*/Thomas Hobbes; edited by Michael Oakeshott; with an introd. by Richard S. Peters (New York: Collier Books, 1962). 박제영, 『국제정치페러다임』 전정판(서울: 법문사, 2002), p. 252에서 재인용.

문제에 대한 법적-도덕적 접근은 각 국가들 간의 위험한 열망과 무정부적 성격 때문에 작동이 불가능하다”⁶⁾라며 국제법의 효용성과 가치를 비하하고 있다. 결국 현실주의적인 입장에서 보았을 때는 오직 국가의 이익(national interest)이 중요할 뿐이며 또한 국제사회는 자연상태, 혹은 무정부상태이므로 국제법은 강대국의 논리에 종속되므로 이를 준수하거나 이에 의존할 필요가 없다는 주장인 것이다.

그러나 국제법이 무가치할뿐더러 준수할 의무도 또 필요성도 없다는 현실주의적인 측면의 주장에서는 다음에 제기할 두 가지 질문에 대한 답변이 곤란해진다. 첫째, 국제법이 무가치하다면 왜 강대국은 무력사용에 앞서 국제법과 이를 통제하는 국제기구의 승인을 희망하는가? 둘째, 국제법이 무기력하기만 하다면 왜 “선제공격 독트린”을 주장하고 있는 논자들은 선제의 개념을 확대하면서까지 법적 정당성을 확보하기 위해 노력하는가?

요컨대, 이는 국제법 자체가 국내법과는 달리 완벽한 구속력은 가지고 있지 않지만 일정한 구속력과 정통성을 확보함에 있어 결정적 권한을 부여해줌을 의미한다. 나이(Joseph S. Nye)는 국제법은 여러 약점에도 불구하고 정치현실의 중요한 한 부분이라고 역설하고 있는 이유가 바로 여기에 있다. 나이는 특히 모든 정부가 국제법에 관심을 가지는 이유로서 ‘정통성’(legitimacy)의 이유를 제시하고 있다. 그에 의하면 정치는 물리적 권력을 위한 단순한 투쟁이 아니며 정통성에 대한 경쟁이기도 하며 이 정통성이 권력의 원천이기도 한데, 만일 국가가 국제법을 번번히 어겨가고 그 행위가 자국 내에서 부정하다고(illegitimate) 인식되면, 그 정책의 비용은 더 높아질 것이며 따라서 국가는 자신의 정책을 정당화하기 위해 국제법에 호

5) Hans J. Morgenthau, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace* (New York: Alfred A. Knof, 1948). 박재영, 『국제정치패러다임』 전정판(서울: 법문사, 2002), p. 252에서 재인용.

6) Kennan, *American Diplomacy* at 95(cited in note 6)[SNC: recalled 1.13]. John C. Yoo, 'Using Force', *University of Chicago Law Review*, Vol.71 (Summer 2004), p. 2에서 재인용.

소하게 된다는 것이다.⁷⁾

특히 일반적으로 보았을 때 미국의 국민은 어떠한 군사작전이든지 개시의 결정과 전개과정에서 국제적 규범과 자국 내 도덕적 명분에 부합될 것을 기대한다. 이런 측면에서 국제법은 무력사용의 도덕적 명분에 대한 중재자 역할을 하며 국제법을 위반한다고 단정 지을 수 있는 행위는 도덕적 명분을 세우는 데 있어 부담을 가중시키게 하는 작용을 하게끔 한다.⁸⁾

이러한 맥락에서 보았을 때, 국제법은 국제관계에 있어 현실주의자들이 주장하는 것처럼 분명 무가치한 것은 아니다. 그리고 이 점은 민주주의 국가라면 어느 국가에게나 공히 적용된다. 따라서 논문 전반에서 논의하게 될 국제법에 대한 재해석의 과정이 이루어지는 배경은 국제법이 국제사회에서 위와 같은 역할을 하고 있기 때문이기도 하다. 즉 국제법상의 개념의 재 정의와 국제법의 해석에 융통성을 두며 무력사용의 범위를 확장하는 재 해석을 통해 변화된 안보위협에 대해 시행되었거나 시행될 수 있는 무력사용에 대한 국내적인, 또 국외적인 국가정책의 정통성을 부여받기 위함인 것이다.

위와 같은 국제법 논의를 배경으로 우선 무력사용에 관한 국제법에 있어 반드시 알아야 할 두 가지 용어에 대한 상세한 개념적 고찰을 선행 후 국제법의 재해석 과정에 대해 논하고자 한다.

(1) 일반국제법 상의 자위(self-defence)

사실 고전 국제법은 전쟁 그 자체를 국가정책의 합법적인 수단으로 인정하였다. 즉 개전행위 자체는 금지되지 않았으며, 전쟁의 결과는 배상

7) 조셉 나이, 양준희 역, 『국제분쟁의 이해: 이론과 역사』(서울: 한울아카데미, 2000), p. 234.

8) 다니얼 바이먼 외, 이옥연 역, 『미국의 강압전략: 이론, 실제, 전망』(서울: 사회평론, 2004), pp. 165-166.

(reparation)문제로 처리되었다. 그 결과 고전 국제법은 전쟁법(law of war, jus in bello)의 발전을 통하여 전쟁의 잔혹성을 완화하는데 초점을 맞추었다. 또한 국제법은 평시법과 전시법으로 분화되었다.⁹⁾

20세기에 들어서야 국제공동체는 대립관계에 있는 국가까지 포함하여 모든 관련국가가 서로 불가침을 약속하고 분쟁의 평화적 해결의 의무를 지며, 만일 어느 국가가 이에 위반하여 평화를 위협하거나 파괴할 때에는 다른 모든 국가가 공동으로 그 조직을 통하여 집단적인 강제적인 조치를 취함으로써 국제평화의 유지와 회복을 꾀하려는 집단안정보장(collective security) 체제의 도입을 시도하였는데, 그 첫 번째 시도는 1920년 국제연맹의 수립으로 나타났다. 이로써 고전 국제법의 상황이 다소 변화하긴 하였으나, 이 변화는 질적인 것이 되지는 못하였다. 즉 국제연맹조약 제12조는 전쟁을 완전히 금지시키는 대신에, 전쟁에 호소하기 전에 3개월의 냉각기간(a cooling-off period of three months)을 가질 것을 요구할 따름이었다.¹⁰⁾ 1928년의 不戰條約(Treaty for the Renuciation of War, 일명 Kellog-Briand Pact 또는 Pact of Paris)¹¹⁾은 여기서 한 걸음 더 나아가 ‘국가정

9) 김대순, 『국제법론』 제10판(서울: 삼영사, 2004), p. 993.

10) *Ibid.*, p. 994.

11) 제1차 세계대전 이후 전쟁에 관한 공포와 회의는 미국 내에서 거센 평화운동을 유발하였다. 1921년 12월에는 전쟁위법화 미국위원회가 결성되었으며, 1923년에는 1917년에 징병을 거부해서 징역형을 받았던 젊은이들이 석방되어서 ‘전쟁항의자연맹’(War Resisters League; WRL)을 결성하여 전쟁 반대 운동에 앞장섰다. 이러한 운동을 배경으로 불리 상원의원은 미국 상원에 4번이나 전쟁위법화 결의안을 제출했다. 이러한 미국의 평화운동의 확산을 지켜본 프랑스의 브리앙 외상은 1927년 4월 미국의 UPI통신을 통해서 미국 시민들에게 직접 전쟁위법화를 약속하는 미·불 조약 체결을 제안했다. 이러한 제안에 프랑크 켈로그 국무장관은 이를 다국간 부전조약으로 할 것을 제안하여 교섭은 그 방향으로 발전되어 갔다. 이토 나리히코 저, 강동완 역, 『일본 헌법 제9조를 통해서 본 또 하나의 일본』(서울: 행복찬 책읽기, 2005), pp. 84-89. 미국, 영국, 프랑스를 포함한 15개국이 1928년 8월 27일 파리에서는 켈로그-브리앙 조약(Kellog-Briand Pact) 내용의 핵심은 (1) 국제분쟁을 해결하기 위해 전쟁에 호소하는 것을 불법화 하며, (2) 모든 분쟁을 평화적 수단에 의해 해결함을 원칙으로 했으나 자기 방어(Self-Defense)의 경우에는 조약국들의 무력사용의 금지에 동의하지 않았다는 점, 해당 조약을 위반하였을 경우에

책수단으로서의 전쟁'(war as an instrument of national policy) 자체를 위법으로 선언하였지만 중요한 두 가지의 문제점을 안고 있었다. 첫째, 포기되는 전쟁은 개전의사의 표명을 수반하는 선언전쟁(declared war)뿐인지 아니면 개전의사의 표명을 수반하지 않는 불선언전쟁(undeclared war)까지 포함하는가의 여부가 불분명하였다. 또한, 전쟁을 하겠다고 위협하는 것은 여전히 허용된다는 해석이 가능하였다. 둘째, 자위권(self-defence)의 행사는 계속해서 허용되는가의 문제에 관해서도 언급이 없으나 대부분의 계약국들은 부전조약 하에서도 자위권의 행사는 허용된다고 생각하였을 뿐만 아니라 자위권에 호소할 상황인지의 여부에 대한 결정권은 자위를 주장하는 국가 자신에게 있는 것으로 생각하였다.¹²⁾ 즉 국제연맹 및 이어지는 부전 조약까지의 무력사용에 대한 규정은 상당히 모호한 부분이 남아 있었던 것이다.

국제연맹의 부정적 경험을 잘 알고 있는 UN헌장의 기초자들은 평화를 강제할 수 있는 좀 더 발전된 일반적 집단안정보장체제를 창설하려고 노력하였다. 그 결과 UN헌장은 국제분쟁의 평화적 해결의 원칙을 도입함으로써 무력사용을 포괄적으로 금지하였고, 동시에 이를 실천에 옮기기 위한 제도적 장치를 마련하였다. 이러한 UN헌장은 헌장 하에서 유일하게 합법적으로 무력을 사용할 수 있는 권한을 자위권(right of self-defence)으로 한정하고 있는데, 헌장 제51조는 국가의 자위권을 “고유한 권리”(inherent right)라고 하며 다음과 같이 규정하고 있다.

“이 헌장의 그 어떤 규정도 UN회원국에 대하여 무력공격이 발생한 경우 (if an armed attack occurred), 안전보장이사회가 국제평화와 안전을 유지하기 위해 필요한 조치를 취할 때까지 개별적 또는 집단적 자위의 고유

제재 수단이 강구되지 않았다는 문제점을 안고 있었다. http://kdaq.empas.com/kdic/kdic_view.html?sn=21643 (검색일: 2005년 6월 10일).

12) 김대순 저, 『국제법론』 제10판, p. 994.

의 권리(inherent right of individual or collective self-defence)를 침해하지 아니한다. 이 자위권(self-defence)을 행사함에 있어 회원국이 취한 조치는 즉시 안전보장이사회에 보고되어야 하며, 이 조치는 안전보장이사회가 국제평화와 안전을 유지하거나 회복하기 위하여 필요하다고 생각하는 행동을 언제든지 취할 이 현장 하의 그의 권한과 책임에 어떤 영향도 미치지 아니한다.”¹³⁾

이러한 자위권이란 국가가 자기를 위하여 급박한 현실의 위해를 배제하고 일정한 한도에서 실력을 행사할 수 있는 권리를 말한다.¹⁴⁾ 이러한 자위권을 규정함에 있어 항상 논란의 여지로 남았던 부분은 “무력공격”(armed attack)을 어떻게 정의 내리고 해석할 것인가에 대한 측면이었다. “무력적 공격”이란 무력의 불법적 행사(illegal use of force)를 말하며 기타의 법의 위반(other violations of law)은 제외된다.¹⁵⁾ 즉 국제법 위반의 형태는 “무력적 공격”에 한하게 되는데 이 무력적 공격은 한 국가가 그 자신의 병력을 사용하는 경우는 물론이고 다른 국가에서 조성된 혁명운동의 병력을 사용하는 경우도 포함된다. 또한 무력적 공격은 한 국가의 영토적 보전, 정치적 독립, 혹은 공해상의 선박이나 항공기에 대한 것에 국한되지 않으며 국가와 국민에 대한 것을 모두 포함한다. 이 무력적 공격은 반드시 현실적으로 발생하여야 하며, ‘무력적 공격’의 위협이 있는데 불과한 경우는 자위권을 행사할 수 없다. 따라서 관습 국제법상에서 인정되는 선행자위(anticipatory self-defence)는 허용되지 않는다.¹⁶⁾

13) 최원목 편, 『국제법 기본자료집』, pp. 22, 51.

14) John O'Brien, *International Law* (London: Cavendish Publishing, 2001), p. 682; Malcolm N. Shaw, *International Law*, 4th ed.(Cambridge: Cambridge University Press, 1997), pp. 787-788; Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (Oxford: Clarendon, 1963), p. 252.

15) Hans Kelsen, “Collective Security and Collective Self-Defence under Charter of the United Nations,” *American Journal of International Law*, Vol.42, 1948, p. 784.

16) 김명기, “테러와의 전쟁과 국제법상 자위권,” 『사회과학논총』 제19집, 2003, p. 158.

원칙론자의 경우 51조의 자위권은 오직 국경선을 넘는 공격이 발생했을 경우에만 무력공격이 성립된다¹⁷⁾는 주장이 있고 테러공격 및 인질범의 자국민에 대한 무력행사 및 정규군의 간접적 공격(indirect aggression) 등을 포괄적으로 무력공격의 범주에 포함시켜야 한다는 확대해석의 시각도 상존하였다.¹⁸⁾

그러나 일반적인 경우에 후자의 견해는 상당히 제한되었는데 이는 1986년 미국의 니카라과(Nicaragua) 개입에 대한 국제형사재판소(ICJ)의 판례에 잘 나타나 있다. 여기에서는 그 규모와 효과에 있어 상당한 수준 이상의 무력사용(use of force)을 무력공격으로 보고 있으며, 특히 1974년 UN 총회가 정의한 ‘침략(aggression)¹⁹⁾을 무력공격개념과 동일시하는 경향을 보여 주었다.²⁰⁾ 무력공격의 주체가 국가가 아닐 수 있음에 대한 합의는 이미 이루어졌는데, 국가가 아닌 주체의 무력공격에 대한 자위권의 발동일지라도 무력사용이 매우 강렬하고 심각하여 정규군의 직접적인 공격의 정도와 유사하다면 자위권의 무력공격(armed attack)이 성립된다는 것이 일반적인 견해이다.²¹⁾

자위권의 행사는 그 사용 시기의 측면에서도 제한을 받는다. 즉 안보리가 국제평화와 안전의 유지에 필요한 조치를 취할 때까지만 인정되는 것이다. 무력적 공격을 받은 경우라도 자위권의 행사를 무제한하게 할 수 있는 것이 아니며 안보리가 필요한 조치를 취하게 되면 그 국가는 자위권의 행

17) Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, pp. 275-280. John C. Yoo (2004), p. 7에서 재인용.

18) 김대순, 『국제법론』 제10판, p. 999.

19) UN의 침략정의 결의에서는 3조에서 무력공격에 성립되는 요건을 다음과 같이 예시하고 있다.

“무력에 의한 타국영토의 공격·점령·병합, 타국영토에 대한 무력에 의한 폭격 또는 일체의 무기의 사용, 무력에 의한 타국 항구 또는 연안의 봉쇄, 타국의 육해공군에 대한 무력에 의한 공격 등.”

20) 김대순, 『국제법론』 제10판, p. 996.

21) *Ibid.*, pp. 1000-1004.

사를 중지하여야 하고 이 조치에 복종해야 하는 것이다.²²⁾ 또한 자위권을 행사함에 있어서 가맹국이 취한 조치는 “즉시 안보리에 보고”하지 않으면 안 된다. 이로써 안보리는 자위권행사의 요건을 구비하였는가의 여부를 객관적인 입장에서 판단하게 된다.

(2) 선행자위²³⁾(anticipatory self-defence)

9·11 사태 이후 “선제공격독트린”에 관한 법적근거로서 대두되게 된 자위의 개념이 지금 논하게 될 국제관습법 상의 선행자위(anticipatory self-defence)의 개념이다. 이 선행자위개념의 기원은 1837년 “캐롤라인”(Caroline)호 사건으로 거슬러 올라간다. 당시 미국의 국무장관인 웹스터(Daniel Webster)는 영국의 행동을 비판하면서 자위권이 충족되는 경우는 상황이 절박하고(instant), 압도적이며(overwhelming), 선택할 다른 대안이 남아 있지 않고(leaving no choice of means), 깊게 고려할 시간적 여유가 없는(no moment for deliberation)경우에 한한 공격만이 자위권이 성립된 무력공격이 될 수 있다고 주장하였고 이러한 웹스터의 주장이 관습법상의 자위권의 성립요건인 무력의 임박성(imminence)에 관한 토대를 만들어 놓았다.²⁴⁾

22) Hans Kelsen, *The Law of the United Nations* (New York: Praeger, 1951), p. 800.

23) Anticipatory self-defence를 한국어로 번역하는 내용은 아직 통일이 되지 않았다. 김대순은 그의 저서 『국제법론』에서 이를 “예방적(혹은 선제적) 자위”로 번역하여 예방과 선제 두 용어를 포괄하였고, 명지대의 김명기 교수는 이를 “예방적 자위권”이라고 표현하였으며, 최근 경기대의 류재갑 교수는 선제공격 독트린과 관련된 논문에서 이를 “선행자위”로 번역하였다. 본 논문에서는 선제(preemption)와 예방(prevention)을 구분해야만 하는 중요한 어휘와 선제적(혹은 예방적) 자위의 용어를 혼용하게 된다면, 한국어로 번역된 선제(혹은 예방적)자위가 “anticipatory self-defence”인지, 아니면 preemptive(혹은 preventive) self-defence인지 혼돈을 겪을 수 있으므로 별도의 표기인 “선행자위”라는 용어로 표현하고자 한다.

24) John C. Yoo(2004), pp. 7-8.

이러한 국제 관습법상에서 웹스터가 형성한 기초는 뉘른베르그 국제군사재판(International Military Tribunal at Nuremberg)의 관례에서 구체화된다. 1940년 독일의 노르웨이 침공이 방어적인 자위권이 아니었다고 판시하면서 그 이유로 독일이 주장했던 공격의 임박함(imminence)을 저지하기 위해 노르웨이를 공격했다는 논리가 성립되지 않는다는 것이었다.²⁵⁾ 즉, 국제관습법 상에서 성립되고 있는 선행자위의 구체적 성립 요건인 상대국의 아국에 대한 공격의 임박성에 대한 개념이 정립된 것이다.

캐롤라인 사건과 뉘른베르그 관례를 통해 정립되어 온 국제관습법상의 선행자위는 그 사례 및 충족요건에서 알 수 있듯이 UN헌장이 정의한 유일한 합법적 무력사용인 자위권의 충족요건과는 상이하다. UN헌장 제7장 51조의 자위권이 직접적인 무력공격(armed attack)을 그 성립요건으로 상정한 반면, 국제관습법 상의 선행자위는 공격의 임박성(imminence)을 그 성립요건으로 보기 때문이다.

그러나 이런 관습법상의 선행자위의 개념과 용인은 9·11 사태 이전의 국제사회에서는 심각하게 고려하지 않았다.²⁶⁾ 왜냐하면 UN헌장이 규정하고 있는 자위권과 상충될 경우 그 결과 무력 사용에 대한 행동의 자유를 확보하려는 일부국가들이 이 관습법을 재해석 하면서 무력사용을 정당화할 가능성이 있기 때문이었다.²⁷⁾ 이러한 이유로 “무력공격을 기준으로 자위권을 도저히 해석할 수 없는 경우에만 이러한 선행자위의 개념에 의존하는 것으로 관례화 되었다.”²⁸⁾

25) *Ibid.*, p. 8.

26) Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, Second Ed.(Oxford, New York: Oxford Univ. Press, 2004), p. 130.

27) 김대순 저, 『국제법론』 제10판, pp. 998-999.

28) Gray, *International Law and the Use of Force*, p. 130.

<표 1> 자위권과 선행자위권의 구분

구 분	Self-Defence	Anticipatory Self-Defence
법의구속	UN헌장 51조	국제관습법
적용기간	1945년 이후	1840년대 이후
무력사용의 정당성	실질적인 Armed Attack.	공격의 임박성
주요 쟁점	실질적인 Armed Attack의 주체와 수단이 무엇인가?	공격의 임박성(imminence)의 주체 및 정도는 무엇인가?
문제점	<ul style="list-style-type: none"> • 인권적인 제양, 테러조직의 제거 등에 해당되는 무력사용의 예외규칙의 부재 • UN헌장 이전부터 존재해오던 국제관습법 상의 선제적 자위권을 불인정 	<ul style="list-style-type: none"> • 임박성에 관한 해석의 문제 • 국가 외의 행위자에 대한 규정이 모호함. • 임박성의 해석을 빌미로 무력사용의 정당화를 추구하는 빌미제공

3. 9·11 사태와 이라크 전쟁: 국제법 재해석의 요구

(1) 9·11 사태의 의미

최근 그 방법과 규모 그리고 법적 결과에 있어 상기 테러와는 다른 차원의 테러가 발생하여 전 세계를 경악하게 만들었다. 2001년 9월 11일 아침 출근 시각, 뉴욕의 세계무역센터 쌍둥이 건물 두 곳과 수도 워싱턴의 국방부청사에 대한 민항기에 의한 자살테러 공격으로 한 순간에 110층짜리 센터 건물이 내려앉고 국방부 청사에는 큰 구멍이 뚫렸다. 자살테러에 동원

된 3대의 항공기 외에 납치된 또 한 대의 항공기는 피츠버그에 추락하였으며, 기내의 모든 인원은 사망하였다.²⁹⁾ 이 대참사로 인해 3천여 명이 사망 내지 실종한 것으로 집계되었으며, 희생자들 속에는 미국인들뿐만 아니라 전 세계 70여 개국의 국민이 포함된 것으로 보도되었다. 과거 미국을 향한 테러가 미국영토 밖에서 미국인을 상대로 행해진 것과는 대조적으로, 9·11 테러는 납치한 민간 항공기를 무기로 이용하여 미국본토를 공격한 것이었으며 희생자들도 특정국가에 국한된 것이 아니었다. 미국정부는 아프가니스탄 탈레반 정부의 보호 하에 그 곳에 근거지를 마련하고 있는 오사마 빈라덴 휘하의 알카에다가 이 같은 악행을 저지른 것으로 보고 아프가니스탄에 대한 무력공격을 감행하기에 이른다.

결국 9·11 이후 국제안보환경은 급격하게 변화된 것이다. 테러의 대상에 예외가 없어졌으며, 테러에 직면한 전 지구적 위협에 국경이 사라져 버렸다. 테러의 수단, 방법 등이 다양해지고 있으며, 시간과 장소를 고려하지 않고 테러가 감행되고 있다. 테러가 위협 및 공포의 수단으로서만 작용하는 것이 아니라 반인류적, 비도덕적, 무차별성과 함께 세계를 위협하고 있으며 그 위협대상에 있어 예외가 있을 수 없게 되었다. 결국 테러의 근원적이 차단 없이는 개인, 사회, 국가, 지역, 세계의 안전이 보장되기 어렵게 되었으며, 국제사회는 이러한 테러위협과 비대칭 위협을 차단해야 하는 상황에 놓이게 되었다. 이에 따라 세계의 안보관은 대테러 박멸에 상당한 비중을 두게 되었다.

테러를 극복해 나가는 과정에서 국가들은 국제안보의 목표와 수단, 방법 및 범위가 확대되어 가고 있음을 인지하게 되었다. 이러한 인식으로 국가들은 군사 분야는 물론 비군사 분야에까지 안보의 영역을 넓히는 포괄적 안보를 추구하게 된 것이다. 결국 국가들은 과거와 동일한 방식으로는 테러 위협을 예방하기 어렵다는 것과 대테러 전이 ‘희생전쟁’(gray war), 즉 얼굴 없는 전쟁이 될 것임을 인지해 나가기 시작했다. 이는 보이지 않는

29) 『문화일보』, 2001. 9. 12, p. 4.

적이 예측할 수 없는 시간에 여러 형태의 방법과 수단을 동원해 테러를 감행할 수 있음을 의미하는 것이다.

이러한 상황 속에서 냉전 시 미국과 소련에 의해 유지되었던 양 진영에 대한 적절한 통제를 통한 비확산 정책은 탈냉전과 세계화의 물결 속에 더 이상 가능한 것이 아니었다. 과학기술의 발달과 무기 위협의 증대 속에서 이러한 비확산 유지의 곤란함은 국가 간의 공식적인 전쟁 외에 새로운 안보의 위협을 의미하는 것이었다. 결국 세계는 비대칭위협에 직면하게 된 것이다. 이러한 비대칭적 위협은 개별적이거나 통합적일 수 있고 다른 한편으로는 심리적이거나 물리적일 수 있다. 또한 비대칭적 위협은 일반적으로 상대방의 이니셔티브, 행동자유 혹은 의지에 영향을 미치는 충격 및 혼란과 같은 중요한 심리적 충격을 추구한다.³⁰⁾ 그것은 혁신적이면서 비전통적인 전술 그리고 무기·기술 등을 사용하며, 군사작전의 스펙트럼에 놓여 있는 전략·작전·전술 등을 사용하기도 한다.³¹⁾ 그리고 상대방이 전혀 예측하지 않는 전략과 전술을 감행한다. 테러리즘이 이러한 비대칭적 접근을 통해 감행될 경우, 피해자에게 엄청난 고통을 주게 되며 정치적, 사회적으로 불안을 고조시키게 되는 것이다.

이에 더하여 국제사회는 일부 지역 국가들이 대량살상무기나 사이버 전쟁을 개발해 비대칭 전쟁으로 맞서려는 상황에도 직면해 있다. 여기서 ‘비대칭 전쟁’은 ‘제4세대 전쟁’(fourth generation warfare)³²⁾으로 일컬어진다. 근대국가의 전쟁은 정부, 군대, 국민이 힘과 수단을 통해 상대와 맞서 온 형태로 진행되었다. 따라서 전쟁은 그 대상이 누구인지, 그 목표가 무엇

30) Stven Metz, "Strategic Asymmetry," *Military Review* (July/August, 2001).

31) Joint Chiefs of Staff, *Joint Strategic Review* (Washington, D.C.: Joint Chiefs of Staff, 1999).

32) 3세대에 걸친 전쟁의 일반적인 패러다임은 정부, 군대, 국민의 삼위일체에 입각하여 진행되어 왔다. 그러나 앞으로의 전쟁은 점차적으로 비삼위일체가 될 것이며, 그러한 전쟁이 바로 제4세대 전쟁이 될 것이다. 그것은 상대방이 정정당당히 싸우기를 거부하는 곳에서 발생하는 모든 형태의 갈등을 포함한다. Martin L. Van Creveld, *The Transformation of War* (Free Press, 1990).

인지 정확히 알면서 특정 전선에서 행해져 왔다. 또한 공격과 방어의 형태를 어느 정도 추정할 수 있었다. 그러나 위에서 언급한 제4세대 전쟁에서는 국가가 더 이상 전쟁을 독점하는 것이 아니고, 정부와 국민, 군대와 시민, 정규군과 비정규군간의 경계가 모호해지는 동시에 이념, 종교, 문화, 증오 등에 기반한 비국가, 초국가적 단위가 중요한 행위자로 등장한다. 9·11테러에서 볼 수 있듯이 이러한 비대칭 위협은 예측할 수 없는 대상, 장소, 시간을 통해 이루어지는 성향을 보이게 된 것이다.

위에서 언급한 바와 같이 국제안보환경이 급격하게 변화였고 이는 더 이상 과거 냉전시기의 재래전 양상에 기반을 둔 군사대비태세로서는 새로이 등장한 안보위협을 억제해 낼 수 없음을 의미한 변화였다. 비대칭적 위협의 만연 속에서 또 그 위협이 시간과 장소와 대상을 가리지 않는 상황 속에서 기존의 무력사용이 반드시 발생한 시점을 기준으로 자위권이 발생한다는 일반국제법 상의 엄격한 규정으로는 자국의 영토와 국민의 안보를 담보할 수 없는 상황에 이르르게 된 것이며 이를 미국에 대한 9·11테러, 스페인 열차 테러, 영국의 동시 다발적 버스테러 등에서 보여지게 된 것이다. 자국의 국민이 피해자인 당사국의 입장에서는 기존의 엄격한 국제법에 무력사용의 권한을 완전히 위임하기에는 귀 위협의 정도가 현격하게 그리고 매우 위협하게 변화된 것이었으며 새로운 국제법의 해석이 요구된 것이었다.

(2) 이라크 전쟁

9·11 사태 이후 “선제공격독트린”을 천명한 미국은 대량살상무기 제거, 후세인 독재정권의 축출, 테러세력과 이라크의 유대관계를 끊는다는 정책목표를 가지고 이라크에 대한 선제공격군사공격을 감행하였다. 2003년 3월 20일부터 시작된 이라크에 대한 공격은 개전 후 27일 만에 사담 후세인 독재정

권을 축출하고 전쟁을 승리로 이끌게 된다. 전통적으로 미국의 직접적 영향력 하에 있던 소규모 중남미 국가에 대한 적은 규모의 군사개입을 제외하고, 불량국가로 지칭된 일국을 선제공격하여 해당국의 지도자를 미국의 법정 앞에 서게 한 새로운 모습의 전쟁이 이루어진 것이었다.

사실 이라크 전쟁은 9·11 사태 이전에도 잠재적인 가능성은 내재되어 있었으며, 9·11 사태를 기점으로 결정적으로 촉발된 것이라고 해도 과언은 아니다. 보다 쉽게 표현하자면 9·11 사태가 이라크전쟁의 촉매제 역할을 했던 것이다. 이라크에 대한 논의는 클린턴 행정부시기부터 이라크에 대한 현 정부 주요 직위자의 논의를 통해 간접적으로 살펴볼 수 있다.

이러한 논의는 사실 상당히 구체적이기도 하였다. 예컨대, 1998년 2월, 캐스퍼 와인버거(Casper Weinberger), 프랭크 칼루치(Frank Carlucci), 로널드 럼스펠드 등 국방장관을 역임한 유명 정치인들을 비롯해 40명의 저명인사가 서명한 공개편지가 클린턴 대통령에게 전달되었는데 이 공개편지에서 “사람은 공포정치로 지배한다. 이런 야만적 폭력으로 모의나 쿠데타가 성공할 가능성이 극히 희박하지만, 그 대가로 사람은 국민에게 증오의 대상이 되었다 … 전국적으로 봉기를 기도해볼 만한 기회가 무르익었다”라며 덧붙여 INC를 이라크 임시정부로 인정하고, INC가 이라크 북부에 거점을 다시 마련할 수 있도록 지원하라고 권고하였다. 또한 걸프전 당시 동결시킨 이라크 자산(약 15억 달러)을 해금시켜 임시정부를 지원하라고 주장하기도 했고 그로부터 8개월 후에는 클린턴 대통령에 대한 의회의 압력을 통해 이라크 저항세력을 군사적으로 훈련시키고 군 장비를 지원하는 데 9천7백만 달러를 할당하기로 한 ‘이라크 해방법’에 서명케 하기도 하였다.³³⁾

클린턴에게 이라크 반군세력의 지원을 촉구한 1998년의 공개편지에 서명한 사람들 중 서넛이 현 부시 행정부에서 요직을 차지했다. 예컨대 도널드 럼스펠드 국방장관, 폴 울포위츠 전 국방차관, 더글러스 페이스(Douglas Feith) 정책담당 국방차관이 그런 인물이다. 이들의 영향력은 9·11 이후

33) 시모어 M. 허시, 강주현 역, 『지휘계통』(서울: 세종연구원, 2004), pp. 237-238.

훨씬 증대되었는데 이들이 사담 후세인에게 마땅한 행동을 취해야 하고, 테러와의 전쟁에서는 예방전쟁을 망설이지 말아야 한다고 오래 전부터 강력히 주장해 왔던 사람들이었다.

또한 9·11 사태 이전 ‘새로운 미국의 세기를 위한 프로젝트’(PNAC: Project for the New American Century)³⁴⁾에서 2000년 9월 펴낸 “미국 방위의 재건: 새로운 세기를 위한 전략, 힘 그리고 자원”이라는 전략 보고서에는 선제공격독트린의 기초적인 내용들이 상당수 거론되고 있었던 것이다.³⁵⁾

이러한 배경을 가지고 있는 이라크 전쟁 당시의 주요정책결정자들은 9·11 테러가 발생하자 이를 이라크와 연결시키고 근본적인 배경이었던 선제공격 전략을 현실화시키기 위한 즉각적인 반응을 보이게 되었다. 테러공격이 발생하자마자 울포위츠는 사담 후세인이 배후에 있는 것으로 생각된다고 자신의 보좌관들에게 말했다. 9월 17일, 부시 대통령도 이러한 견해에 일부 동조하며 ‘이라크가 관련되어 있는 것으로 믿는다’고 말했다. 딕 체니 부통령은 9·11테러 직후 버나드 루이스(Bernard Lewis)와 푸아드 아자미(Fouad Ajami)같이 오래 전부터 후세인 제거를 주장해 오던 중동정치 전문가들을 만나 이들의 의견을 들었다. 그 이후로 부시 행정부의 여러 고위 관리들은 사담 후세인의 제거를 공공연하게 말하기 시작했다. 그리고 아프가니스탄에 대한 공격이 끝난 후 리처드 펄과 같은 행정부 외곽의 신보수 주의자들은 거의 동시에 ‘제2단계’ 작전으로서의 이라크에 대한 공격을 거론하기 시작했던 것이다.³⁶⁾

34) 1997년 결성된 PNAC의 창립멤버는 체니 부통령, 린스펠드 국방부장관, 울포위츠, 덴 퀘일 전 부통령, 후쿠야마, 칼 릴자드, 루이스 립비 등 현 부시행정부의 가장 영향력 강경파 대부분을 실질적으로 망라한다.

35) 이해영, “제국의 그늘,” 한신대학교 사회과학연구소 편, 『미국 신보수주의 외교전략과 한반도 평화 문제』(서울: HWB, 2004), p. 105.

36) Daalder, and Lindsay, *America Unbound: The Bush Revolution and Foreign Policy*, pp. 130-131.

2002년 1월 29일 세계를 놀라게 한 미 대통령의 연두교서는 바로 이렇게 이후의 이라크 전쟁을 염두에 두고 작성되었다. 신보수주의자이기도 한 프럼(David Frum)은 테러리스트와 대량살상무기 그리고 이라크를 연결시키기 위한 목적으로 “증오의 축”(axis of hatred)이라는 용어를 제시하였고, 연두교서의 초안에 이라크를 직접적으로 증오의 축으로 지칭하였다.³⁷⁾ 프럼의 개념을 확대하고 더욱 더 악의에 찬 의미를 추가하여 거슨은 이를 “악의 축”(axis of evil)이라는 표현으로 고쳤으며 이라크에 대한 적개심을 훨씬 고조시켰다.³⁸⁾ 이러한 초고를 읽으며 라이스는 대통령이 이라크의 WMD와 테러리즘과의 연결고리를 찾은 데에 흡족해 했다고 평가하였다. 그러나 당시의 상황에서 이라크에 대한 극비 전쟁계획³⁹⁾이 이미 진행되고 있었으므로 라이스와 헤들리 등은 이라크만이 “악의 축”의 화신으로 지정되게 되면 선전포고로 비쳐질 것을 염려하였고 대통령에게 다른 나라들도 악의 축에 추가할 것으로 제안하였다. 북한과 이란이 최초 이라크만을 담고 있었던 연두교서 ‘초안’의 악의 축 국가에 포함되게 된 것이다.⁴⁰⁾

이러한 배경에서 이라크 전쟁은 결심단계로 진전되었는데 그 국제법적 적법성의 논란이 전쟁을 결정함에 있어 중요한 쟁점으로 부각되었다. 이라크는 종전 시 유엔결의안 687(1991. 4. 3)에 의하여 기존의 경제제재와 더불어 대량파괴무기 개발 및 보유의혹에 대한 자체보고서 제출 그리고 UN의 사찰 수용의무를 부담하였다. 이에 따라 안보리는 대량파괴무기의 보유, 개발 여부 파악 및 폐기를 목적으로 한 UN특별위원회(UNSCOM)를 설치하였다. UNSCOM과 IAEA는 1991년 이래 1998년까지 250여 차례의 현장사찰

37) 김창영 역, 밥우드워드 저, 『Plan of Attack: 공격 시나리오』(서울: 따뜻한 손, 2004), p. 125.

38) *Ibid.*, p. 125.

39) 2002년 11월 21일 이라크 전쟁에 대한 부시의 검토 지시를 받은 럼스펠드는 프랭크스 장군과 함께 이라크 작전계획을 연두교서가 발표되기 이전까지도 준비 중에 있었다(필자註).

40) 밥 우드워드 저, 『Plan of Attack: 공격 시나리오』, p. 126.

을 통해 장거리 미사일, 화학무기 원료 등을 폐기하는 실적을 거두었다. 그러나 사찰활동은 이라크 정부의 방해 및 회피 등으로 여러 차례 제약을 받았으며, 1998년 12월 사찰단은 실질적 사찰이 어렵다는 이유로 이라크에서 전면 철수하게 된다.⁴¹⁾

이러한 배경에서 미국이 아프가니스탄 전쟁의 성공, 선제공격독트린의 발표이후 앞의 논의에서처럼 부시행정부가 이라크 전쟁을 기정사실화 하자 먼저 미 의회는 2002년 10월 부시 대통령의 요구에 따라 대통령의 이라크에 대한 무력사용 권한을 부여하는 결의안을 채택하게 된다.⁴²⁾ 미국은 또한 무력사용을 허용하는 결의안 초안을 마련하여 안보리의 승인을 시도하였으나, 프랑스, 러시아 등 상임이사국과 독일 등의 반대에 부딪혔고 양측이 절충을 벌인 끝에 2002년 11월 8일 UN안보리 결의안 제1441호를 만장일치로 채택하였다. 동 결의안은 이라크가 무장해제 의무를 준수할 최종기회를 부여하고 만일 이라크가 비협조적인 경우에는 이는 ‘추가적인 중대한 의무위반’을 구성한다는 것을 명시하였다. 이 결의안은 결의안 채택 후 이라크 측이 7일 이내에 결의를 수락해야만 하고, 30일 이내에 대량과괴무기에 관한 보고서를 제출해야 하며, 45일 이내에 UN사찰재개를 받아들여야 함을 규정하였다. 그리고 이라크가 만일 이러한 조건을 제대로 이행하지 않을 경우 “심각한 결과”(serious consequences)를 초래할 수 있음을 명시하였다.⁴³⁾

UN의 결의안과 미국의 단호한 입장에 처하여 이라크는 11월 13일 결의안에서 규정한 무기사찰 수용의사를 표명하였다. 이에 따라 UN의 이라크사찰은 중단된 지 약 4년 만인 2002년 11월 27일부터 재개되었다. 이라크는 2002년 12월 7일 대량살상무기가 더 이상 존재하지 않는다는 내용의 1만 2천 페이지의 자체 보고서를 UN사찰단에 제출하였다. UN사찰단(UNMO-

41) 박홍순, “이라크 전쟁과 UN: 평가와 전망,” 『외교』 제66호, 2003, p. 94.

42) “미 의회 부시에 무력사용권 부여,” 『중앙일보』(2002. 10. 4).

43) 박홍순(2003), p. 94.

VIC)은 자체 사찰활동과 이라크의 보고서분석 내용에 의거, 이라크 실태에 대한 평가보고서를 2003년 1월과 2월 각각 UN안보리에 제출하였다.

미국과 영국은 보고서 검토 결과 이라크가 결의안 1441호에서 규정한 바 “중대한 위반”을 하였다고 주장하면서 2월 중순부터 군사공격 승인을 요청하는 2차 안보리 결의안 상정을 추진하였다. 미국은 한편으로는 사실상 전쟁준비를 마무리하면서, 다른 한 편으로는 안보리의 승인을 받기 위한 외교전을 전개한 것이었다. 그러나 프랑스, 러시아, 중국 등은 평화적 해결을 주장하면서 미국의 무력사용에 강력히 반대하였다. 코피 아난 사무총장은 이라크가 “마지막 기회를 이용하지 못하고 완강하게 저항한다면 UN은 냉혹한 선택을 할 수도 있다”고 경고하면서도, 미국이 군사행동에 들어가기 전 이라크에 대한 군사행동에 관한 국제사회의 동의를 필요함을 강조하였다. 이에 다시 한 번 안보리의 결단을 촉구하고 국제사회의 지지를 호소하던 부시대통령은 필요하다면 독자적인 군사행동도 감행할 의사가 있다고 내비쳤다. 그리고 급기야 전쟁개시 불과 이틀 전인 3월 16일에는 스페인 아조레스에서 열린 미국, 영국, 스페인 정상 간의 회담에서 부시 대통령이 독자적 행동불사의지를 천명함으로써 유엔 안보리 결의안 통과를 강력히 종용하기도 했다. 하지만 이러한 외교적 노력과 제스처에도 불구하고 종국적으로 부시 대통령은 독자적인 전쟁을 결정하게 된 것이다. 결국 미국은 48시간의 최후통첩을 거쳐 3월 20일 약 4주간의 이라크 전쟁을 개시하게 된다.⁴⁴⁾

이렇게 시작된 이라크 전쟁은 국제법적 해석의 일대 대논쟁을 촉발하였으며 미국은 9·11 사태이후 변화된 안보위협에 대응하기 위한 선제공격 독트린과 이라크 전쟁 등의 정당성 및 유효성을 확보하기 위하여 정부차원에서 국제법의 재해석을 요구하기에 이른 것이다. 바로 이러한 과정에서 과거의 엄격한 기준의 국제법 해석이 변화된 국제질서 및 안보위협에 대응

44) 김영호, “미국 신보수주의 외교전략의 실제,” 남궁곤 편, 『네오콘 프로젝트』, pp. 321-323.

할 수 없으며 따라서 새로운 국제법의 해석이 이루어져야 한다고 주장하며 미 행정부의 이론적 토대를 마련했던 사람이 아래에서 논하게 될 존 유 교수였던 것이다.

4. 존 유의 논의를 중심으로 한 국제법 재해석의 과정

이와 같은 배경 속에서 기존 국제법에서 용인하고 있는 무력사용에 있어 자위권에 관한 내용은 일대 논쟁을 유발하게 된다. 특히 국가 대 국가의 정형적인 무력사용을 기준으로 했던 엄격한 기준의 국제법적 해석으로는 변화하는 안보위협에 적절히 대응할 수 없다는 주장이 대세를 차지해 나가기 시작했다. 그린(Green)은 “현장이 제한적으로 해석되어야 한다고 하여 주권국가에게 주어진 권리를 빼앗아 갈 수는 없으며, 자위권은 현장에 앞선 고유한 국가의 권리로서 선행 자위도 포함되어야 한다”고 주장하였고, 월독(Waldock) 또한 제51조가 단순히 무력공격을 구성하지 않는 불법적 무력사용에 대하여는 자위권을 금지하고 있는 것으로 해석하는 것은 제51조 전체의 의미를 오도하는 것이라고 주장하기도 하였다.⁴⁵⁾

이렇듯 기존 국제법의 한계를 지적하며 국제법에 대한 재해석을 시도하는 학자 가운데에서도 유사한 주장의 논자들의 논리를 모두 포괄하면서 보다 체계적이고 종합적인 맥락에서 국제법적인 재해석을 통해 부시행정부 “선제공격독트린”에 대한 국제법적 기반을 제공한 학자가 있는데 그가 바로 한국계 미국인이자 현 UC 버클리대학의 법대 교수인 존 유(John C. Yoo) 교수⁴⁶⁾이다. 그는 2004년에 발표한 「Using Force」라는 논문에서 그

45) 김영원(2005), p. 74.

전까지는 다소 거칠게 주장되어 납득하기 힘들게 여겨졌던 국제법의 재해석과정에 있어 기존 국제법의 문제점들과 변화된 현실을 조목조목 지적해 가면서 새로운 해석의 법적 토대를 마련하였기에 미국 현 부시행정부의 “선제공격독트린” 법적 토대와 근거를 가장 정교하게 제공해 주었다는 평가를 받은 바 있다.⁴⁷⁾

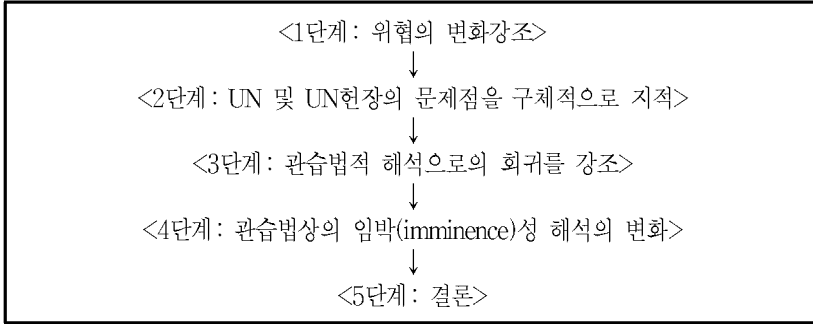
이 과정에서 존 유 교수의 연구가 주목되는 것은 관습국제법의 준거가 되는 임박성(imminence)에 관한 개념을 변화된 국제질서에 맞추어 새롭게 재해석해내고 있는 점에 있다. 즉 그의 연구물을 중점적으로 살펴보는 장점은 기존의 국제법학자들의 주장을 포괄하여 보다 발전된 내용을 미 행정부의 국가전략의 법적근거로 제공하고 있기에 과연 무력사용의 기준이 국제법의 변화를 근거로 어떻게 재구성될 수 있는가를 예측가능하게 해준다는 점이다.

그러면 이제 존 유가 기존의 국제법에 대한 해석의 문제점과 국제법 재해석의 당위성에 대하여 어떤 논리를 제공하고 있는지 살펴보자.

46) 존 유 교수는 지난 2001년~2003년 미 법무부에서 법률고문차관보로 근무하며 테러리스트들에게는 전쟁 포로 대우 규정인 제네바 협정을 적용할 필요가 없다는 내용의 이른바 ‘고문(拷問)메모’를 작성하기도 했으며 이 메모는 2004년 4월 이라크 아부 그레이브 포로 수용소에서 미군이 이라크 포로를 학대한 사건이 알려진 후에 밝혀져 유 교수가 아부 그레이브 이라크 포로 학대와 연결되어 있다는 비판이 거셌다. 존 유 교수는 하버드대를 졸업하고 월스트리트 저널에서 기자로 활동하다 예일대 법대에 들어간 후 미 보수 법조 모임인 페더럴리스트 서사이티(The Federalist Society)에 참여, 미국 내 대표적인 보수파 법조인들의 영향을 받았다. 그는 미 보수파들이 존경하는 로렌스 실버맨 미 항소법원장, 클라렌스 토마스 미 대법관의 서기(Clerk), 미 상원 법사위 의장이었던 오린 하치 상원의원 최고 보좌관, 존 아쉬크로프트 법무장관 시절 법무부 부보좌관을 역임했다. http://www.futurekorea.co.kr/article/article_frame.asp?go=content§ion=%EAB5%AD%EC%A0%9C&id=8079 (검색일: 2005년 10월 12일).

47) *Wallstreet Journal*, september 12, 2005.

<표 2> 국제법 재해석의 과정



(1) 위협의 변화: 국제법 변화요구의 배경

변화하는 위협의 주체는 NSS에서 제시된 바와 마찬가지로 테러리스트 그룹과 불량국가(rogue nation)로 손꼽고 있다. 먼저 테러리스트 그룹은 대량살상무기를 획득하기 위해 노력할 것이며 이를 사용하는 데 주저하지 않을 것이고, 또한 그들은 국경에 의해 구분되지 않고 그들의 목표는 무고한 민간인이기 때문에 테러리스트 그룹이 새롭게 정의된 주 위협이라고 주장하고 있다. 이러한 국제적인 테러리스트들과 싸워나가기 위해서는 단독적인 무력행동도 불사할뿐더러 선제적인 행동도 불사할 수 있고 이들이 미국의 국경에 먼저 도달하기 전에 식별하고 분멸해야만 테러리스트 그룹을 제거할 수 있다는 논리가 국제법의 변화에 대한 요구로 떠오르고 있다.

이러한 맥락에서 존 유는 불량국가(Rogue States)를 새로운 위협으로 강조하고 있다. 부시행정부는 이러한 불량국가를 “자신들의 국민을 폭정으로 대하고, 통치자의 개인적 목적을 위해 자원을 남용하고, 국제법을 무시하면서 자신들의 이웃을 위협하고, 대량살상무기를 개발하거나 소유하려 하고, 테러리즘을 지원하고, 기본적인 인간의 존엄성을 거부하고, 미국을 혐오하는 국가로 정의 내리고 있다. 존 유에 의하면 특히 이러한 국가들은 보다

위험한 모험을 선호하여 억제(deterrence)정책에 순응하지 않고, 미국과 미국의 동맹국들을 대량살상무기를 사용할 수도 있다며 위협하는 경향이 있다고 주장한다. 또한 바로 이러한 사실이 미국이 설사 전통적인 개념에서의 일시적인 임박성(temporally imminent)이 충족되지 못한다 할지라도 무력의 사용을 요구받게 되는 원인이 된다는 것이다.⁴⁸⁾ 즉 위협의 변화는 법해석의 변화로 이어져야 한다는 주장인 것이다.

특히 그는 기술의 발전으로 인한 위협요소의 증대와 이를 수단으로 하고 있는 테러리스트 및 불량국가의 결합을 과거와 현재의 변화된 위협의 핵심으로 간주하고 있다. 대량살상무기, 공군력, 미사일 등에 있어서의 기술의 혁신이 공격에 있어 보다 파괴적 효과를 발휘하면서 적의 공격에 관한 사전 예측은 더욱 힘들어졌다고 주장한다. 바로 이러한 현대적 무기에 의한 공격에 국가들이 위협받고 있기에 유사시 UN에 호소한다는 것은 사치스러운 일이 되어버렸으며 따라서 상대방이 결정적인 군사적 우위를 선점하기 전에 선제적인 무력사용(use force preemptively)을 강요받게 된다는 것이다.⁴⁹⁾

물론 국제법상에서 주장하던 기존의 자위권개념이 핵무기의 등장과 함께 이미 효용성을 잃었다는 주장을 존 유만이 한 것은 아니다. 프리드만(Wolfgang Friedmann)은 “오늘날 핵위협 시 공격을 기다려서야 자위권이 발동될 수 있다고 하는 것은 매우 위험하며 때로는 국가의 존립에도 치명적일 수 있다”고 주장하였으며, 싱도(Singh)도 “핵전쟁에서는 시간이 긴요하다(time is very essence)”라고 설명하면서, 무력공격의 개념이 실제공격이 행하여지기 전에 상대국이 대응할 수 있도록 수정되어야 한다고 주장한 바 있다.⁵⁰⁾ 그러나 이러한 논의는 불량국가와 같은 일군의 국가들이 핵무기를 보유한 그 자체가 선제공격의 대상이 되어야 한다는 주장은 아니라는

48) John C. Yoo (2004), p. 4.

49) *Ibid.*, p. 9.

50) 김영원(2005), p. 74.

점에서 존 유의 논의와는 궤를 달리한다.

반면 존 유 교수는 오늘날의 특수성을 반영한 새로운 무력공격 개념의 변화를 주장하며, 대량살상무기가 과거의 행태로 보아 사용할 의도가 충분히 명백해 보이는 국가의 수중에 있고 또한 보유국가의 관계가 적대관계일 경우 대량살상무기의 보유 자체만으로도 상황에 따라서는 자위권의 발동을 정당화할 수 있다는 주장을 하기 위해 위협의 주체와 그 특성의 변화를 우선적으로 강조하게 되는 것이다.

(2) UN헌장의 한계: 국제법 변화의 촉진요인

UN헌장이 제2차 세계대전 중 씌어지고 있을 때, 이 초안자들은 20세기 전반 부에 있었던 2차례의 세계대전과 같은 매우 큰 규모의 국가간의 분쟁을 예방하고자하는 의도를 가지고 있었음을 존 유는 강조한다. 헌장은 두 가지 수단으로 이러한 목적을 달성하고자 했는데 첫 번째 방법은 국가들로 하여금 상대국의 주권을 물리적으로 침해하는 것을 근본적으로 반대하는 방법과 다음으로 안전보장이사회(security council)를 만들어 만일 국제적인 평화와 안보의 유지 혹은 회복을 위해서 필요할 경우 이 조직에 무력사용의 권한을 위임하는 방법이었다.⁵¹⁾

이러한 UN헌장은 안전보장이사회의 행동이 즉각적으로 침략적인 공격을 억제할 수 없는 경우를 상정하여 7장 51조에 자위권에 대하여 규정해 놓았다. 이 자위권은 전술 하였듯이 실질적인 무력공격이 성립되어야만 발동될 수 있다. UN헌장은 모든 무력사용을 세 가지로 구분하는데 유엔안전보장이사회에 의해 합법적으로 권한을 위임받은 무력사용, 자위권행사를 위한 합법적인 무력사용, 그리고 이 밖의 모든 다른 것을 포함한 불법적인 무력사용이 그것이다.

51) John C. Yoo (2004), pp. 5-6.

그러나 존 유는 이러한 UN헌장이 무력의 사용에 대하여 단 한번도 효율적으로 대처하지 못했다고 주장한다. 냉전기간 동안 한반도, 쿠바, 도미니카 공화국, 베트남, 그라나다, 파나마, 리비아, 수단, 레바논, 걸프해, 유고, 아프가니스탄, 이라크 등에서 무력이 사용되었지만 UN헌장에 의해서 효과적으로 규제되지 못했다는 것이다.⁵²⁾

그는 국제체제의 몇 가지 변화가 이렇듯 UN헌장이 효과적으로 작동함에 있어 근본적인 제한으로 작용하였다고 주장한다. 첫째는, UN헌장의 수립과 동시에 성립된 냉전체제로 인해 안전보장이사회가 효과적으로 작동할 수 없었다는 것이다. 둘째는, 기술의 개발로 인한 무기의 치명성의 증대이다. 셋째는 UN헌장에는 규제할 수 없는 인종적 위기 등의 문제가 증대된다는 것이다.⁵³⁾

이러한 변화로 인해 제1차 세계대전과 제2차 세계대전과 같은 대규모 국가들 간의 전쟁예방을 목적으로 한 UN헌장은 제2차 세계대전 이후의 전후 세계질서에 효과적으로 대응할 수 없었다고 주장하고 있다. 그는 물론 UN헌장이후 국가간의 전쟁이 감소된 것은 사실이지만 내전으로 인한 민간인 사망자는 상당수 늘어났으며 실상 국가 간의 전쟁이 줄어든 측면에 있어서도 UN헌장이 작용했다고 보기는 힘들고 오히려 왈츠(Kenneth N. Waltz)가 주장하는 양극체제의 안정성(stability of bipolar system)이나 케디스가 주장하는 양극체제로 인한 긴평화(long peace)에 의한 개념처럼 국제정치 질서에서의 힘의 균형에 의한 전쟁의 감소였을 뿐이라고 역설하고 있다.⁵⁴⁾ 결국 그에 의하면 UN 및 UN 헌장은 국제질서의 평화에 기여한 바가 없으며 오히려 제약이 되고 있다는 것이다.

52) *Ibid.*, p. 8.

53) *Ibid.*, pp. 9-10.

54) *Ibid.*, pp. 12-13.

(3) 관습법상의 국제법의 필요성

존 유 교수는 UN헌장에 대한 원칙론적 해석을 비판한다. 특히 국경을 넘어선 실질적인 공격만을 강조하는 원칙론적 해석에 대한 위험성을 경고한다. UN헌장에 준한 원칙론적 입장에서 국제법 학자들은 UN헌장이 등장함으로써 기존에 존재하고 있던 관습법적인 규정은 사장되었다고 주장하나, 존 유 교수는 UN헌장의 초안자들이 어디에도 기존의 관습법을 제한하려고 했던 증거가 존재하지 않기 때문에 기존의 관습법과 UN헌장을 별도로 구분해낼 수 없다고 주장한다. 따라서 UN헌장은 관습법으로부터 유래된 기존의 자위권의 개념을 제한 할 수 없다는 것이다.⁵⁵⁾

이렇듯 관습법의 필요성을 강조하는 이유는 관습법에 이르러서야 적으로부터 먼저 공격을 받지 않아도 임박성을 이유로 적에게 먼저 공격할 수 있는 선행자위권(anticipatory self-defence)의 개념, 즉 선제공격의 조건이 충족되기 때문이다. 즉 UN헌장의 논의에서는 선제공격독트린을 논하기가 매우 어려움을 의미하며 일단 법의 틀로 끌어들이기 위해서는 국제관습법의 효용성이 인정되어야 하는 것이다.

그러나 관습법의 필요성을 강조한다고 해서 문제가 해결되는 것은 아니다. 왜냐하면 캐롤라인호 사건 이후로 관례가 되어온 관습법적 자위권의 해석은 전술하였듯이 상당히 엄격한 기준이기 때문이다. 그리고 이 엄격한 기준에 의해 원칙적으로 해석한다면 부시행정부의 “선제공격독트린”도 또한 이라크 전쟁도 국제관습법상에서조차 불법적 무력사용이 되는 것이다. 따라서 이러한 자위권이 성립될 수 있는 충족조건에 대한 재해석이 필요하게 되며 이러한 이유로 관습법적 자위권의 핵심 요소인 임박성(imminence)에 대한 문제점을 확대하며 동시에 이를 재해석하려 시도하는 것이다.

55) *Ibid.*, p. 7.

(4) 관습법상의 임박(imminence)성 해석의 변화

NSS는 임박성과 관련하여 다음과 같이 언급하고 있다.

선제의 정당성의 조건인 임박한 위협(imminent threat)의 전통적 개념은 관측 가능한 육군, 해군의 기동 혹은 공격을 준비하고 있는 공군 등 구체적인 위협의 임박성이지만 우리는 현대의 적의 능력과 목표에 맞추어 임박성의 개념을 새롭게 개정해야 한다.⁵⁶⁾

이에 대해 존 유 교수는 NSS가 이러한 언급은 하였지만 과연 어떻게 이러한 임박성을 불량국가와 적대적인 테러리스트 그룹, 대량살상무기의 잠재적 파괴력에 대응하여 새롭게 개정할 것인가에 대한 어떠한 언급도 없다고 지적하고 있다. 현재까지는 그저 오랜 역사 속에서 있어왔던 전략이라는 식으로 역사성에 그 정당화의 과정을 의존해 왔는데 이러한 식의 논리는 무력사용을 정당화함에 있어 충분하지 못하다는 것이다.⁵⁷⁾

결국 그는 이 임박성의 문제점을 지적하면서 UN헌장뿐만 아니라 기존의 관습법적 접근이 공히 문제가 있음을 끌어내고 있다. 즉 현재의 국제법상의 자위권의 체제는 변화된 새로운 형태의 위협에 대한 적절한 대응이 불가능하다는 것이다. 잠재된 공격이 진행되는 과정을 기다리거나, 혹은 어떤 공격이 단시간적인 임박성의 충족조건에 맞는 것을 기다리는 행위는 대량살상무기에 의한 위협성을 높이는 결과일 뿐이라는 것이다.⁵⁸⁾

이러한 배경 속에 존 유는 국제법이 자위권에 관한 무력사용을 정당화할 수 있는 임박성에 대한 정의를 충분히 해내지 못하고 있다고 주장한다. 우선 기존의 임박성은 지나치게 사전적인 측면에서의 일시적인(temporal) 측

56) NSS(2002).

57) John C. Yoo (2004), pp. 4-5.

58) *Ibid.*, p. 14.

면에 초점을 맞추고 있는데 이는 매우 위험한 해석이라고 주장한다. 왜냐하면 임박성을 일시적인 측면에만 맞추는 방식은 그 해석 기준이 너무 까다로워 현재의 위협을 전혀 고려하고 있지 못하며 적으로부터의 공격가능성 및 성공률을 높여 준다고 한다. 이에 추가하여 더욱 고려해야 할 점은 피해의 정도인데 이러한 일시적인 임박성으로 자위권을 해석할 경우 이미 과거 웹스터와 애쉬버튼이 논의하던 시기와는 전혀 다른 현재의 위협과 무기의 치명성에 대응을 할 수 없기에 유사시 피해가 매우 클 것이라는 주장이다.⁵⁹⁾

또한 이러한 임박성에 대한 협소한 해석은 시민들을 위해할 수 있는 미래의 위협에 적절히 대응하지 못할 것이라는 점을 강조하고 있다. 결국 그가 주장하는 내용의 핵심은 임박성을 해석할 수 있는 시간범위의 확장이다. 즉 기존의 해석이 현시적이면서 즉각적인 위협에 대한 대응이었다면 현재 및 미래의 임박성은 언젠가 행할지 모르는 미래의 특정 위협마저도 시간의 범위의 확장을 통해 임박한 위협(imminent threat)으로 해석하자는 것이다. 존 유는 자신의 이러한 핵심 주장을 개인의 자위권에 대한 두 가지 예로 뒷받침 하고 있다.

첫째는, 벽에 묶여 죽음을 예고 받은 사람에 대한 예이다. A라는 행위자가 B라는 피해자를 벽에 묶어 놓고 일주일 뒤에 B를 죽인다고 말하였다. 일주일 뒤에 죽을 것을 알게 된 B는 비록 자신을 죽일 일주일 뒤의 시간이 임박하지 않았다 하더라도 이미 죽을 것을 알기 때문에 그 이전에 A를 반격하여 죽인 것은 충분히 비록 일시적인 임박성은 아닐지라도 임박성의 개념에 포함될 수 있다는 주장이다.⁶⁰⁾ 두 번째는, 구타당하는 부인에 관한 예이다. 상승적으로 구타당하는 부인은 자신의 배우자로부터 심각하고 반복된 물리적 폭행을 당해왔다. 이러한 반복은 결국 그 부인으로 하여금 미래에도 유사하거나 혹은 더 심한 폭행을 배우자가 가할 것임을 예상하게 하

59) *Ibid.*, p. 14.

60) *Ibid.*, p. 16.

고 이러한 근거로 인해 비록 일시적인 임박성의 조건이 충족되지 않은 상황에서 그 부인이 배우자에 대해 공격할 경우 이는 자위권에 해당된다는 주장이다.⁶¹⁾

위의 두 예에서처럼 변화하는 위협과 무기의 치명성 등은 결국 자위권의 범위를 미래의 위협까지 확대시켜야 하며 따라서 기존에 논의 되었던 일시적이고 즉각적이었던 임박성의 시간 개념은 현실에 맞지 않다는 것이다. 테러리스트 및 불량국가가 획득하여 사용할 수도 있는 무기와 그 운반수단, 피해의 정도가 급격히 향상되었으므로 자위권의 임박성은 반드시 이러한 발전에 맞추어 진화되어야 하며, 일시적인 임박성(temporal imminence)의 개념은 이제 사라져야 한다는 것이 기존의 임박성에 대한 존 유의 핵심 주장인 것이다.⁶²⁾

따라서 존 유는 위에서 제시했던 임박성에 대한 문제점에 대한 지적을 근거로 새로운 임박성의 필요성을 제시하며 동시에 이를 제정의 내리고 있다. 먼저 그는 임박성이 단지 시간적인 측면 외에 몇 가지 다른 중요한 요소를 포함해야 한다고 주장한다. 적으로부터 공격의 가능성, 아축에 대한 공격의 가능성의 증대에 비례하여 무력 공격 외에 다른 대안이 부재함으로 인해 발생하는 무력사용의 필요성의 증대, 공격을 입을 경우 예상되는 피해의 정도가 그것이다. 이러한 기준에 충분한 합리성이 있을 경우 존 유는 국제법은 일국에게 있어 외교적 수단을 통한 해결 및 UN의 승인을 기다리기 이전에 자체적인 무력을 사용할 수 있는 권한을 부여해야 한다는 매우 급진적인 주장까지 하고 있다.⁶³⁾

또한 그는 무력사용의 비례성(proportionality)을 강조하고 있는데 예컨대 테러리스트들이 자국의 시민 속으로 침투하기 전에 이들을 공격하는 것이 비용 대 효과면에서 더욱 유리하다고 여겨질 때 선제적 무력사용은 필

61) *Ibid.*, p. 16.

62) *Ibid.*, p. 17.

63) *Ibid.*, p. 18.

요하다고 강조하고 있다.⁶⁴⁾ 그는 이러한 비례성이 그렇다고 해서 모든 국가에 대해 적용되는 것은 아님을 주장하면서 적의 능력(capability)과 의도(intention)의 두 요소를 고려해야 한다고 한다. 예컨대 미국에 대한 적대 의도가 없는 영국과 프랑스가 핵무기와 핵시설을 보유하는 것과 이란 및 북한, 이라크가 이러한 무기를 보유하는 것은 전혀 다른 문제라는 것이다. 의도뿐만 아니라 능력도 중요한데 의도가 나쁜 쿠바일지라도 미 본토에 충격을 가할 수 있는 능력이 없는 경우에는 무력사용에 있어 보다 덜 중요한 대상으로 여겨질 수도 있다고 주장한다.⁶⁵⁾ 즉 자국에 대해 피해를 입힐 수 있을 정도의 능력이 되는 국가가 의도도 불순할 경우에는 선제공격의 충분한 고려 대상이 될 수도 있다는 것이다.

그는 행위의 실수로 인한 손실(error cost)과 결정의 실수로 인한 손실(decision cost)을 구분하고 있는데, 전자는 잠재적인 위협이 있는 국가 혹은 조직을 방치함으로 인해 테러 및 무력공격을 받아 입게 될 수 있는 손실이며 후자는 잠재적인 위협이 있는 국가 혹은 조직을 공격하였으나 실제 공격 이후에 조사해 보니 아국을 공격할 의도나 능력이 없어서 아국이 자신의 결정으로 인해 입게 될 손실을 의미한다. 존 유는 이 두 가지가 상충할 경우 방치함으로 인해 혹시나 입을 수 있는 피해가 막대하기 때문에 비록 결정의 실수로 인한 손실이 예상된다고 하더라도 선제공격을 감행해야 한다고 주장하고 있다. 공격을 실시한 이후 그러한 능력이 없었음이 파악된다 하더라도 이미 의도가 나쁘다는 것은 확인된 부분이므로 결정적 위협의 증거 확보는 중요한 문제가 되지 않는다.⁶⁶⁾

존 유는 이러한 논의를 바탕으로 결국 위협에 대한 새로운 정의를 내리면서 기존의 전통적인 임박성을 재해석하고 있는 것이다. 이러한 새로운 위협은 특히 대량살상무기 및 보다 발전된 운반수단을 통해 미국을 직접

64) *Ibid.*, p. 18.

65) *Ibid.*, pp. 18-19.

66) *Ibid.*, p. 20.

공격하거나 혹은 이를 확보한 소수의 테러리스트 조직이 시민들 사이로 침투하여 미국을 공격할 수 있기 때문에 기존의 일시적인 압박성은 유명무실해지며 잠재적 위협에 대응할 수 있는 압박성의 시간적 확장을 피하고 있는 것이다.

다양한 논의를 통해서 존 유가 어떻게 기존의 국제법적 해석의 문제점을 지적하며 또 새로운 재해석을 제공하고 있는가를 살펴보았다. 전술하였듯이 존 유가 주장이 중요한 것은 기타의 논자들이 단편적이고 연계성이 없는 기술을 통해 9·11 이후 변화된 안보환경에 대한 국제법의 재해석을 시도해 왔다면 존 유는 일련의 체계적인 과정을 통해 법적 재해석의 논리적 체계를 제공했고 이를 적극적으로 정책에 반영했다는 점이다.

5. 결 론

제2차 세계대전 이후 무력사용을 억제하고자 하는 노력은 UN헌장의 제정과 앞선 논의를 통해서 국제법이 허용하고 있는 정당하며 합법적인 무력사용의 구체적인 법적 기준이 무엇인지 우선적으로 살펴보았다. 이러한 무력사용에 관한 국제법은 국내법에서 기준 하는 엄격한 구속력은 없을지라도 위반 시 국가의 정통성 문제 및 내부통치에 대한 다양한 마찰을 유발하게 되고 이러한 과정을 통해 국제법은 어느 정도의 구속력을 내재하고 있다. 또한 과거, 전쟁이 정치의 합법적인 한 수단이라고 판단되었던 시기와 달리, 또 자위권 자체를 인정하지 않고 무력사용 자체를 전면 금지하여 제1, 2차 세계대전의 참화를 가져왔던 시기와는 달리 제2차 세계대전 이후의 국제사회는 일국의 최소한의 무력사용의 근거인 자위권을 보장한 상태에서 무력사용을 봉합하고자 노력해 왔다. 대표적으로 1950년 북한의 남침 및 1991년 이라크의 쿠웨이트 침공에 대한 집단적 자위권의 발동이 그 예이다.

그러나 탈냉전 후 테러 및 대량살상무기의 등장 등으로 인해 위협의 주체가 틀러지고 또 자위권으로서 억제할 수 있는 대응시간이 짧아짐에 따라 UN헌장이 등장한 이래 억눌려 왔던 관습국제법상의 선행자위권 개념의 적용이 급속히 재부상하게 되었다. 요컨대 상대방이 명백히 공격을 실시했다는 기준으로 자위권을 발동하기에는 대량살상무기의 확산과 테러행위의 증가로 인해 그 위협성이 매우 크기에 공격이 임박해 있다는 임박성을 기준으로 자위권의 발동을 해석해야 한다는 것이다. 또한 이러한 임박성을 해석하는 기준도 변화된 위협과 예상되는 피해에 맞추어 훨씬 더 완화되어야 한다는 주장이 거세어지고 있다. 결국 9·11 사태 이후 무력사용에 관한 총체적인 국제법의 재해석이 이루어지고 있는 것이다.

이러한 무력사용에 관한 국제법의 재해석은 아프가니스탄 전쟁과 연이은 이라크 전쟁의 국제법적 논리의 토대를 이루고 있음은 가장 주지할 만한 사실이다. 아프가니스탄 전쟁은 미국본토에 대한 현저한 무력사용이 인정되어 UN안보리의 결의를 통해 무력사용을 실시하게 되었고, 이라크 전쟁은 보다 적극적으로 국제법이 재해석된 상태에서 이라크의 상황이 자국의 테러를 촉진시킬 수 있고 보유하고 있을 것이라고 추정되었던 이라크 내의 WMD는 테러단체로의 확산 및 이를 통한 미 본토의 공격이 임박되었다고 판단되었기에 선행자위권(anticipatory self-defence)행사의 일환으로 실시되었던 것이다.

국제법의 해석과 국제질서의 변화는 전혀 분리할 수 없는 객체임을 보여주는 극명한 예라고 볼 수 있겠다. 서론에서 언급하였듯이 그럼에도 불구하고 무력사용에 관한 국제법의 진화과정에 관한 연구는 국내적으로는 매우 일천하기만 하다. 특히 북한의 핵개발, 미사일의 사정거리 증대 등 임박성의 해석에 있어 다양한 원인제공을 하고 있는 북한과의 안보위협을 상정하고 있는 한반도로서는 이에 대한 보다 체계적이고 지속적인 연구의 과정이 필요할 것이다. 모든 민주주의 국가는 무력사용을 함에 있어 그 정통성의 유지와 국제사회의 반발을 억제하기 위해 국제법을 그 근간으로 두고

있음을 가정했을 때 국제법에 대한 해석의 변화에 관한 심도 깊은 연구는 안보상황의 현실적인 변화와 이제 세계에서 몇 국 남지 않은 비민주주의 국가와의 무력충돌을 예견함에 있어 중요한 분석적 틀이 되기 때문이다.

결론적으로 보면 탈 냉전이후의 안보현실 속에서 테러를 통한 위협의 증대, WMD의 확산, 전 세계적으로 몇 국 남지 않은 비정상적인 체제를 유지하고 있는 국가들의 안보위협 증대 등의 제 요인들은 과거 국가 대 국가, 정규전에 대한 개념, 재래식 무기를 기준으로 한 국제법의 해석에 대한 재해석을 요구하는 시점에 이르렀다. 즉 과거에 통용되었던 국제법에 관한 엄격한 해석만으로는 자국의 국민 및 안보를 담보할 수 없는 현실에 이르게 된 것이며 전대미문의 사건인 9·11 사태가 이를 잘 입증하고 있다.

국제사회의 입장에서 국제법의 재해석이 이루어지고 있는 이러한 과도기적 상황은 매우 중요한 순간이 아닐 수 없다. 왜냐하면 자칫 과거의 기준을 잣대로 국제법을 엄격하게 해석하다가 제2, 제3의 9·11 사태를 초래할 여지가 있으며 그렇다고 해서 국제법을 과도하게 융통성 있게 해석하다가 무력사용의 남발을 초래할 수도 있기 때문이다. 따라서 명확히 변화된 현실과 변화된 현실 속에서 필요한 해석의 한계가 어디까지 인가를 분명히 하는 노력이 향후 국제법의 해석에 관한 논쟁에 있어 중요한 쟁점이 될 것이다.

(원고투고일 : 2006. 9. 21, 심사완료일 : 2006. 11. 16)

주제어 : 국제법, UN헌장, 자위, 선행자위, 선제공격

<ABSTRACT>

Reinterpretation of International-Law on Using Force after 9·11

Nam, Seung-hyun

This article explores the international law governing self-defence. Developments since the conclusion of World WarII, such as the emergence of international terrorism and rogue states and the easier availability of weapons of mass destruction, have placed enormous strain on the bright line rules of the UN Charter system.

Particularly, after 9·11 attack so many international law professor argue that more temporal imminence and more on the magnitude of potential harm and the probability of an attack. Among of them, professor John Yoo, further argues that the consensus academic view on self-defence—that force is justified only as a necessary response to an imminent attack. Firstly he criticizes the current UN Charter system's regulation of the use of force and describes challenges that have emerged during postwar period. He also criticizes current self-defence doctrine and argues that it must take into account threats that go beyond the great power conflicts that worried the creators of the UN Charter system. Working within the existing legal structure, it develops an approach that expands the concept of imminence to include the magnitude and probability of an attack. Finally he conclude by suggesting a different model for the use of force that maximize the stability of the international system.

Like this, re-interpretation of international law very closely related to

international system. It means that the standards of using force changing now, and will change more than before. In this situation, I argue that we must know about international-law exactly and also know about changeable situation.

Key Words : International-Law, UN-Charter, Self-Defence, Anticipatory-Self
Defence, Preemptive Attack

K C I